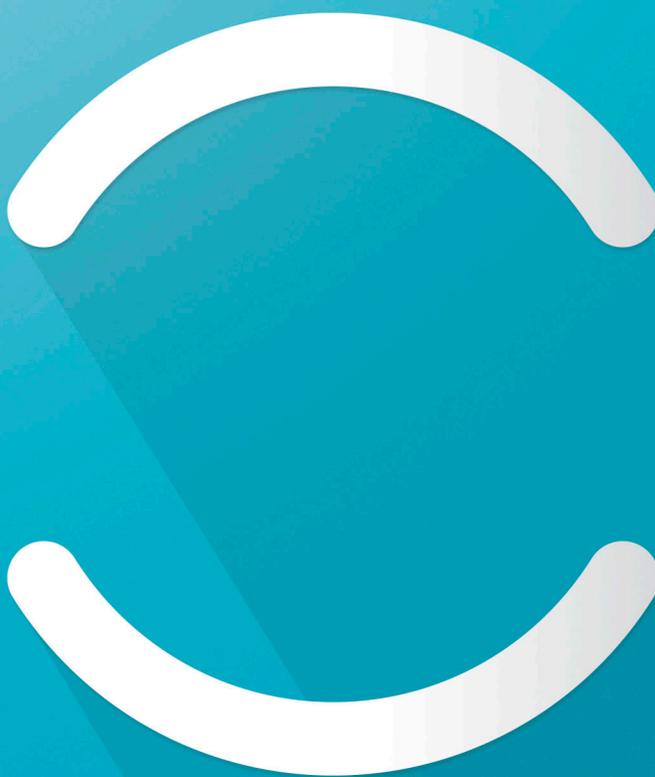




/01  
NORMATIVA Y  
PROCEDIMIENTOS

CUADERNO RECOPIULATORIO  
DE LEGISLACIÓN RELATIVA A  
**MENORES  
DE EDAD**



GOBIERNO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

CONSEJERÍA DE SERVICIOS Y DERECHOS SOCIALES





CUADERNO RECOPIULATORIO  
DE LEGISLACIÓN RELATIVA A  
**MENORES  
DE EDAD**



Marzo 2017

**Autora** Irene Arce Fernández

**Edita** Consejería de Servicios y Derechos Sociales del Principado de Asturias

**Diseño de colección y maquetación** Diseco, The 'Diseño' Company ([www.diseco.es](http://www.diseco.es))

**Imágenes** Freepik.com

**Tipografía** Geomanist por Atipo Foundry

**Depósito Legal** AS-00378-2017



# 1 ÍNDICE DE CONTENIDOS

1	ÍNDICE DE CONTENIDOS	5
2	ÍNDICE DE APARTADOS	7
3	PRESENTACIÓN	25
4	INTRODUCCIÓN	27
5	MENORES DE EDAD Y NORMAS JURÍDICAS.	29
6	EL MENOR Y LA PERSONALIDAD CIVIL.	51
7	EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.	67
8	LOS MENORES DE EDAD Y SU NACIONALIDAD.	71
9	LOS DERECHOS DE LOS MENORES.	87
10	LA FILIACIÓN Y LA PATRIA POTESTAD.	125
11	EL MATRIMONIO, LAS PAREJAS DE HECHO Y LOS MENORES DE EDAD.	139
12	LOS ALIMENTOS Y LAS MENORES Y LOS MENORES DE EDAD.	149
13	LA TUTELA ADMINISTRATIVA O “EX LEGE”, Y OTRAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS EN SITUACIÓN DE DESPROTECCIÓN DEL MENOR Y DE LA MENOR.	155
14	LA ADOPCIÓN NACIONAL.	225
15	LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL.	235
16	LA TUTELA ORDINARIA, Y OTRAS MEDIDAS CIVILES DE GUARDA Y PROTECCIÓN DE LOS MENORES.	245
17	MENORES DE EDAD Y EL DERECHO PENAL.	257
18	LOS MENORES Y LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.	295
19	MENORES DE EDAD Y EMPLEO.	307
20	MENORES DE EDAD Y ASPECTOS JURÍDICOS DE LA SOCIEDAD EN QUE VIVEN.	325
21	INSTITUCIONES Y ÓRGANOS RELEVANTES EN RELACIÓN CON LA MINORÍA DE EDAD.	349
22	MENORES DE EDAD Y JUZGADOS Y TRIBUNALES.	367
23	EPÍLOGO.	399





## 2 ÍNDICE DE APARTADOS

<b>1 ÍNDICE DE CONTENIDOS</b>	<b>5</b>
<b>2 ÍNDICE DE APARTADOS</b>	<b>7</b>
<b>3 PRESENTACIÓN</b>	<b>25</b>
<b>4 INTRODUCCIÓN</b>	<b>27</b>
<b>5 MENORES DE EDAD Y NORMAS JURÍDICAS.</b>	<b>29</b>
5.1. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y LA MINORÍA DE EDAD.	<b>29</b>
5.2. PRINCIPALES INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, RATIFICADOS POR ESPAÑA Y RELACIONADOS CON LA MINORÍA DE EDAD.	<b>30</b>
5.3. Consideraciones Generales.	<b>30</b>
5.3.1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos.	<b>31</b>
5.3.2. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.	<b>32</b>
5.3.3. La Carta Social Europea, hecha en Turín, de 18 de octubre de 1961.	<b>32</b>
5.3.4. La Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.	<b>33</b>
5.3.5. La Carta Europea de los Derechos del Niño, de 21 de septiembre de 1992, del Parlamento Europeo.	<b>34</b>
5.3.6. El Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993.	<b>34</b>
5.3.7. El Convenio Europeo sobre el ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo, el 25 de enero de 1996.	<b>35</b>
5.3.8. El Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, 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.	<b>36</b>
5.3.9. El Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.	<b>37</b>
5.3.10. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006.	<b>38</b>
5.3.11. El Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007.	<b>39</b>
5.3.12. El Convenio del Consejo de Europa en materia de adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008.	<b>40</b>
5.3.13. El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia sobre la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.	<b>40</b>



5.3.14. La Directiva del Parlamento europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.	41
5.3.15. La Recomendación de la Comisión de 20 de febrero de 2013. Invertir en la Infancia: romper el ciclo de las desventajas.	41
5.4. LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE INFANCIA Y SU EVOLUCIÓN.	42
5.5. LAS POLÍTICAS EN MATERIA DE INFANCIA RECOGIDAS EN LA LEGISLACIÓN DE INFANCIA.	47
5.6. NORMAS JURÍDICAS EN MATERIA DE INFANCIA DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.	49
<b>6 EL MENOR Y LA PERSONALIDAD CIVIL.</b>	<b>51</b>
6.1. LA MODERNIZACIÓN DEL REGISTRO CIVIL.	51
6.2. EL NACIMIENTO DEL MENOR Y SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL.	53
6.2.1. El nacimiento del menor.	53
6.2.2. El nacimiento como consecuencia de técnicas de reproducción asistida.	54
6.2.3. La gestación por sustitución.	55
6.2.4. La inscripción de nacimiento en el Registro Civil.	55
6.2.5. Régimen registral de la filiación de los nacidos y de las nacidas mediante gestación por sustitución.	57
6.3. LA MINORÍA DE EDAD.	58
6.4. LA MADUREZ DEL MENOR.	59
6.5. MENORES DE EDAD E INCAPACITACIÓN, DEPENDENCIA Y DISCAPACIDAD.	59
6.6. LA EMANCIPACIÓN DEL MENOR DE EDAD.	61
6.6.1. Consideraciones generales sobre la emancipación.	61
6.6.2. Tramitación judicial de la emancipación.	62
6.7. BENEFICIO DE LA MAYOR EDAD.	63
6.8. LA MAYORÍA DE EDAD.	63
6.9. LA TRANSEXUALIDAD Y LA MINORÍA DE EDAD.	64
6.10. EL DOCUMENTO NACIONAL DE IDENTIDAD Y EL PASAPORTE.	64
<b>7 EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.</b>	<b>67</b>
7.1. ASPECTOS GENERALES.	67
7.2. CRITERIOS GENERALES PARA LA DETERMINACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.	68
7.3. ELEMENTOS GENERALES.	69
7.4. PRINCIPIOS DE NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD.	69
7.5. EL RESPETO A LAS GARANTÍAS PROCESALES.	70



<b>8 LOS MENORES DE EDAD Y SU NACIONALIDAD.</b>	<b>71</b>
8.1. LOS MENORES DE EDAD, SU NACIONALIDAD Y SU RESIDENCIA.	71
8.1.1. La nacionalidad por nacimiento en España y por otras causas.	71
8.1.2. La nacionalidad por opción.	72
8.1.3. La nacionalidad adquirida por carta de naturaleza o por residencia en España.	72
8.1.4. Residencia del hijo nacido en España de residente.	74
8.1.5. Residencia del hijo no nacido en España de residente.	74
8.2. LOS EXTRANJEROS MENORES DE EDAD.	75
8.2.1. Presupuestos básicos.	75
8.2.2. Derecho a la educación de los menores de edad extranjeros.	75
8.2.3. Reagrupación familiar.	76
8.2.4. Desplazamiento temporal de menores extranjeros con fines humanitarios.	77
8.2.5. Desplazamiento temporal de menores extranjeros con fines de escolarización.	79
8.2.6. Régimen de admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado.	79
8.3. LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS (MENAS).	80
8.3.1. Delimitación conceptual.	80
8.3.2. Determinación de la edad.	80
8.3.3. Autorización de residencia de los MENAS.	82
8.3.4. Acuerdo entre diversos Ministerios para la aprobación del protocolo marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados.	83
8.3.5. Registro de menores extranjeros no acompañados.	84
<b>9 LOS DERECHOS DE LOS MENORES.</b>	<b>87</b>
9.1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS DERECHOS DE LOS MENORES DE EDAD.	87
9.2. EL DERECHO A LA VIDA.	88
9.3. LA IGUALDAD DE DERECHOS DE TODOS LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS.	88
9.4. EL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN.	89
9.4.1. Aspectos generales.	89
9.4.2. Aspectos particulares del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.	90
9.4.3. Expediente de jurisdicción voluntaria sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor.	90
9.5. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN.	91



9.5.1. El derecho de los menores a la información en la Convención sobre los Derechos del Niño.	<b>91</b>
9.5.2. Ámbito estatal del derecho a la información.	<b>92</b>
9.6. EL DERECHO A LA LIBERTAD IDEOLÓGICA.	<b>93</b>
9.6.1. Consideración internacional del derecho a la libertad ideológica.	<b>93</b>
9.6.2. Ámbito estatal de la libertad ideológica.	<b>93</b>
9.7. EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN, ASOCIACIÓN Y REUNIÓN:	<b>93</b>
9.7.1. El derecho a la participación.	<b>94</b>
9.7.2. El derecho de asociación.	<b>94</b>
9.7.3. El derecho de reunión.	<b>95</b>
9.8. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.	<b>95</b>
9.8.1. Consideración internacional.	<b>95</b>
9.8.2. Ámbito estatal.	<b>96</b>
9.9. EL DERECHO A SER OÍDO Y ESCUCHADO.	<b>96</b>
9.9.1. Ámbito internacional.	<b>96</b>
9.9.2. Delimitación conceptual estatal.	<b>96</b>
9.9.3. La forma de ejercicio del derecho a ser oído.	<b>97</b>
9.10. EL DERECHO A LA SANIDAD PÚBLICA.	<b>98</b>
9.10.1. El derecho de los niños a la salud en el ámbito de la Convención sobre los Derechos del Niño.	<b>98</b>
9.10.2. La regulación del derecho a la protección de la salud en el ámbito estatal.	<b>99</b>
9.10.3. El respeto a la autonomía del paciente menor de edad.	<b>101</b>
9.10.4. Ensayos clínicos en menores de edad.	<b>102</b>
9.10.5. El trasplante de células y tejidos humanos que afecte a menores de edad.	<b>103</b>
9.10.6. La extracción y trasplante de órganos relacionado con menores de edad.	<b>104</b>
9.10.7. La interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad.	<b>104</b>
9.10.8. La historia clínica y la minoría de edad.	<b>105</b>
9.10.9. La conservación de la documentación clínica.	<b>105</b>
9.10.10. Las vacunas infantiles.	<b>106</b>
9.11. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.	<b>106</b>
9.11.1. Consideraciones sobre la educación de los menores en la Convención sobre los Derechos del Niño.	<b>106</b>
9.11.2. La educación.	<b>108</b>



9.11.3.	La organización de las enseñanzas.	<b>110</b>
9.11.4.	Incorporación de la información en salud sexual y reproductiva al sistema educativo.	<b>111</b>
9.11.5.	La familia y la educación.	<b>111</b>
9.11.6.	Las medidas en el ámbito educativo para la igualdad de mujeres y hombres, y para la protección integral contra la violencia de género.	<b>112</b>
9.11.7.	El derecho a la educación de los españoles residentes en el extranjero.	<b>113</b>
9.12.	<b>DERECHO DE COMUNICACIÓN DE LOS MENORES DE EDAD.</b>	<b>114</b>
9.12.1.	El derecho de comunicación de los menores en el ámbito de la Convención sobre los Derechos del niño.	<b>114</b>
9.12.2.	Contenido del derecho de comunicación.	<b>114</b>
9.12.3.	Visitas de menores declarados en desamparo.	<b>115</b>
9.12.4.	Derecho de visitas, estancia o relación de los menores de edad sujetos a la patria potestad, tutela o guarda y custodia, de las mujeres víctimas de violencia de género.	<b>116</b>
9.13.	<b>DERECHOS DE LOS MENORES DE GRUPOS ESPECIALMENTE VULNERABLES.</b>	<b>117</b>
9.13.1.	Derechos de los menores acogidos.	<b>117</b>
9.13.2.	Derechos de los menores en acogimiento familiar.	<b>118</b>
9.13.3.	Derechos de los menores en acogimiento residencial.	<b>118</b>
9.13.4.	Menores con discapacidad.	<b>118</b>
9.13.5.	Menores víctimas de abusos sexuales, explotación sexual, pornografía infantil, de trata o de tráfico de seres humanos.	<b>119</b>
9.13.6.	Menores hijos de víctimas de violencia de género.	<b>119</b>
9.13.7.	Menores en conflictos armados.	<b>120</b>
9.13.8.	Menores de minorías étnicas.	<b>120</b>
9.13.9.	Menores apátridas.	<b>121</b>
9.14.	<b>MEDIDAS PARA FACILITAR EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS.</b>	<b>121</b>
9.15.	<b>DEBERES DEL MENOR.</b>	<b>122</b>
9.15.1.	Deberes relativos al ámbito familiar.	<b>122</b>
9.15.2.	Deberes relativos al ámbito escolar.	<b>122</b>
9.15.3.	Deberes relativos al ámbito social.	<b>123</b>
<b>10</b>	<b>LA FILIACIÓN Y LA PATRIA POTESTAD.</b>	<b>125</b>
10.1.	<b>LA FILIACIÓN.</b>	<b>125</b>
10.1.1.	Tipos de filiación.	<b>125</b>



10.1.2.	Efectos de la filiación.	<b>125</b>
10.1.3.	Formas de acreditar la filiación.	<b>126</b>
10.1.4.	La determinación de la filiación matrimonial y la presunción de paternidad matrimonial.	<b>126</b>
10.1.5.	La determinación de la filiación no matrimonial.	<b>127</b>
10.1.6.	Las acciones de filiación.	<b>128</b>
10.1.7.	La impugnación de la filiación.	<b>128</b>
10.1.8.	La filiación de los hijos y de las hijas nacidos y nacidas mediante técnicas de reproducción asistida.	<b>129</b>
10.2.	EL NOMBRE DEL MENOR.	<b>129</b>
10.3.	LOS APELLIDOS DE LOS MENORES.	<b>130</b>
10.4.	LA PATRIA POTESTAD.	<b>131</b>
10.4.1.	Delimitación conceptual.	<b>131</b>
10.4.2.	Forma de ejercicio de la patria potestad.	<b>132</b>
10.4.3.	Extinción de la patria potestad.	<b>133</b>
10.4.4.	La patria potestad prorrogada y/o rehabilitada.	<b>134</b>
10.4.5.	Menores de edad y además progenitores a la vez.	<b>134</b>
10.4.6.	La representación legal de los hijos y de las hijas.	<b>135</b>
10.4.7.	La Administración de los bienes de los hijos y de las hijas.	<b>135</b>
10.4.8.	La intervención judicial en relación con la patria potestad.	<b>137</b>
10.4.9.	La intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad sobre menores.	<b>137</b>
<b>11</b>	<b>EL MATRIMONIO, LAS PAREJAS DE HECHO Y LOS MENORES DE EDAD.</b>	<b>139</b>
11.1.	CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL MATRIMONIO.	<b>139</b>
11.2.	CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS PAREJAS DE HECHO EN ASTURIAS.	<b>140</b>
11.3.	LA NULIDAD DEL MATRIMONIO.	<b>141</b>
11.4.	LA SEPARACIÓN DEL MATRIMONIO.	<b>141</b>
11.5.	LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO.	<b>142</b>
11.6.	EFFECTOS COMUNES DE LA NULIDAD, SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO SOBRE LOS HIJOS.	<b>143</b>
11.7.	LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS E HIJAS COMPARTIDA.	<b>143</b>
11.8.	LAS MEDIDAS PROVISIONALES QUE SE PUEDEN ADOPTAR JUDICIALMENTE EN SUPUESTOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN O DIVORCIO.	<b>145</b>



<b>12 LOS ALIMENTOS Y LAS MENORES Y LOS MENORES DE EDAD.</b>	<b>149</b>
12.1. CONSIDERACIÓN INTERNACIONAL.	149
12.2. CONCEPTO DE ALIMENTOS EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.	149
12.3. OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS.	150
12.4. CUANTÍA DE LOS ALIMENTOS.	151
12.5. CESE DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS.	151
12.6. FONDO DE GARANTÍA DEL PAGO DE ALIMENTOS.	152
12.7. ALIMENTOS DE MENORES EN CASOS PARTICULARES.	153
<b>13 LA TUTELA ADMINISTRATIVA O “EX LEGE”, Y OTRAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS EN SITUACIÓN DE DESPROTECCIÓN DEL MENOR Y DE LA MENOR.</b>	<b>155</b>
13.1. ASPECTOS GENERALES DE LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES Y DE LAS MENORES POR LOS PODERES PÚBLICOS.	155
13.1.1. La protección de los poderes públicos en el ámbito internacional de la Convención sobre los Derechos del Niño.	155
13.1.2. Ámbito estatal de protección de los poderes públicos.	156
13.2. LA GUARDA PROVISIONAL COMO MEDIDA DE ATENCIÓN INMEDIATA.	157
13.3. LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA SITUACIÓN DE RIESGO DE UN MENOR.	158
13.3.1. Consideraciones de ámbito internacional.	158
13.3.2. Consideraciones de ámbito estatal sobre la situación de riesgo de un menor.	159
13.3.3. La declaración de la situación de riesgo del menor.	160
13.3.4. Situaciones de posible riesgo prenatal de un nasciturus.	161
13.3.5. Situaciones de intervención por posible riesgo sanitario.	162
13.4. LAS MEDIDAS DE APOYO FAMILIAR.	162
13.5. LA SITUACIÓN DE DESAMPARO Y ASUNCIÓN DE TUTELA POR MINISTERIO DE LA LEY [TUTELA ADMINISTRATIVA O TUTELA EX LEGE].	164
13.5.1. Protección internacional.	164
13.5.2. Concepto de desamparo en nuestro ordenamiento jurídico español.	164
13.5.3. Efectos de la declaración de desamparo.	165
13.5.4. Notificación de la declaración de desamparo.	165
13.5.5. Revocación de la situación de desamparo.	166
13.5.6. Causas de la declaración de desamparo.	168
13.5.7. Otros indicadores de la situación de desamparo.	170



13.5.8. Cese de la tutela.	<b>170</b>
13.5.9. Índices de tutelas y órganos que ejercen las tutelas.	<b>171</b>
13.6. GUARDA DE MENORES ASUMIDA POR LA ENTIDAD PÚBLICA.	<b>171</b>
13.6.1. Los supuestos de asunción de la guarda por la Entidad Pública.	<b>171</b>
13.6.2. La guarda voluntaria a instancia de los progenitores o tutores.	<b>171</b>
13.7. LA DELEGACIÓN DE GUARDA PARA ESTANCIAS, SALIDAS DE FIN DE SEMANA O VACACIONES.	<b>173</b>
13.8. EL ACOGIMIENTO FAMILIAR.	<b>174</b>
13.8.1. Delimitación conceptual del acogimiento familiar.	<b>174</b>
13.8.2. Modalidades de acogimiento familiar.	<b>175</b>
13.8.3. Formalización del acogimiento familiar.	<b>176</b>
13.8.4. Revocación y cese del acogimiento.	<b>178</b>
13.8.5. Derechos de los acogedores familiares.	<b>178</b>
13.8.6. Deberes de los acogedores familiares.	<b>180</b>
13.8.7. Derechos de los menores en acogimiento familiar.	<b>181</b>
13.9. EL ACOGIMIENTO RESIDENCIAL.	<b>181</b>
13.9.1. Delimitación conceptual del acogimiento residencial.	<b>181</b>
13.9.2. Limitaciones al acogimiento residencial.	<b>181</b>
13.9.3. Obligaciones básicas en el acogimiento residencial.	<b>182</b>
13.9.4. Los centros de acogimiento residencial.	<b>183</b>
13.9.5. Inspección y supervisión de los Centros.	<b>184</b>
13.9.6. Organización y normas de régimen interior de los centros de acogimiento residencial en el Principado de Asturias.	<b>185</b>
13.10. CENTROS DE PROTECCIÓN ESPECÍFICOS DE MENORES CON PROBLEMAS DE CONDUCTA.	<b>187</b>
13.10.1. Aspectos generales de los centros de protección específicos de menores con problemas de conducta.	<b>187</b>
13.10.2. Ingreso en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta.	<b>189</b>
13.10.3. Medidas de seguridad en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta.	<b>190</b>
13.10.4. Medidas de contención en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta.	<b>191</b>
13.10.5. Aislamiento del menor en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta.	<b>192</b>



13.10.6.	Registros personales y materiales en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta.	<b>192</b>
13.10.7.	Régimen disciplinario en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta.	<b>193</b>
13.10.8.	Supervisión y control en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta.	<b>193</b>
13.10.9.	Administración de medicamentos en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta.	<b>194</b>
13.10.10.	Régimen de visitas y permisos de salida en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta.	<b>194</b>
13.10.11.	Régimen de comunicaciones del menor en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta.	<b>195</b>
13.10.12.	Centros específicos de protección de menores con problemas de conducta de entidades privadas colaboradoras de las entidades públicas competentes.	<b>196</b>
13.11.	OTRAS ACTUACIONES DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS NECESARIAS PARA LA ADECUADA PROTECCIÓN DE LOS MENORES.	<b>196</b>
13.11.1.	El Plan individualizado de protección.	<b>196</b>
13.11.2.	El programa de reintegración familiar.	<b>197</b>
13.11.3.	La información a los familiares.	<b>197</b>
13.11.4.	La colaboración entre Comunidades Autónomas en situaciones de desprotección.	<b>198</b>
13.11.5.	La situación de desprotección de un menor o de una menor de nacionalidad española que se encuentra en el extranjero.	<b>199</b>
13.11.6.	Las medidas de protección adoptadas por un Estado extranjero que deban cumplirse en España.	<b>199</b>
13.11.7.	Los planes y programas en materia de infancia.	<b>200</b>
13.11.8.	Sistema de información sobre la protección a la infancia y a la adolescencia:	<b>201</b>
13.11.9.	Criterios comunes de cobertura, calidad y accesibilidad.	<b>201</b>
13.12.	EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO DE PROTECCIÓN FAMILIAR Y SOCIAL DE UN MENOR.	<b>202</b>
13.13.	EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA LA ADOPCIÓN DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN CONCRETA SOBRE UN MENOR DETERMINADO.	<b>203</b>
13.13.1.	Consideraciones generales respecto al procedimiento.	<b>203</b>
13.13.2.	La obligación de denuncia con carácter general y con carácter cualificado.	<b>205</b>
13.13.3.	Recogida y tratamiento de datos para valorar la situación del menor o de la menor.	<b>206</b>
13.13.4.	El procedimiento administrativo ordinario para la declaración de un menor en situación de desamparo	<b>207</b>
13.13.5.	Eficacia inmediata de la resolución administrativa de desamparo.	<b>222</b>



13.13.6. El procedimiento administrativo para la adopción de una medida de protección con carácter de urgencia.	223
<b>14 LA ADOPCIÓN NACIONAL.</b>	<b>225</b>
14.1. LA ADOPCIÓN EN LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.	225
14.2. LA ADOPCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.	225
14.2.1. Constitución.	225
14.2.2. Requisitos para la adopción.	226
14.2.3. Idoneidad de los adoptantes.	227
14.2.4. Consentimientos, asentimientos y audiencias necesarias.	228
14.2.5. Efectos de la adopción.	230
14.2.6. Extinción de la adopción.	230
14.3. LA ADOPCIÓN ABIERTA.	231
14.4. EXCLUSIÓN DE LAS FUNCIONES TUTELARES DEL ADOPTANTE.	232
14.5. LA DELEGACIÓN DE GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN.	232
14.6. EL DERECHO A CONOCER LOS DATOS SOBRE SUS ORÍGENES BIOLÓGICOS.	233
<b>15 LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL.</b>	<b>235</b>
15.1. LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.	235
15.2. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA LEY DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL.	236
15.3. REFERENCIAS JURÍDICAS DE LA LEY DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL.	237
15.4. CONCEPTO DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL.	238
15.5. SUPUESTOS EN QUE NO CABE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL.	238
15.6. POLÍTICA EXTERIOR.	239
15.7. INTERVENCIÓN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS.	240
15.8. LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN EN LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL.	241
15.9. LA DECLARACIÓN DE IDONEIDAD DE LOS ADOPTANTES PARA LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL.	242
15.10. EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS.	243
<b>16 LA TUTELA ORDINARIA, Y OTRAS MEDIDAS CIVILES DE GUARDA Y PROTECCIÓN DE LOS MENORES.</b>	<b>245</b>
16.1. LA GUARDA DE HECHO.	245
16.2. OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES DE EDAD.	246
16.2.1. Características generales de los cargos tutelares.	246
16.2.2. Inscripción de los cargos tutelares en el Registro Civil.	247



16.2.3.	Disposiciones comunes de los expedientes de tutela, curatela y guarda de hecho.	<b>247</b>
16.3.	LA TUTELA.	<b>248</b>
16.3.1.	Menores sujetos a tutela.	<b>248</b>
16.3.2.	Nombramiento del tutor en testamento.	<b>248</b>
16.3.3.	Promoción y constitución de la tutela.	<b>249</b>
16.3.4.	Nombramiento, remoción y excusas del tutor o tutora.	<b>249</b>
16.3.5.	Del ejercicio de la tutela.	<b>252</b>
16.3.6.	Extinción de la tutela.	<b>254</b>
16.3.7.	La tutela de los menores incapacitados.	<b>254</b>
16.3.8.	La tutela de los menores que se encuentran en situación de desamparo.	<b>254</b>
16.4.	LA CURATELA.	<b>255</b>
16.5.	EL DEFENSOR JUDICIAL.	<b>255</b>
<b>17</b>	<b>MENORES DE EDAD Y EL DERECHO PENAL.</b>	<b>257</b>
17.1.	CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO PENAL.	<b>257</b>
17.1.1.	Ámbito internacional penal en la Convención sobre los Derechos del Niño.	<b>257</b>
17.1.2.	El derecho penal en nuestro ordenamiento jurídico.	<b>258</b>
17.1.3.	Las garantías penales en la aplicación de la Ley penal.	<b>258</b>
17.1.4.	Exención de responsabilidad criminal conforme al Código Penal.	<b>259</b>
17.1.5.	La circunstancia mixta del parentesco.	<b>259</b>
17.1.6.	Las penas privativa de derechos.	<b>260</b>
17.2.	DELITOS DEL CÓDIGO PENAL Y MINORÍA DE EDAD.	<b>260</b>
17.2.1.	Los delitos en el Código Penal.	<b>260</b>
17.2.2.	Los delitos de mayor interés jurídico en relación a los menores de edad.	<b>262</b>
17.3.	ESPECIAL REFERENCIA A LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS Y DEBERES FAMILIARES.	<b>270</b>
17.3.1.	El delito de quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de menores al abandono de domicilio.	<b>270</b>
17.3.2.	El delito de la sustracción de menores.	<b>271</b>
17.3.3.	El delito de abandono de familia y menores.	<b>272</b>
17.4.	ESPECIAL REFERENCIA A LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES CON VÍCTIMAS MENORES DE EDAD.	<b>273</b>
17.4.1.	Abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.	<b>274</b>
17.4.2.	Abusos sexuales a mayores de dieciséis años y menores de dieciocho.	<b>275</b>



17.4.3. Acoso sexual.	275
17.4.4. Delitos de exhibicionismo y provocación sexual.	276
17.4.5. Delitos relativos a la prostitución, a la explotación sexual y corrupción de menores.	276
17.4.6. Disposiciones comunes en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales con víctimas menores de edad.	278
17.5. MENORES VÍCTIMAS DE DELITOS Y MENORES TESTIGOS.	279
17.5.1. La protección de los menores de edad víctimas de delitos en los procedimientos judiciales penales.	280
17.5.2. La prueba testifical de los menores de edad en los procedimientos judiciales penales.	281
17.6. EL ACOSO ESCOLAR.	281
17.7. LA VIOLENCIA DE GÉNERO ENTRE ADOLESCENTES.	283
17.8. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES.	283
17.8.1. Ámbito internacional en la Convención de los Derechos del Niño.	283
17.8.2. Aspectos generales de la responsabilidad penal de los menores.	285
17.8.3. Medidas susceptibles de ser impuestas a los menores.	286
17.8.4. Medidas cautelares.	288
17.8.5. Ejecución de las medidas.	288
17.9. LOS HIJOS MALTRATADORES O LA VIOLENCIA FILIO-PARENTAL.	289
17.10. EL REGISTRO CENTRAL DE DELINCUENTES SEXUALES.	291
17.10.1. Ámbito conceptual.	291
17.10.2. Objeto , naturaleza, finalidad, y organización.	292
17.10.3. Acceso a la información contenida en las inscripciones.	292
17.10.4. Certificación de los datos inscritos.	293
<b>18 LOS MENORES Y LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.</b>	<b>295</b>
18.1. PRINCIPIOS RECTORES DE LA ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS EN MATERIA DE MENORES.	295
18.2. IMPACTO DE LAS NORMAS EN LA INFANCIA Y EN LA ADOLESCENCIA.	297
18.3. PROPUESTA DE UN PACTO DE ESTADO POR LA INFANCIA.	297
18.4. LOS MENORES DE EDAD Y SU CAPACIDAD DE OBRAR ANTE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.	298
18.5. MENORES DE EDAD Y EL PADRÓN MUNICIPAL.	298
18.6. UNIDADES DE MADRES EN LA ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA.	299



18.6.1. Los menores de edad y los establecimientos penitenciarios.	<b>299</b>
18.6.2. Las Unidades de Madres en los establecimientos penitenciarios.	<b>300</b>
18.6.3. Unidades creadas para internas clasificadas en tercer grado, que tengan en su compañía hijos menores de tres años.	<b>300</b>
<b>18.7. SEGURIDAD SOCIAL Y MENORES DE EDAD.</b>	<b>301</b>
18.7.1. Maternidad y paternidad.	<b>301</b>
18.7.2. Riesgo durante el embarazo.	<b>302</b>
18.7.3. Riesgo durante la lactancia natural.	<b>302</b>
18.7.4. Cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.	<b>303</b>
18.7.5. Pensión de orfandad.	<b>303</b>
18.7.6. Indemnización especial a tanto alzado.	<b>305</b>
18.7.7. Prestaciones no contributivas.	<b>305</b>
<b>19 MENORES DE EDAD Y EMPLEO.</b>	<b>307</b>
<b>19.1. PROTECCIÓN DEL EMPLEO DE LOS MENORES DE EDAD EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.</b>	<b>307</b>
19.1.1. La Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961.	<b>307</b>
19.1.2. La Convención de los Derechos del Niño.	<b>308</b>
19.1.3. El Convenio número 182 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y de la acción inmediata para su eliminación.	<b>308</b>
<b>19.2. EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES Y LOS MENORES DE EDAD.</b>	<b>309</b>
19.2.1. Ámbito de aplicación.	<b>309</b>
19.2.2. Trabajo de los menores y las menores.	<b>309</b>
19.2.3. El trabajo de los niños y niñas artistas y de las niñas y los niños famosos.	<b>310</b>
19.2.4. Permisos laborales relacionados con la minoría de edad.	<b>311</b>
19.2.5. Suspensión del contrato de trabajo.	<b>313</b>
<b>19.3. EMPLEO PÚBLICO Y MENORES DE EDAD.</b>	<b>317</b>
19.3.1. Consideraciones generales.	<b>318</b>
19.3.2. Acceso al empleo público de las menores y los menores de edad.	<b>318</b>
19.3.3. Permisos y minoría de edad.	<b>319</b>
19.3.4. Excedencias y minoría de edad.	<b>324</b>
<b>20 MENORES DE EDAD Y ASPECTOS JURÍDICOS DE LA SOCIEDAD EN QUE VIVEN.</b>	<b>325</b>
<b>20.1. EL DERECHO DE ASILO Y LOS MENORES DE EDAD.</b>	<b>325</b>
20.1.1. El derecho de asilo en la Convención sobre los Derechos del Niño.	<b>325</b>



20.1.2. El derecho de asilo en nuestro ordenamiento jurídico.	<b>326</b>
20.2. LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL Y LA MINORÍA DE EDAD.	<b>327</b>
20.2.1. Consideraciones generales.	<b>327</b>
20.2.2. La protección de los datos personales de las niñas y los niños.	<b>327</b>
20.3. MENORES DE EDAD Y DROGAS Y BEBIDAS ALCOHÓLICAS.	<b>330</b>
20.3.1. Aspectos generales.	<b>330</b>
20.3.2. Medidas preventivas.	<b>330</b>
20.3.3. Otras actuaciones y otras prohibiciones en esta materia.	<b>332</b>
20.4. MENORES DE EDAD Y DEPORTE.	<b>333</b>
20.4.1. Aspectos generales.	<b>333</b>
20.4.2. Contratación de personas menores de edad para la práctica del fútbol profesional.	<b>333</b>
20.5. MENORES DE EDAD Y CIRCOS Y ESPECTÁCULOS TAURINOS.	<b>334</b>
20.6. MENORES DE EDAD, OCIO Y ESPECTÁCULOS PÚBLICOS.	<b>335</b>
20.6.1. Protección internacional.	<b>335</b>
20.6.2. Protección autonómica.	<b>335</b>
20.6.3. El ocio y las ludotecas.	<b>336</b>
20.7. EL VOLUNTARIADO Y LA MINORÍA DE EDAD.	<b>336</b>
20.7.1. Menores de edad voluntarios.	<b>336</b>
20.7.2. Voluntarios con contacto habitual con menores.	<b>336</b>
20.8. LAS FAMILIAS NUMEROSAS.	<b>337</b>
20.8.1. La familia: núcleo fundamental de la sociedad.	<b>337</b>
20.8.2. La legislación sobre familias numerosas.	<b>338</b>
20.8.3. Las Comunidades Autónomas y el reconocimiento de la condición de familia numerosa.	<b>338</b>
20.9. MENORES DE EDAD Y MEDIACIÓN.	<b>339</b>
20.10. LAS PERSONAS MENORES DE EDAD Y LOS DAÑOS POR ELLOS PRODUCIDOS.	<b>340</b>
20.11. LOS MENORES Y LAS MENORES DE EDAD Y LA CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS DE MOTOR.	<b>341</b>
20.12. MENORES DE EDAD Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES MÁS RELEVANTES NO GUBERNAMENTALES PARA SU PROTECCIÓN.	<b>342</b>
20.12.1. UNICEF.	<b>342</b>
20.12.2. ACNUR.	<b>343</b>
20.12.3. OTRAS: SAVE THE CHILDREN, MENSAJEROS DE LA PAZ, CRUZ ROJA INTERNACIONAL Y CRUZ ROJA ESPAÑA, ETC.	<b>345</b>



20.13. RECLUTAMIENTO DE NIÑOS SOLDADO.	<b>345</b>
20.14. RECURSOS TELEFÓNICOS DE AYUDA A LOS MENORES:	<b>345</b>
20.14.1. El teléfono de ayuda a niños, niñas y adolescentes de la Fundación ANAR.	<b>345</b>
20.14.2. El teléfono del acoso escolar.	<b>346</b>
20.15. LA PLATAFORMA DE INFANCIA.	<b>347</b>
20.16. LA POBREZA INFANTIL.	<b>348</b>
<b>21 INSTITUCIONES Y ÓRGANOS RELEVANTES EN RELACIÓN CON LA MINORÍA DE EDAD.</b>	<b>349</b>
21.1. EL MINISTERIO FISCAL.	<b>349</b>
21.1.1. Delimitación conceptual.	<b>349</b>
21.1.2. Funciones del Ministerio Fiscal en relación a personas menores de edad.	<b>350</b>
21.1.3. Secciones de Menores de las Fiscalías.	<b>351</b>
21.2. EL Defensor DEL PUEBLO.	<b>351</b>
21.2.1. Ámbito institucional y organizativo.	<b>351</b>
21.2.2. Los niños y niñas y adolescentes y el Defensor del Pueblo.	<b>352</b>
21.2.3. Actuaciones más frecuentes en defensa de los derechos de las niñas y de los niños.	<b>352</b>
21.3. LA TRANSICIÓN ENTRE LA BENEFICIENCIA Y LA RED PÚBLICA DE SERVICIOS SOCIALES EN MATERIA DE INFANCIA EN EL PRINCIPADO DE ASTURIAS.	<b>353</b>
21.4. LAS ENTIDADES DE PROTECCIÓN DE MENORES EN EL ÁMBITO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.	<b>355</b>
21.5. EL OBSERVATORIO DE LA INFANCIA ESTATAL.	<b>357</b>
21.6. LA ENTIDAD DE PROTECCIÓN DE MENORES Y OTRAS ENTIDADES EN EL ÁMBITO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS	<b>357</b>
21.6.1. La Consejería de Servicios y Derechos Sociales.	<b>357</b>
21.6.2. El Instituto Asturiano para la Atención Integral a la Infancia.	<b>358</b>
21.6.3. El Letrado del Menor.	<b>359</b>
21.6.4. La Comisión del Menor.	<b>359</b>
21.6.5. El Observatorio de la Infancia y la Adolescencia en el Principado de Asturias.	<b>361</b>
21.6.6. El Foro de Infancia y Adolescencia del Principado de Asturias.	<b>361</b>
21.6.7. Los Puntos de Encuentro Familiar en el Principado de Asturias.	<b>362</b>
21.6.8. Los Equipos de Intervención Técnica de apoyo a la Familia.	<b>363</b>
21.6.9. Las Unidades de Atención Temprana.	<b>363</b>
21.6.10. Guarderías infantiles.	<b>363</b>



21.6.11. Centros de día para menores.	<b>364</b>
<b>21.7. LAS ENTIDADES DEL TERCER SECTOR DE ACCIÓN SOCIAL.</b>	<b>364</b>
21.7.1. Delimitación genérica de las entidades del tercer sector de acción social.	<b>364</b>
21.7.2. Las instituciones colaboradoras de integración familiar en el Principado de Asturias.	<b>365</b>
<b>22 MENORES DE EDAD Y JUZGADOS Y TRIBUNALES.</b>	<b>367</b>
22.1. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.	<b>367</b>
22.2. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.	<b>368</b>
22.2.1. La Unión Europea.	<b>368</b>
22.2.2. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea.	<b>368</b>
22.3. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.	<b>369</b>
22.4. EL PODER JUDICIAL EN ESPAÑA.	<b>369</b>
22.5. MEDIDAS DEL ARTÍCULO 158 DEL CÓDIGO CIVIL: ACTUACIONES JUDICIALES EN INTERÉS DE CUALQUIER MENOR.	<b>370</b>
22.5.1. Aspectos generales.	<b>370</b>
22.5.2. Las medidas que se pueden adoptar por el 158 del Código Civil.	<b>372</b>
22.6. PROCESOS SOBRE FILIACIÓN, MATRIMONIO Y MENORES.	<b>372</b>
22.6.1. Disposiciones generales para estos procesos.	<b>372</b>
22.6.2. Los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad.	<b>375</b>
22.6.3. Procesos matrimoniales.	<b>376</b>
22.6.4. Procesos de menores.	<b>378</b>
22.7. SOBRE LOS JUZGADOS DE MENORES.	<b>394</b>
22.8. MENORES DE EDAD Y JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER.	<b>394</b>
22.8.1. Aspectos generales.	<b>394</b>
22.8.2. Competencia de los Juzgados de violencia sobre la mujer.	<b>395</b>
22.8.3. Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas.	<b>396</b>
22.8.4. De las medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores.	<b>397</b>
22.8.5. De la medida de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores.	<b>398</b>
<b>23 EPÍLOGO.</b>	<b>399</b>







### 3 PRESENTACIÓN

En este mundo, cada vez más globalizado, que envejece tan rápidamente y tan necesitado de paz y respeto entre las diferentes culturas y sensibilidades, la infancia representa el presente y el futuro de la humanidad y a todos nos compete hacer de este mundo un lugar mejor para convivir.

Hoy sale a la luz, impulsada por la Consejería de Servicios y Derechos Sociales, una nueva colección "Normativa y procedimientos" que responde, por un lado, a la necesidad de reflejar los importantes avances reguladores en nuestra materia, y por otro, a difundir su conocimiento y hacerlo accesible.

Esta nueva colección se inaugura con un monográfico sobre legislación de Infancia "Cuaderno recopilatorio de legislación relativa a menores de edad" que abarca todos los campos jurídicos que afectan a la protección legal de la infancia desde el derecho internacional, constitucional, civil, administrativo, penal o procesal y pretende facilitar el acceso y manejo de la prolija y variada normativa en esta materia, especialmente a profesionales pero también a la ciudadanía.

Hacer efectivos principios clave como el de interés superior de niñas y niños, que prevalece sobre cualquier otro interés legítimo y el de no discriminación, estableciendo mecanismos preventivos compensadores de desigualdades, son esenciales en el desarrollo de políticas sociales y en los que han de implicarse legisladores, jueces, gobiernos, instituciones públicas, entidades sociales y familias.

A la Administración Pública nos corresponde procurar un entorno social favorable y seguro a la infancia, de satisfacer sus necesidades físicas, emocionales, cognitivas y sociales, de potenciar sus capacidades y prevenir los riesgos que amenacen su bienestar, garantizando el respeto a todos sus derechos.

Asturias ha sido pionera, en el desarrollo de servicios públicos y derechos sociales, especialmente en programas dirigidos a la infancia, basados en la promoción y defensa de sus derechos, tomando como referencia las disposiciones del Tratado de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Y en ese camino seguimos trabajando, siendo este monográfico muestra de ello.

Solo me queda agradecer a las personas que han colaborado en la edición de este documento y especialmente el tiempo, conocimiento y dedicación de su autora Irene Arce, Letrada Defensora del Menor del Principado de Asturias entre los años 2005 y 2015.

#### **Pilar Varela**

Consejera de Servicios y Derechos Sociales del Gobierno del Principado de Asturias



## 4 INTRODUCCIÓN

El “Cuaderno recopilatorio de legislación relativa a menores de edad” aspira a ser un manual de consulta sobre legislación relativa a menores de edad y un instrumento útil de trabajo destinado a los profesionales de las ramas sociales (trabajadoras y trabajadores sociales, psicólogas y psicólogos, educadoras y educadores, etc.).

Su rúbrica principal, “Cuaderno recopilatorio”, alude ya a su principal característica, cual es recoger en forma de apuntes básicos, las principales normas jurídicas, simplificando la ampulosidad que en ocasiones caracteriza a los textos legales, pero sin sacrificar ni su rigor ni su precisión.

Su contenido es extenso y detallado, intentando abarcar los principales campos jurídicos en que se desenvuelve la esfera legal de las personas menores de edad:

- Derecho internacional,
- Derecho constitucional,
- Derecho civil,
- Derecho administrativo,
- Derecho penal,
- Derecho laboral y de la Seguridad Social,
- Derecho procesal.

La estructuración en apartados y su desarrollado índice, facilitan la localización de aquellos aspectos concretos que se desean consultar.

La disposición en pie de página de las referencias, tanto las relativas a las normas jurídicas en que se apoya, como a las bases documentales de interés, o a la jurisprudencia más novedosa y reciente que se menciona, permiten mantener la sencillez de este cuaderno, sin que su simpleza le reste valor en comparación a otros manuales jurídicos de consulta más especializados.



La brevedad de los párrafos y la utilización de encuadres y tableados para ciertos contenidos, bien jurisprudenciales o bien de mayor detalle y concreción, facilita su lectura por quienes no disponen de formación jurídica especializada.

Su sistemática propia y su cuidada elaboración, partiendo de normas jurídicas generales, para culminar detallando otras normas jurídicas más específicas, le dota de un orden esquemático, lógico y propio, que facilita su lectura.

La omisión intencionada del análisis crítico y de una mayor profundización en los conceptos jurídicos que recoge, permite condensar en un texto breve las principales referencias legales sobre la minoría de edad en España y, de forma escueta también, las principales referencias legales sobre la minoría de edad en el ámbito territorial del Principado de Asturias.

Además, en este cuaderno, se ha tenido especial cuidado y atención en la consecución del fin de visibilizar a las niñas, mediante el uso de lenguaje de género. Incluso en las referencias del contenido de aquellas normas jurídicas que no lo utilizan, o que son de momentos cronológicos anteriores a la generalización del uso inclusivo de género.

Debe entenderse también, que, en general, las referencias a la utilización del masculino genérico son alusivas a los dos géneros, femenino y masculino. Las personas destinatarias de las normas jurídicas son mujeres y hombres, niñas y niños.

Finalmente, señalar que, su consulta, pretende ser una herramienta más para los profesionales del ámbito social, en la realización de su trabajo en pro del bienestar de la infancia, facilitando su quehacer diario.

## 5 MENORES DE EDAD Y NORMAS JURÍDICAS.

### 5.1. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y LA MINORÍA DE EDAD.

Las Cortes Españolas aprobaron en 1978<sup>1</sup> la Constitución, ratificada en referéndum por el pueblo español.

La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad, y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de<sup>2</sup> :

- garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes, conforme a un orden económico y social justo;
- consolidar un Estado de Derecho, que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular;
- proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones;
- promover el progreso de la cultura y de la economía, para asegurar a todos una digna calidad de vida;
- establecer una sociedad democrática avanzada;
- colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas, y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra.

España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico<sup>3</sup>:

- a. la libertad,
- b. la justicia,
- c. la igualdad,
- d. el pluralismo político.

---

<sup>1</sup> Constitución española de 27 de diciembre de 1978, [boe de 29 de diciembre de 1978].

<sup>2</sup> Preámbulo de la Constitución.

<sup>3</sup> Artículo 1 de la Constitución.



La Constitución establece que:

- Las españolas y los españoles son mayores de edad a los dieciocho años<sup>4</sup>,
- Los españoles y las españolas son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social<sup>5</sup>.

La Constitución española dispone en su artículo 39:

1. La protección social, económica y jurídica de la familia;
2. La protección integral de los hijos e hijas, iguales éstos ante la Ley, con independencia de su filiación;
3. La protección integral de las madres, cualquiera que sea su estado civil;
4. La ley posibilitará la investigación de la paternidad;
5. Los padres y madres deben prestar asistencia de todo orden, a los hijos e hijas habidos, dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad, y en los demás casos en que legalmente proceda;
6. Los niños y las niñas gozan de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Nuestra Constitución establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, en especial de los menores de edad, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos<sup>6</sup>.

## 5.2. PRINCIPALES INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, RATIFICADOS POR ESPAÑA Y RELACIONADOS CON LA MINORÍA DE EDAD.

## 5.3. CONSIDERACIONES GENERALES.

Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con:

- la Declaración Universal de Derechos Humanos;
- los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España<sup>7</sup>;
- la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que constituye el marco universal de la defensa de los derechos de la infancia y la adolescencia;
- diversos tratados internacionales ratificados por España, en materias sectoriales que afectan a menores.

---

<sup>4</sup> Artículo 12 de la Constitución.

<sup>5</sup> Artículo 14 de la Constitución.

<sup>6</sup> Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>7</sup> Artículo 10.2 de la Constitución.



Estas materias sectoriales son muy variadas, abarcando tanto:

- aspectos a combatir, como el trabajo infantil, la sustracción de menores, la trata y explotación sexual;
- otros aspectos de variada índole, como la adopción internacional, la eficacia de las resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental, etc.

Estos tratados son impulsados por organizaciones internacionales como Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo y la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, entre otras.

La normativa comunitaria aplicable en España, por nuestra condición de Estado miembro de la Unión Europea, y del Consejo de Europa, y las abundantes Resoluciones y Recomendaciones emanadas de estos organismos internacionales, inspiran, orientan y completan el reconocimiento, el respeto y la aplicación de los derechos de los niños y niñas en España.

### 5.3.1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos.<sup>8 9</sup>

La Asamblea General proclama la Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella:

- promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades;
- aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados miembros, como entre los territorios colocados bajo su jurisdicción.<sup>10</sup>

La libertad, la justicia y la paz en el mundo, tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca, y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.<sup>11</sup>

Todos los niños y niñas, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.<sup>12</sup>

Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.<sup>13</sup>

<sup>8</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 en París.

<sup>9</sup> El 10 de diciembre se celebra todos los años el "Día de los derechos Humanos", conmemorando el día en que, el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

<sup>10</sup> Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.

<sup>11</sup> Artículo 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.

<sup>12</sup> Artículo 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.

<sup>13</sup> Artículo 26.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.



### 5.3.2. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.<sup>14 15</sup>

Este Convenio, más conocido como Convenio Europeo de Derechos Humanos:

- a. concretiza ciertos derechos y libertades contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos;
- b. crea una jurisdicción internacional competente para condenar a los Estados, que no respeten los compromisos asumidos con su ratificación.

El Convenio evoluciona de dos formas:

- con la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha hecho del Convenio un instrumento vivo, ampliando, de este modo, los derechos garantizados, y ha permitido su aplicación a situaciones que resultaban imprevisibles en el momento de la adopción del Convenio;
- sus Protocolos incorporan nuevos derechos.

El Convenio es aplicable en el plano nacional:

- a. ha sido incorporado en las legislaciones de los Estados Parte;
- b. los Estados Partes del Convenio están obligados a respetar los derechos reconocidos en el mismo;
- c. los Tribunales nacionales están también obligados a aplicar el Convenio;
- d. si los Estados Partes no aplican el Convenio, los Estados se arriesgan a ser condenados por el Tribunal, en el caso de que un particular se quejara de que sus derechos no han sido respetados.

### 5.3.3. La Carta Social Europea, hecha en Turín, de 18 de octubre de 1961.

La Carta Social Europea contiene una lista de derechos sociales, principalmente en el ámbito laboral y de la salud.

En 1988 se adoptó un Protocolo Adicional con nuevos derechos, y en 1996, se adoptó un nuevo texto, que ahora se llama Carta Social Europea [revisada].

España es Estado parte de la Carta Social Europea [1961]<sup>16</sup> y de su Protocolo [1988]<sup>17</sup>, pero no de la Carta Social Europea Revisada.

---

<sup>14</sup> Se abrió a la firma en Roma el 4 de noviembre de 1950, y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Ratificado por España el 4 de octubre de 1979 [BOE de 10 de octubre de 1979].

<sup>15</sup> Se hacen públicos los Textos Refundidos del Convenio y sus protocolos en el BOE de 6 de mayo de 1999.

<sup>16</sup> Instrumento de ratificación de 29 de abril de 1980, publicado el 26 de junio de 1980.

<sup>17</sup> Instrumento de ratificación de 5 de mayo de 1988, publicado en BOE de 15 de abril del año 2000.



Las Partes contratantes adoptarán cuantas medidas fueran necesarias y adecuadas, incluyendo la creación o mantenimiento de instituciones o servicios apropiados, para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las madres y los niños a una protección social y económica.<sup>18</sup>

La Carta:

- fija en quince años la edad mínima de admisión al trabajo, sin perjuicio de excepciones para los niños y niñas empleados en determinados trabajos ligeros, que no pongan en peligro su salud, moralidad o educación;<sup>19</sup>
- establece la obligación de proporcionar una protección especial, contra los peligros físicos y morales, a los que estén expuestos las niñas, los niños y los adolescentes, especialmente contra aquellos que, directa o indirectamente, deriven de su trabajo.<sup>20</sup>

Las partes contratantes se comprometen a fomentar la protección de la familia:<sup>21</sup>

- económica,
- jurídica,
- social.

### 5.3.4. La Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre<sup>22</sup> de 1989, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.<sup>23</sup>

Este Convenio tiene presente que el niño y la niña, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.<sup>24</sup>

Los Estados Partes deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, para dar efectividad a los derechos reconocidos en esta Convención.<sup>25</sup>

El interés de la niña y del niño se atenderá como consideración primordial,<sup>26</sup> en todas las medidas concernientes a los menores, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos.

<sup>18</sup> Artículo 17 de la Carta Social Europea.

<sup>19</sup> Artículo 7.1 de la Carta Social Europea.

<sup>20</sup> Artículo 7.10 de la Carta Social Europea.

<sup>21</sup> Apartado 16 de la Parte I de la Carta Social Europea.

<sup>22</sup> El 20 de noviembre de cada año se conmemora el Día Internacional de la Infancia.

<sup>23</sup> Instrumento de ratificación de 30 de noviembre de 1990 [BOE de 31 de diciembre de 1990].

<sup>24</sup> Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

<sup>25</sup> Artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

<sup>26</sup> Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.



Los Estados partes se comprometen a:

- asegurar al niño y a la niña, la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la Ley y, con este fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas;
- dar a conocer ampliamente los principios y disposiciones de la Convención, por medios eficaces y apropiados, tanto a los adultos como a los niños y a las niñas.<sup>27</sup>

Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la presente Convención, se establecerá un Comité de los derechos del Niño.<sup>28</sup>

### 5.3.5. La Carta Europea de los Derechos del Niño, de 21 de septiembre de 1992, del Parlamento Europeo.<sup>29</sup>

El Parlamento Europeo, considera que:

- los niños y las niñas son una de las categorías más sensibles de la población, con unas necesidades específicas que hay que satisfacer y proteger;
- dichas necesidades engendran una serie de derechos para los menores y generan, en consecuencia, obligaciones para los padres, el Estado y la sociedad;
- son necesarios instrumentos comunitarios específicos que, basándose en el Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños, afronten los problemas especiales inherentes a la integración europea de los menores, para los que no existen disposiciones en la legislación de los estados Miembros.

### 5.3.6. El Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993.<sup>30</sup>

Este Convenio tiene por objeto:<sup>31</sup>

- establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y de la niña, y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el derecho internacional;

---

<sup>27</sup> Artículo 42 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

<sup>28</sup> Artículo 43 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

<sup>29</sup> DOCE nº C 241 de 21 de septiembre de 1992.

<sup>30</sup> BOE de 1 de agosto de 1995.

<sup>31</sup> Artículo 1 del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993.



- instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes, que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga:
  - la sustracción,
  - la venta,
  - el tráfico de niños y niñas;
- asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes, de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio.

Este Convenio sólo se refiere a las adopciones que establecen vínculo de filiación.<sup>32</sup>

### 5.3.7. El Convenio Europeo sobre el ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo, el 25 de enero de 1996.<sup>33</sup>

Este Convenio reconoce que los Estados miembros del Consejo de Europa y los demás Estados signatarios:<sup>34</sup>

- deben promover los derechos y los intereses superiores de los niños y las niñas, y de que, con este fin, los menores deberían tener la posibilidad de ejercitar sus derechos, en particular, en los procedimientos de familia que les afecten;
- deben reconocer que las niñas y los niños deben recibir la información pertinente, con el fin de que puedan promoverse sus derechos e intereses superiores, y que debería tenerse en cuenta la opinión de aquéllos;
- deben reconocer la importancia del papel de los progenitores, en la protección y la promoción de los derechos e intereses superiores de los niños y las niñas, y considerando que los Estados deberían, en su caso, participar también en su protección y promoción.

El objeto de este Convenio, en aras del superior interés de las personas menores de edad, es:<sup>35</sup>

- promover sus derechos;
- concederles derechos procesales;
- facilitarles el ejercicio de esos derechos, velando por los niños y las niñas, por sí mismos, o a través de otras personas u órganos;
- ser informados y autorizados para participar en los procedimientos que les afecten ante una autoridad judicial.

---

<sup>32</sup> Artículo 2 del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993.

<sup>33</sup> BOE de 21 de febrero de 2015.

<sup>34</sup> Preámbulo del Convenio Europeo sobre el ejercicio de los Derechos de los Niños de 25 de enero de 1996.

<sup>35</sup> Artículo 1.2 del Convenio Europeo sobre el ejercicio de los Derechos de los Niños de 25 de enero de 1996.



### 5.3.8. El Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, 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.<sup>36</sup>

Este convenio aspira a evitar conflictos entre sistemas jurídicos, en materia de competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de medidas de protección de los niños y las niñas.<sup>37</sup>

Este Convenio tiene por objeto:<sup>38</sup>

- determinar el Estado cuyas autoridades son competentes para tomar las medidas de protección de la persona o de los bienes del niño y de la niña;
- determinar la ley aplicable a la responsabilidad parental;
- asegurar el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección en todos los Estados contratantes;
- establecer entre las autoridades de los Estados contratantes, la cooperación necesaria para conseguir los objetivos del Convenio.

Las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de la residencia habitual de la niña y del niño, son competentes para adoptar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes.<sup>39</sup>

En caso de cambio de la residencia habitual del niño o de la niña a otro Estado contratante, son competentes, las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual.

Para los menores refugiados y aquellos niños y niñas que, como consecuencia de desórdenes en sus respectivos países, están internacionalmente desplazados, son competentes las autoridades del Estado contratante, en cuyo territorio se encuentran como consecuencia del desplazamiento.<sup>40</sup>

En caso de urgencia, son competentes para adoptar las medidas de protección necesarias, las autoridades de cualquier Estado contratante en cuyo territorio se encuentren el niño o niña, o bienes que le pertenezcan.<sup>41</sup>

Todo Estado contratante designará una Autoridad Central, encargada de dar cumplimiento a las obligaciones que el convenio le impone.<sup>42</sup>

España ha designado como Autoridad Central a la Dirección Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia, declarando expresamente que las solicitudes de protección del niño y de la niña, sólo podrán realizarse a través de esta Autoridad Central.

---

<sup>36</sup> BOE 2 de diciembre de 2010.

<sup>37</sup> Preámbulo del 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.

<sup>38</sup> Artículo 1 del 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.

<sup>39</sup> Artículo 5 del 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.

<sup>40</sup> Artículo 6 del 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.

<sup>41</sup> Artículo 11 del 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.

<sup>42</sup> Artículo 29 del 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.



### 5.3.9. El Reglamento [CE] nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.<sup>43</sup>

Este Reglamento establece normas que regulan la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental en el ámbito de la Comunidad Europea.

Este Reglamento se aplicará:<sup>44</sup>

- a las materias civiles relativas al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial;
- a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental, y en particular:
  - al derecho de custodia y al derecho de visitas;
  - a la tutela, la curatela y otras instituciones análogas;
  - a la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona, o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia;
  - al acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento;
  - a las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación y disposición de sus bienes;

No se aplicará a:

- la determinación y a la impugnación de la filiación,
- las resoluciones sobre adopción,
- al nombre y apellidos del menor,
- la emancipación,
- las obligaciones de alimentos,
- las sucesiones,
- las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por los menores.

En general, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor, que resida habitualmente en dicho Estado miembro, en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> DOCE de 23 de diciembre de 2003.

<sup>44</sup> Artículo 1 del Reglamento 2201/2003/CE, 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.

<sup>45</sup> Artículo 8 del Reglamento 2201/2003/CE, 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.



Excepcionalmente, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro competentes para conocer del fondo del asunto podrán, -si consideran que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial, está mejor situado para conocer del asunto o de una parte específica del mismo, y cuando ello responda al interés superior del menor-, solicitar al órgano jurisdiccional del otro Estado miembro que ejerza su competencia y entre a conocer del asunto.<sup>46</sup>

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>47</sup> ha declarado que, la interpretación de la excepcionalidad prevista en el artículo 15 del Reglamento 2201/2003, se debe interpretar en el sentido de:

- Para poder estimar que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, con el que el menor tenga una vinculación especial, esté mejor situado, el órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro, debe cerciorarse de que la remisión del asunto a dicho órgano jurisdiccional puede aportar un valor añadido real y concreto al examen del asunto, habida cuenta, en particular, de las normas de procedimiento aplicables en ese otro Estado miembro.
- Para poder estimar que tal remisión responde al interés superior del menor, el órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro debe cerciorarse, en particular, de que dicha remisión no pueda incidir negativamente en la situación del menor.

### 5.3.10. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006.<sup>48 49</sup>

El propósito de esta Convención es promover, proteger y asegurar, el goce pleno y en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto a su dignidad inherente.<sup>50</sup>

Las personas con discapacidad, incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad.

Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias, para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad, gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.<sup>51</sup>

En todas las actividades relacionadas con los niños y niñas con discapacidad, una consideración primordial, será la protección de su superior interés.

<sup>46</sup> Artículo 15 del Reglamento 2201/2003/CE, 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.

<sup>47</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, Sentencia de 27 de octubre de 2016, [LA LEY 145340/2016].

<sup>48</sup> BOE de 21 de abril de 2008.

<sup>49</sup> Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

<sup>50</sup> Artículo 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006.

<sup>51</sup> Artículo 7 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006.



Los Estados Partes garantizarán que:

- a. los niños y las niñas con discapacidad, tengan derecho a expresar su opinión libremente, sobre todas las cuestiones que les afecten;
- b. su opinión reciba la debida consideración, teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas;
- c. reciban asistencia apropiada, con arreglo a su discapacidad y edad, para poder ejercer ese derecho.

### **5.3.11.** El Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007.<sup>52</sup>

Este Convenio tiene por objeto:<sup>53</sup>

- prevenir y combatir la explotación y el abuso sexual de los niños y las niñas,
- proteger los derechos de las niñas y los niños víctimas de explotación y abuso sexual,
- promover la cooperación nacional e internacional contra la explotación y el abuso sexual de los niños y niñas.

En virtud de este Convenio, cada Estado que lo suscriba deberá:<sup>54</sup>

- adoptar las medidas legislativas necesarias para prevenir todas las formas de explotación y abuso sexual de los menores;
- promover la sensibilización en cuanto a la protección y los derechos de los niños y las niñas, por parte de las personas que mantienen contacto habitual con ellos;
- adoptar medidas para que los niños y las niñas reciban información sobre los riesgos de explotación y abuso sexual, así como sobre los medios para protegerse, adaptada a su etapa evolutiva;
- garantizar la coordinación y fomentar la cooperación entre los poderes públicos competentes, la sociedad civil y el sector privado, a fin de mejorar la prevención y la lucha contra la explotación y el abuso sexual de las niñas y los niños;
- adoptar las medidas necesarias para prestar asistencia a las víctimas, a corto y a largo plazo.

---

<sup>52</sup> BOE de 12 de noviembre de 2010.

<sup>53</sup> Artículo 1 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007.

<sup>54</sup> Artículos 4 a 14 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007.



### 5.3.12. El Convenio del Consejo de Europa en materia de adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008.<sup>55</sup>

Este convenio, se refiere a las instituciones jurídicas sobre la adopción que tengan establecido un vínculo de filiación.<sup>56</sup>

El convenio recoge que, si bien la presencia de la institución de la adopción de menores, es propia del derecho sustantivo de todos los Estados miembros del Consejo de Europa, existen aún, en estos países, puntos de vista divergentes acerca de:<sup>57</sup>

- los principios que deberían regir la adopción,
- el procedimiento de adopción,
- los efectos jurídicos de la misma.

Este convenio se instaura como un instrumento internacional, que puede contribuir a paliar las dificultades causadas por las diferencias existentes entre sus leyes internas y, al propio tiempo, a fomentar los intereses de los niños y las niñas adoptados y adoptadas.

### 5.3.13. El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia sobre la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.<sup>58</sup>

Este Convenio aporta una nueva delimitación de conceptos que facilitan una visión más integrada de la violencia familiar y, por tanto, un abordaje más realista de la misma.<sup>59</sup>

En el Convenio se reconoce que:

- la violencia doméstica, aún afectando de manera desproporcionada a las mujeres, afecta también a hombres, quienes también son víctimas,
- los niños y las niñas son víctimas de violencia doméstica, aún cuando meros testigos de la misma.

Delimita la diferencia entre diferentes conceptos:<sup>60</sup>

- a. violencia contra la mujer,
- b. violencia doméstica,

---

<sup>55</sup> BOE de 13 de julio de 2011.

<sup>56</sup> Artículo 1 del Convenio del Consejo de Europa en materia de adopción de menores de 27 de noviembre de 2008.

<sup>57</sup> Preámbulo del Convenio del Consejo de Europa en materia de adopción de menores de 27 de noviembre de 2008.

<sup>58</sup> BOE de 6 de junio de 2014.

<sup>59</sup> Preámbulo del Convenio de Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia sobre la mujer y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2011.

<sup>60</sup> Artículo 3 del Convenio de Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia sobre la mujer y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2011.



- c. violencia de género,
- d. violencia contra la mujer por razones de género,
- e. víctima.

Con estas definiciones avanza en claridad, pues queda establecida la diferencia entre violencia doméstica y violencia de género, a la vez que reconoce como víctima tanto a mujeres como a hombres.

### **5.3.14.** La Directiva del Parlamento europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.<sup>61</sup>

Esta Directiva establece normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de:

- los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores,
- la pornografía infantil,
- el embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos.

También introduce disposiciones para mejorar la prevención de estos delitos y la protección de sus víctimas.

### **5.3.15.** La Recomendación de la Comisión de 20 de febrero de 2013. Invertir en la Infancia: romper el ciclo de las desventajas.<sup>62</sup>

El respeto a la dignidad humana es un valor fundamental de la Unión Europea.

Los niños y las niñas, corren mayor riesgo de pobreza o exclusión social, que la población en general en la gran mayoría de países de la Unión Europea.

Los menores que crecen en la pobreza o la exclusión social, tienen menos posibilidades que sus coetáneos más favorecidos de:

- tener buen rendimiento escolar,
- disfrutar de buena salud,
- aprovechar todo su potencial en fases posteriores de su vida.

---

<sup>61</sup> DOCE de 17 de diciembre de 2011.

<sup>62</sup> DOCE de 2 de marzo de 2013.



La intervención temprana y la prevención son esenciales para elaborar políticas más eficaces y eficientes, pues el gasto público dedicado a las consecuencias de la pobreza y la exclusión social de los niños, suele ser superior al necesario para intervenir a una edad temprana.

En esta Recomendación, la Comisión recomienda a los Estados miembros, organizar y aplicar políticas de lucha contra la pobreza y la exclusión social de los niños, promoviendo el bienestar infantil a través de estrategias multidimensionales, con arreglo a las directrices que desarrolla en dicha Recomendación.

## 5.4. LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE INFANCIA Y SU EVOLUCIÓN.

A) Uno de los actos del Poder Legislativo más importantes, origen de la legislación del menor que ahora conocemos, es el Código Civil.

En su redacción originaria de 1889, este Código, ya regulaba instituciones como:

- el matrimonio,
- la filiación,
- la patria potestad,
- la adopción de menores de edad.

B) Con la Ley de 1958<sup>63</sup>, que reformó esta materia, y después, con la Ley de 1970<sup>64</sup>, se persigue facilitar y robustecer el vínculo adoptivo.

Así, con esta reforma de 1970, se mantiene el reconocimiento de dos clases de adopción:

- la adopción denominada “plena”, con unos efectos más intensos,
- la “adopción simple”, que viene a sustituir a la hasta entonces llamada “adopción menos plena”.

C) La Constitución española de 1978, al enumerar los principios rectores de la política social y económica, hace mención, en primer lugar, a la obligación de los Poderes Públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores.

Las diferentes Comunidades Autónomas han asumido competencias en materia de bienestar social desde entonces.

En cumplimiento del mandato constitucional, el legislador estatal, en el marco de sus competencias, ha regulado las instituciones jurídico-públicas y privadas sobre las que se asienta la protección del menor.

---

<sup>63</sup> Ley de 24 de abril de 1958 por la que se modifican determinados artículos del Código Civil.

<sup>64</sup> Ley 7/1970, de 4 de julio, en materia de adopción.



D) La Ley de 13 de mayo de 1981 <sup>65</sup>, modificó el Código Civil en materia de filiación y patria potestad, estableciendo:

- la filiación por naturaleza, que puede ser matrimonial o no, como la filiación adoptiva, surten los mismos efectos,
- no existe distinción entre filiación legítima e ilegítima,
- una equiparación entre el padre y la madre a efectos del ejercicio de la patria potestad,
- la introducción de la investigación de la paternidad.

E) La Ley de 11 de noviembre de 1987 <sup>66</sup>, modificó de nuevo el Código Civil.

A raíz de la misma, el anticuado concepto de abandono, fue sustituido por la institución de desamparo.

Este cambio, ha dado lugar a una considerable agilización de los procedimientos de protección del menor, al permitir la asunción automática, por parte de la Entidad Pública competente, de la tutela de aquel, en los supuestos de desprotección grave del mismo.

Introdujo las bases de la adopción de menores con dos principios fundamentales:

- configurar la adopción como un instrumento de integración familiar, referido especialmente a quienes más la necesitan,
- priorizar el beneficio del adoptado y de la adoptada, que se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo.

Se regula también, como novedad importante, el acogimiento familiar que, si bien se puede formalizar en el plano administrativo, no deja de estar sometido, ya desde su iniciación, a la vigilancia del Ministerio Fiscal y al necesario control judicial.

Además, se confía a las Entidades Públicas, a las que corresponde en el territorio la protección de menores, la tutela automática de los menores desamparados y la guarda de éstos.

En esta línea, pieza clave de la nueva reforma, son las instituciones públicas o las privadas que colaboren con ellas, y a las que se encomienda, de modo casi exclusivo, las propuestas de adopción y, en todo caso, la guarda de niños y niñas en régimen de acogimiento familiar.

Respecto a las entidades privadas colaboradoras, el control de la Administración y la fijación de unos requisitos imprescindibles para su calificación como tales, determina la garantía para el buen funcionamiento de estas instituciones, siendo este buen funcionamiento, el único parámetro que pueda asegurar el éxito de la reforma.

En su momento se estimó, que este camino era el único viable para dar seguridad al procedimiento de adopción.

---

<sup>65</sup> Ley 11/1981, de 13 de mayo, que modificó el Código Civil, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

<sup>66</sup> Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de adopción y otras formas de protección de menores.



Además, la eliminación de la adopción simple, es una obligada consecuencia de la nueva ideología a la que responde este instituto.

Se simplifica el procedimiento para la adopción de menores, porque desaparece la etapa final notarial.

Este procedimiento, por lo demás, sigue siendo de carácter judicial y con la necesaria intervención del Ministerio Público.

Se esperaba que la reforma legal recondujera la adopción al cumplimiento pleno de su importantísima función social, en beneficio de los más necesitados, tal y como demandaba la comunidad española del momento.

F] La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de de 1996<sup>67</sup>, abordó una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección del menor reguladas en el Código Civil.

La Ley Orgánica de protección jurídica del menor, es un marco regulador que garantiza a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado, y que ha servido de referencia a la legislación que las Comunidades Autónomas han ido aprobando de acuerdo con su competencia en:

- a. materia social,
- b. servicios sociales,
- c. protección pública de menores.<sup>68</sup>

Además, construye un amplio marco jurídico de protección, que vincula a:

1. todos los Poderes Públicos,
2. las instituciones específicamente relacionadas con los menores,
3. los padres, madres y familiares,
4. a la ciudadanía en general.

El ordenamiento jurídico, y esta ley en particular, irán reflejando progresivamente, una concepción de las personas menores de edad:

- como sujetos activos, participativos y creativos,
- con capacidad de modificar su propio medio personal y social,
- con capacidad de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades, y en la satisfacción de las necesidades de los demás.

G] Sin embargo, transcurridos casi veinte años desde su publicación, se han producido cambios sociales importantes que inciden en la situación de los menores, y que demandaban una mejora en los instrumentos de protección jurídica, en aras del cumplimiento efectivo de la Constitución<sup>69</sup> y de las normas de carácter internacional.

---

<sup>67</sup> Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>68</sup> Preámbulo Ley Orgánica 8/2016, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>69</sup> Artículo 39 de la Constitución.



Así se constata en diversas propuestas y observaciones formuladas estos años atrás por:

- el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas,
- el Defensor del Pueblo<sup>70</sup>,
- la Fiscalía General del Estado,
- las conclusiones y recomendaciones de la Comisión Especial del Senado del estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines,<sup>71</sup>
- la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,<sup>72</sup>
- la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.<sup>73 74</sup>

De acuerdo con todo ello, la reciente reforma de la legislación de infancia de 2015<sup>75 76</sup>, que modifica más de veinte leyes estatales, tiene como objeto:

- a) introducir los cambios necesarios en la legislación española de protección a la infancia y a la adolescencia, que permitan continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado, y que constituya una referencia para las Comunidades Autónomas, en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia;
- b) incorporar algunas novedades que ya han sido introducidas por algunas normas autonómicas estos años atrás;
- c) contener normas de incorporación al derecho español de recientes directivas europeas.<sup>77</sup>

Declaran derogadas cuantas normas se opongan o sean incompatibles a lo dispuesto en las mismas.<sup>78</sup>

Estas dos leyes, se dictan al amparo de la competencia exclusiva del Estado para dictar:

1. la legislación civil,
2. la legislación procesal,
3. la regulación de la materia de extranjería,
4. la legislación laboral,
5. la legislación básica del régimen estatutario de los funcionarios públicos, etc

<sup>70</sup> Recomendaciones contenidas en los Informes sobre "Centros de protección de menores con trastorno de conducta y en situación de dificultad social", del año 2009 y en el "Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor, revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia" del año 2014.

<sup>71</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales (Senado), de 17 de noviembre de 2010.

<sup>72</sup> Casos SN contra Suecia de 2 de julio de 2002, Magnusson contra Suecia de 16 de diciembre de 2003 y Ballerin contra España de 4 de noviembre de 2003.

<sup>73</sup> Sentencia número 96/2009, de 10 de marzo.

<sup>74</sup> Sentencias 131 y 132/2010, de 2 de diciembre de 2010.

<sup>75</sup> Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>76</sup> Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>77</sup> Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2011/93/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.

<sup>78</sup> Disposición derogatoria única de la Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.



La razón de la convivencia de dos normas estatales de reforma de la legislación de infancia, está en la necesidad de introducir mediante una Ley Orgánica, los cambios jurídico-procesales y sustantivos necesarios, en ámbitos considerados como materia orgánica, al incidir en los derechos fundamentales y libertades públicas recogidos en nuestra Constitución.<sup>79</sup>

H) Por otra parte, actualmente queda pendiente la realización por el legislador estatal y autonómico, de las modificaciones y desarrollos reglamentarios que sean precisos para la aplicación de estas leyes.

El Estado y las Comunidades Autónomas deberán adoptar, en el ámbito de sus respectivas competencias, las medidas necesarias para la efectividad de estas leyes.

En el ámbito autonómico, actualmente en revisión en la mayoría de las Comunidades Autónomas, a raíz de la reciente reforma de la legislación estatal, sus más recientes leyes, se orientan a abarcar en un solo texto toda la legislación autonómica sobre infancia y adolescencia, incluyendo tanto a los menores desprotegidos como al resto.

Se trata principalmente de visualizar al niño, a la niña y al adolescente como sujeto de derechos y oportunidades.

El hecho de vivir en una sociedad aceleradamente cambiante, determina que las legislaciones autonómicas, además de los aspectos tratados comúnmente hasta ahora por todas ellas, introduzcan aspectos más novedosos<sup>80</sup>, tales como:

1. perspectiva de género,
2. fomento y apoyo a las relaciones intergeneracionales,
3. prioridad presupuestaria,
4. responsabilidad en la crianza,
5. zonas y equipamientos recreativos,
6. derechos y deberes en el espacio urbano,
7. educación en el tiempo libre,
8. el juego y la práctica del deporte,
9. publicidad y medios de comunicación social y espectáculos destinados a menores o protagonizados por éstos,
10. productos comercializados para el uso o el consumo de niños, niñas y adolescentes,
11. espacios colectivos diurnos,
12. intervenciones sociales preventivas.
13. protección ante la victimización secundaria,
14. infracciones, sujetos responsables y sanciones administrativas,
15. investigación sobre nuevos maltratos infantiles y actuaciones de protección y prevención.
16. evaluación de resultados y de impacto, etc.

---

<sup>79</sup> Artículos 14, 15, 16, 17.1, 18.2 y 24 de la Constitución.

<sup>80</sup> Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña.



l) Finalmente, cabe señalar que, el 5 de mayo de 2016, se ha publicado el V y VI Informe de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas y sus Protocolos facultativos.

En este informe, de lectura imprescindible para conocer la aplicación de los derechos de la infancia en nuestro país, se recogen las numerosas reformas legislativas y administrativas, y de todo tipo, que se han realizado, desde el último informe sobre la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño elaborado por España, y los avances de nuestro Estado, en relación con el cumplimiento efectivo de los derechos proclamados en la Convención.

## 5.5. LAS POLITICAS EN MATERIA DE INFANCIA RECOGIDAS EN LA LEGISLACIÓN DE INFANCIA.<sup>81</sup>

Las Administraciones Públicas, en los ámbitos en que le son propios, articularán políticas integrales encaminadas al desarrollo de la infancia y la adolescencia, y, de modo especial, las referidas a los derechos de los menores.

Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores, y adecuarán sus actuaciones, a la normativa internacional y estatal en materia de protección del menor.<sup>82</sup>

Las Administraciones Públicas facilitarán a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos, incluyendo los recursos de apoyo que precisen.

Los menores tendrán derecho a acceder a tales servicios por sí mismos, o a través de sus progenitores, tutores, guardadores o acogedores, quienes a su vez tendrán el deber de utilizarlos en interés de los menores.

Se impulsarán políticas compensatorias dirigidas a corregir las desigualdades sociales.

En todo caso, el contenido esencial de los derechos del menor, no podrá quedar afectado por falta de recursos sociales básicos.

Se garantizará a las menores y a los menores con discapacidad, y a sus familias, los servicios sociales especializados que su discapacidad precise.

Las Administraciones Públicas deberán tener en cuenta las necesidades de los menores al ejercer sus competencias, especialmente en materia de control sobre productos alimenticios, consumo, vivienda, educación, sanidad, servicios sociales, cultura, deporte, espectáculos, medios de comunicación, transportes, tiempo libre, juego, espacios libres y nuevas tecnologías [TICs].

La alfabetización digital y mediática<sup>83</sup> se considera una herramienta imprescindible para que los menores puedan desarrollar su pensamiento crítico, y tomar parte activa en una sociedad participativa y en un mundo actual, que no puede entenderse al margen de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación.

---

<sup>81</sup> Artículo 11 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>82</sup> Artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>83</sup> Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.



Las Administraciones Públicas tendrán particularmente en consideración, la adecuada regulación y supervisión de aquellos espacios, centros y servicios, en los que permanezcan habitualmente menores, en lo que se refiere a sus condiciones físico-ambientales, higiénico-sanitarias, e accesibilidad y diseño universal y de recursos humanos, así como a sus proyectos educativos inclusivos, a la participación de los menores, y a las demás condiciones que contribuyan a asegurar sus derechos.

Los poderes públicos desarrollarán actuaciones encaminadas a la sensibilización, prevención, detección, notificación, asistencia y protección de cualquier forma de violencia contra la infancia y la adolescencia, mediante procedimientos que aseguren la coordinación y la colaboración entre las distintas Administraciones, entidades colaboradoras y servicios competentes, tanto públicos como privados, para garantizar una actuación integral.

Las Entidades Públicas dispondrán de programas y recursos destinados al apoyo y orientación, de quienes, estando en acogimiento, alcancen la mayoría de edad y queden fuera del sistema de protección, con especial atención a los que presentan discapacidad.

Los poderes públicos, en el diseño y elaboración de las políticas públicas, tendrán como objetivo lograr la plena integración de los menores extranjeros en la sociedad española, mientras permanezcan en el territorio del Estado español.<sup>84</sup>

Las Administraciones Públicas, garantizando el cumplimiento de sus derechos previstos en la ley, velarán por los grupos especialmente vulnerables, como:

- los menores extranjeros no acompañados,
- los que presentan necesidades de protección internacional,
- los menores con discapacidad,
- los que sean víctimas de abusos sexuales, explotación sexual, pornografía infantil, de trata o de tráfico de seres humanos.

Las normas en materia de protección integral contra la violencia de género<sup>85</sup>, pretenden:

- actuar contra la violencia que se ejerce sobre las mujeres [a fin de prevenir, sancionar y erradicar], por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges, o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia;
- y además prestar asistencia a estas mujeres, a sus hijos e hijas menores y a los menores sujetos a tutela o guarda y custodia, víctimas de esta violencia.

Los poderes públicos promoverán la realización de acciones dirigidas a fomentar el conocimiento y cumplimiento de los deberes y responsabilidades de los menores, en condiciones de igualdad, no discriminación y accesibilidad universal.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> Artículo 10.3 de la Ley Orgánica 1/1995, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>85</sup> Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género y Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

<sup>86</sup> Artículo 9 bis de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.



## 5.6. NORMAS JURÍDICAS EN MATERIA DE INFANCIA DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.

El Estatuto de Autonomía de Asturias<sup>87</sup>, de conformidad con la distribución competencial establecida en la Constitución<sup>88</sup>, establece actualmente la competencia exclusiva del Principado de Asturias en materia de:

1. asistencia y bienestar social,
2. desarrollo comunitario,
3. actuaciones de reinserción social,
4. protección y tutela de menores, sin perjuicio de las competencias exclusivas del Estado en materia de legislación penal, procesal y civil.

El marco legal fundamental en nuestra Comunidad Autónoma es la Ley del Principado de Asturias de Protección del Menor<sup>89</sup> de 1995, que pretende proporcionar una protección integral, a un colectivo social necesitado de apoyos, como es el de los menores desprotegidos.

Hoy en día, la reforma de la legislación de infancia de 2015<sup>90 91</sup>, ha supuesto que muchos de los preceptos de la Ley de Protección del Menor del Principado de Asturias y de sus Reglamentos de desarrollo, hayan sido derogados tácitamente.

La legislación de infancia de 2015, declara derogadas cuantas normas se opongan o sean incompatibles a lo dispuesto en estas dos leyes de reforma.<sup>92</sup>

Actualmente queda pendiente la realización por el legislador estatal y autonómico, de las modificaciones y desarrollos reglamentarios que sean precisos para la aplicación de estas leyes.

El Estado y las Comunidades Autónomas deberán adoptar, en el ámbito de sus respectivas competencias, las medidas necesarias para la efectividad de estas leyes.

Un aspecto destacable en la normativa del Principado de Asturias, es la creación de la Comisión del Menor<sup>93</sup>, como órgano instrumental, de carácter colegiado, integrado por profesionales de las distintas áreas relacionadas con la protección, formación y atención a los menores, que permita el ejercicio de las funciones de protección que la Administración del Principado de Asturias tiene encomendadas.

Es muy relevante la cooperación de la Administración Pública del Principado de Asturias, con distintas instituciones privadas, que realizan una importante labor en la atención a los menores y constituyen una significativa muestra de la solidaridad social.

---

<sup>87</sup> Artículo 10.1 24 y 25 de la Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias.

<sup>88</sup> Artículo 148.1.20ª de la Constitución.

<sup>89</sup> Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor.

<sup>90</sup> Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>91</sup> Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>92</sup> Disposición derogatoria única de la Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>93</sup> Decreto del Principado de Asturias 57/95, de 30 de marzo, por el que se regula la composición y el funcionamiento de la Comisión del Menor.



Para la regulación concreta de los diversos aspectos relativos a estas instituciones colaboradoras, se ha aprobado en el año 1998 un Decreto<sup>94</sup> que regula su funcionamiento y requisitos, así como el Registro de estas entidades.

El desarrollo reglamentario de dicha Ley de Protección del Menor del Principado de Asturias, con la finalidad de ordenar la actividad de la Administración del Principado de Asturias, se ha llevado a cabo por medio de sus respectivos Decretos, en lo que se refiere a:

- instituciones jurídicas de acogimiento familiar y adopción,<sup>95</sup>
- alojamiento residencial,<sup>96</sup>
- autorización, acreditación, registro e inspección de centros y servicios sociales.<sup>97</sup>

A nivel reglamentario<sup>98</sup>, también se regula en el Principado de Asturias el marco normativo al que deben sujetarse todas aquellas entidades, públicas o privadas, que pretendan desarrollar su actividad como punto de encuentro familiar en el Principado de Asturias.

Las Comunidades Autónomas tienen competencia para el reconocimiento de la condición de familia numerosa.

Una disposición reglamentaria del Principado de Asturias,<sup>99</sup> regula el procedimiento para el reconocimiento y pérdida de la condición de familia numerosa, así como la expedición y renovación del título que acredita dicha condición y categoría en Asturias.

Así mismo, al objeto de lograr una mayor coordinación administrativa en materia de infancia y adolescencia, se ha creado el Observatorio de la Infancia y la Adolescencia del Principado de Asturias<sup>100</sup>.

La mediación familiar<sup>101</sup> aparece como uno de los procedimientos alternativos a la vía judicial de solución de conflictos, regulándose por una Ley autonómica del Principado de Asturias.

Actualmente, es necesaria una revisión en profundidad de todo el sistema jurídico asturiano en materia de protección a la infancia, incluyendo:

- una Ley integral en materia de infancia,
- su desarrollo reglamentario.

---

<sup>94</sup> Decreto del Principado de Asturias 5/1998, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de instituciones colaboradoras de integración familiar y de entidades colaboradoras de adopción internacional.

<sup>95</sup> Decreto del Principado de Asturias 46/2000, de 1 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de acogimiento familiar y de adopción de menores.

<sup>96</sup> Decreto del Principado de Asturias 48/2003, de 5 de junio, por el que se aprueba el Reglamento sobre normas de régimen interior de centros de alojamiento de menores.

<sup>97</sup> Decreto del Principado de Asturias 43/2011, de 27 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de autorización, acreditación, registro e inspección de centros y servicios sociales.

<sup>98</sup> Decreto del Principado de Asturias 93/2005, de 2 de septiembre, de los puntos de encuentro familiar.

<sup>99</sup> Decreto del Principado de Asturias 62/2007, de 24 de mayo, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la condición de familia numerosa y la expedición y renovación del título que acredita dicha condición y categoría.

<sup>100</sup> Decreto del Principado de Asturias 10/2006, de 24 de enero, del Observatorio de la Infancia y la Adolescencia.

<sup>101</sup> Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de mediación familiar.

## 6 EL MENOR Y LA PERSONALIDAD CIVIL.

### 6.1. LA MODERNIZACIÓN DEL REGISTRO CIVIL.

La complejidad de la nueva Ley que regula el Registro Civil<sup>102</sup>, y el cambio radical respecto al modelo anterior, aconsejaron un extenso plazo para su completa entrada en vigor, que se ha fijado en tres años, para permitir la progresiva puesta en marcha del nuevo modelo, evitando disfunciones en el tratamiento de la información registral y la implementación de la nueva estructura organizativa.<sup>103</sup>

Si bien esta Ley entrará en vigor el 30 de junio de 2017, algunas disposiciones de la misma ya han entrado en vigor con fecha 15 de octubre de 2015.<sup>104</sup>

En este trabajo, haremos mención a la regulación establecida por la nueva Ley, sin perjuicio de que algunas de sus disposiciones aún no han entrado en vigor, haciéndolo en los meses próximos.

La modernización del Registro Civil, hace pertinente que su llevanza sea asumida por personal funcionario distinto de aquellos que integran el poder judicial del Estado, cuyo cometido constitucional es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

En efecto, la aplicación al Registro Civil de técnicas organizativas y de gestión de naturaleza administrativa, permitirá una mayor uniformidad de criterios, y una tramitación más ágil y eficiente de los distintos expedientes, sin merma alguna de los derechos de la ciudadanía a una tutela judicial efectiva, pues todos los actos del Registro Civil quedan sujetos a control judicial.

<sup>102</sup> Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

<sup>103</sup> Preámbulo de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

<sup>104</sup> Disposición final décima de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.



El Registro Civil, es:

- un Registro público dependiente del Ministerio de Justicia, y tiene por objeto hacer constar oficialmente los hechos y actos que se refieren al estado civil de las personas,<sup>105</sup>
- único para toda España,
- electrónico.

Tienen acceso al Registro Civil los hechos y actos que se refieren a la identidad, estado civil y demás circunstancias de la persona.

Son, por tanto, inscribibles, entre otros:

1. el nacimiento,
2. la filiación,
3. el nombre y los apellidos y sus cambios,
4. el sexo y el cambio de sexo,
5. la nacionalidad y la vecindad civil,
6. la emancipación y el beneficio de la mayor edad,
7. el matrimonio y la separación, nulidad y divorcio,
8. el régimen económico matrimonial legal o pactado,
9. las relaciones paterno-filiales y sus modificaciones,
10. la modificación judicial de la capacidad de las personas,
11. la tutela, la curatela, la autotutela y demás representaciones legales y sus modificaciones,
12. las declaraciones de ausencia y fallecimiento,
13. la defunción.

Cada persona tendrá un registro individual:

- que se abrirá con la inscripción de nacimiento o con el primer asiento que se practique;
- en dicho registro individual se inscribirán o anotarán, continuada, sucesiva y cronológicamente, todos los hechos y actos que tengan acceso al Registro Civil;
- en cada registro individual, constará una hoja o extracto en la que figuren los datos personales de la vida del individuo.

---

<sup>105</sup> Artículos 2 a 6 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.



Puesto que la nueva Ley del Registro Civil prescindirá del Libro de Familia<sup>106</sup>, -que pierde sentido dentro del modelo moderno que se ha configurado en dicha Ley-, se ha previsto un régimen de incorporación progresiva de los registros individuales, y se mantienen temporalmente los efectos que el ordenamiento vigente atribuye al Libro de Familia.

A cada registro individual abierto con la primera inscripción que se practique, se le asignará un código personal, constituido por la secuencia alfanumérica que atribuya el sistema informático vigente para el documento nacional de identidad.

## 6.2. EL NACIMIENTO DEL MENOR Y SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL.

### 6.2.1. El nacimiento del menor.

El nacimiento determina la personalidad.<sup>107</sup>

El concebido no nacido:

- se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno;
- podrá ser parte en los procesos civiles, para todos los efectos que le sean favorables.<sup>108</sup>

Por los concebidos y no nacidos, comparecerán en juicio, las personas que legítimamente los representarían si ya hubieran nacido.<sup>109</sup>

La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.

La prioridad del nacimiento, en el caso de partos dobles, da al primer nacido los derechos que la

Ley reconozca al primogénito.

La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas.

---

<sup>106</sup> Preámbulo de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

<sup>107</sup> Artículos 29 a 32 del Código Civil.

<sup>108</sup> Artículo 6.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>109</sup> Exposición de Motivos de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.



## 6.2.2. El nacimiento como consecuencia de técnicas de reproducción asistida.

La aparición de las técnicas de reproducción asistida, supuso la apertura de nuevas posibilidades de solución del problema de la esterilidad, para un amplio número de parejas, aquejadas por esta patología.<sup>110</sup>

La regulación legal<sup>111</sup> en España de las técnicas de reproducción asistida es una necesidad por:

- el importante avance científico constatado en los últimos años,
- el desarrollo de nuevas técnicas de reproducción,
- el aumento del potencial investigador,
- la importancia de regular la aplicación de estas técnicas en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético,
- la obligación de prestar una información adecuada, tanto a quienes deseen recurrir a estas técnicas, como a quienes, en su caso, vayan a actuar como donantes,
- la proliferación de los centros o servicios sanitarios, que desean ser autorizados para la práctica de estas técnicas,
- la necesidad de dar destino al problema de los preembriones. La donación de gametos y preembriones es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado.<sup>112</sup>

Los donantes deberán de tener:

- más de dieciocho años,
- buen estado de salud psicofísica,
- plena capacidad de obrar.

La donación será anónima.

Los hijos e hijas nacidos y nacidas como consecuencia de la aplicación de técnicas de reproducción asistida, tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes, que no incluya su identidad.

Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias, que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del menor, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro, o para conseguir el fin legal propuesto.

Dicha revelación tendrá carácter restringido, y no implicará, en ningún caso, publicidad de la identidad de los donantes.

El número máximo autorizado de hijos e hijas nacidos y nacidas en España que hubieran sido generados con gametos de un mismo donante, no deberá ser superior a seis.

---

<sup>110</sup> Exposición de Motivos de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

<sup>111</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

<sup>112</sup> Artículo 5.5. de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.



### 6.2.3. La gestación por sustitución.<sup>113</sup>

Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna, a favor del contratante o de un tercero.

La filiación de los hijos e hijas nacidos y nacidas por gestación de sustitución:

- será determinada por el parto,
- queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

### 6.2.4. La inscripción de nacimiento en el Registro Civil.<sup>114</sup>

La Convención sobre los Derechos del Niño dispone que:

1. el niño y la niña serán inscritos inmediatamente después de su nacimiento,
2. la niña y el niño tendrán derecho desde que nacen a un nombre.<sup>115</sup>

Son inscribibles en el Registro Civil los nacimientos de las personas.<sup>116</sup>

La inscripción hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, identidad, sexo y, en su caso, filiación del inscrito.

La inscripción de nacimiento se practicará en virtud de declaración formulada en documento oficial debidamente firmado, por la persona declarante, acompañada del parte facultativo.

En toda inscripción de nacimiento en España, se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma será restringido, en los supuestos en que:

- la madre por motivos fundados así lo solicite,
- siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación.

Las Entidades Públicas de las Comunidades Autónomas, competentes en materia de protección de menores, deberán promover sin demora<sup>117</sup>:

- la inscripción de menores en situación de desamparo por abandono, sea o no conocida su filiación,
- la inscripción de la tutela administrativa que, en su caso, asuman.

El Ministerio Fiscal promoverá igualmente la inscripción de menores no inscritos.

En los casos de filiación adoptiva, se hará constar, conforme a la legislación aplicable, la resolución judicial o administrativa que constituya la adopción, quedando sometida al régimen de publicidad restringida.<sup>118</sup>

<sup>113</sup> Artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

<sup>114</sup> Artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>115</sup> Artículo 71 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>116</sup> Artículos 44 a 48 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

<sup>117</sup> Artículo 48 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Este artículo entrará en vigor el 30 de junio de 2017, [Disposición final décima].

<sup>118</sup> Resolución-Circular de 15 de julio de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales.



La filiación paterna en el momento de la inscripción del hijo y de la hija, se hará constar:

1. cuando concurra el consentimiento de ambos cónyuges, aunque exista separación legal o de hecho;
2. cuando conste debidamente acreditado el matrimonio con la madre y resulte conforme con las presunciones de paternidad del marido;
3. cuando el padre manifieste su conformidad a la determinación de tal filiación, siempre que la misma no resulte contraria a las presunciones establecidas en la legislación civil, y no existiera controversia.

También constará como filiación matrimonial, cuando la madre estuviera casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al menor nacido de su cónyuge.

El reconocimiento de la filiación no matrimonial, con posterioridad a la inscripción del hijo o de la hija:

- podrá hacerse en cualquier tiempo,
- si se realiza mediante declaración del padre ante el encargado del Registro Civil, se requerirá el consentimiento expreso de la madre y del hijo o de la hija si fuera mayor de edad.

Podrá inscribirse la filiación, mediante expediente aprobado por el Encargado del Registro Civil:

1. cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación;
2. cuando el hijo o la hija se halle en posesión continua del estado de hijo o hija del padre o de la madre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia;
3. respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo;
4. cuando haya transcurrido desde el nacimiento el plazo previsto. En los supuestos de controversia para hacer constar la filiación paterna, se requerirá resolución judicial.

Están obligados a promover la inscripción de nacimiento:

- 1) la dirección de hospitales, clínicas y establecimientos sanitarios;
- 2) el personal sanitario que asista al nacimiento deberá adoptar, bajo su responsabilidad, las cautelas necesarias para asegurar la identificación del recién nacido, y efectuará las comprobaciones que establezcan de forma indubitada la relación de filiación materna, incluyendo, en su caso, las pruebas biométricas, médicas y analíticas;
- 3) el personal médico o sanitario que haya atendido el parto, cuando éste haya tenido lugar fuera de establecimiento sanitario;
- 4) los progenitores; no obstante, en caso de renuncia al hijo en el momento del parto, la madre no tendrá esta obligación, que será asumida por la Entidad Pública correspondiente.
- 5) el pariente más próximo o, en su defecto, cualquier persona mayor de edad presente en el lugar del alumbramiento al tiempo de producirse.



## 6.2.5. Régimen registral de la filiación de los nacidos y de las nacidas mediante gestación por sustitución.

Actualmente ha sido necesario establecer por la Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>119</sup>, los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español, de los nacidos en el extranjero, mediante esta técnica de reproducción asistida, atendiendo a la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor.

La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido o nacida.

En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido o nacida, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

El Tribunal Supremo<sup>120</sup>, con un voto particular en contra, denegó en 2014, la inscripción de filiación en el Registro Civil español de dos niños nacidos en California de una madre de alquiler, contratada por dos varones españoles casados entre sí. Para el Tribunal Supremo la decisión de la autoridad registral de California, al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la madre de alquiler, es contraria al orden público internacional español, por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de la filiación<sup>121</sup>, inspiradas en los valores constitucionales de la dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección a la infancia. La causa de denegación de la inscripción de la filiación, no es que los solicitantes sean ambos varones, sino que la filiación pretendida trae causa de una gestación por sustitución contratada por ellos en California. La protección del interés superior de los menores, no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución, y en la filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación de California, sino que habrá de partir, de ser ciertos tales datos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que les dio a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los padres intencionales, y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores.

En la misma línea que los votos particulares, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos<sup>122</sup> declaró que viola el art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos el no reconocer la relación de filiación entre los niños nacidos mediante vientre de alquiler y los progenitores que han acudido a este método reproductivo, apelando al interés superior del menor. Los recurrentes eran dos matrimonios franceses que contrataron en los Estados Unidos sendas gestaciones por sustitución, por implantación de embriones en el útero de otras mujeres. De dichas gestaciones nacieron, en un caso, dos niñas gemelas y, en el otro, una niña. Aunque no concierne directamente a España, sí sentó precedente para toda la Unión Europea, por lo que el Ministerio de Justicia ordenó en el mes de julio de 2014 a los Consulados españoles que efectuaran la inscripción de los niños nacidos de gestación por sustitución, a través de una Instrucción similar a la anterior. El registro de la filiación se hace de manera automática, transcribiendo en el Registro Civil la filiación que figure en la sentencia judicial que autoriza la maternidad subrogada, sin que conste la gestante como madre del niño a inscribir, por lo que figuran como padres los españoles que iniciaron el proceso.

<sup>119</sup> Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

<sup>120</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Civil, de fecha 6 de febrero de 2014.

<sup>121</sup> Artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

<sup>122</sup> Sentencia del 26 de junio de 2014 en los asuntos 65192/11 [Mennesson c/ Francia] y 65941/11 [Labassee c/ Francia].



### 6.3. LA MINORÍA DE EDAD.

La Convención sobre los Derechos del Niño <sup>123</sup>, entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, proclama que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales.

La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor se aplica a todos los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que, en virtud de la ley que les sea aplicable, hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad. <sup>124</sup>

La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. <sup>125</sup>  
Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, y los derechos y deberes de familia.

Cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de su protección jurídica, en tanto se determina su edad. <sup>126</sup>

A tal efecto, el Fiscal deberá de realizar un juicio de proporcionalidad, que pondere adecuadamente las razones, por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable.

La realización de pruebas médicas para la determinación de la edad de los menores:

- se someterá al principio de celeridad,
- exigirá el previo consentimiento informado del afectado,
- se llevará a cabo con respeto a su dignidad, y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente, especialmente si son invasivas.

Los menores de edad españoles pueden no disponer de Documento Nacional de Identidad hasta los catorce años, por lo que sus datos de identificación se acreditarán hasta entonces mediante el Libro de Familia o el certificado de nacimiento.

<sup>123</sup> Artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>124</sup> Artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>125</sup> Artículo 9.1 del Código Civil.

<sup>126</sup> Artículo 12.4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.



## 6.4. LA MADUREZ DEL MENOR.

La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta:<sup>127</sup>

- el desarrollo evolutivo del menor,
- su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso.

Se considerará, en todo caso, que tiene suficiente madurez, cuando tenga doce años cumplidos. Los menores y las menores de catorce años podrán declarar como testigos ante un Tribunal si, a juicio del Tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y poder declarar verazmente.<sup>128</sup>

## 6.5. MENORES DE EDAD E INCAPACITACIÓN, DEPENDENCIA Y DISCAPACIDAD.

A) Los Estados Partes de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>129</sup> reconocen que el menor mental o físicamente impedido, deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que:

- aseguren su dignidad,
- le permitan llegar a bastarse a sí mismo,
- faciliten la participación del niño o de la niña en la comunidad.

La reforma de la legislación de infancia de 2015, incide en la protección jurídica de los menores con discapacidad, tras haber ratificado España la Convención de derechos de las personas con discapacidad.<sup>130</sup>

B) Nadie puede ser declarado incapaz<sup>131</sup>, sino por sentencia judicial, en virtud de las causas establecidas en la Ley.

Son causas de incapacitación, las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

Los menores de edad podrán ser incapacitados, cuando concurra en ellos causa de incapacitación, y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad.<sup>132</sup>

C) El sistema para la autonomía y atención a la dependencia<sup>133</sup>, atenderá las necesidades de ayuda a domicilio y, en su caso, prestaciones económicas vinculadas y para cuidados en el entorno familiar, a favor de los menores de tres años, acreditados en situación de dependencia.

<sup>127</sup> Artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>128</sup> Artículo 361 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>129</sup> Artículo 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>130</sup> Convención de los Derechos sobre las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006.

<sup>131</sup> Artículo 199 a 201 del Código Civil.

<sup>132</sup> Artículo 201 del Código Civil.

<sup>133</sup> Disposición adicional decimotercera de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.



Se promoverá un plan integral de atención para estos menores de tres años en situación de dependencia, en el que se contemplen las medidas a adoptar por las Administraciones Públicas, sin perjuicio de sus competencias, para facilitar atención temprana y rehabilitación de sus capacidades físicas, mentales e intelectuales.

En personas menores de tres años, serán objeto de valoración las situaciones originadas por condiciones de salud:<sup>134</sup>

- a) de carácter crónico,
- b) de larga duración,
- c) de frecuente recurrencia.

Esta valoración, que se hará con una escala de valoración específica de dependencia para personas menores de tres años:

- tendrá carácter no permanente, estableciéndose revisiones de oficio,
- dará derecho a los menores con discapacidad y a sus familias, a unos servicios y prestaciones sociales, que atiendan con garantías de suficiencia y sostenibilidad sus necesidades, dirigidos al desarrollo de su personalidad y su inclusión en la comunidad, incrementando su calidad de vida y bienestar social.<sup>135</sup>

D) Las personas con discapacidad tienen derecho a una educación:<sup>136</sup>

- inclusiva,
- de calidad y gratuita,
- en igualdad de condiciones con los demás.

La escolarización de este alumnado en centros de educación especial o unidades sustitutorias de los mismos, sólo se llevará a cabo:

- cuando excepcionalmente sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios,
- tomando en consideración la opinión de los padres, madres, tutores o tutoras.

E) La calificación del grado de minusvalía de los menores de edad:

- responde a criterios técnicos unificados, fijados mediante baremos.
- es objeto de valoración, tanto las discapacidades que presenta la persona menor de edad, como, en su caso, los factores sociales complementarios relativos, entre otros, a su entorno familiar y situación laboral, educativa y cultural, que dificulten su integración social.<sup>137</sup>

<sup>134</sup> Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia

<sup>135</sup> Artículo 48 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

<sup>136</sup> Artículo 18 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

<sup>137</sup> Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.



## 6.6. LA EMANCIPACIÓN DEL MENOR DE EDAD.

### 6.6.1. Consideraciones generales sobre la emancipación.

La emancipación tiene lugar: <sup>138</sup>

- por la mayoría de edad,
- por concesión de los que ejerzan la patria potestad,
- por concesión judicial.

Para que tenga lugar la emancipación por concesión de quienes ejerzan la patria potestad, se requiere que el menor tenga dieciséis años cumplidos y que la consienta.

Esta emancipación se otorgará:

1. por escritura pública,
2. por comparecencia ante el Juez o Jueza encargado del Registro.

La concesión de emancipación:

- habrá de inscribirse en el Registro Civil, no produciendo entretanto efectos contra terceros,
- no podrá ser revocada.

Se reputará a todos los efectos como emancipados, al hijo o hija mayor de dieciséis años que, con el consentimiento de los padres, viviere independientemente de éstos. Los padres podrán revocar este consentimiento.

El Juzgado podrá conceder la emancipación de los hijos e hijas mayores de dieciséis años, si éstos lo pidieren, y previa audiencia de los padres:

1. cuando quien ejerce la patria potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor,
2. cuando los padres vivieran separados,
3. cuando concurra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad.

Los efectos de la emancipación son:

- habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor,
- hasta que llegue a la mayor edad, no podrá el emancipado o la emancipada tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales, u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador,
- la persona menor emancipada podrá por si sola comparecer en juicio.

---

<sup>138</sup> Artículos 314 a 324 del Código Civil.



## 6.6.2. Tramitación judicial de la emancipación.

El Juez de Primera Instancia del domicilio del menor, será competente para conocer de la solicitud de emancipación, que inste el mayor de dieciséis años sujeto a patria potestad.<sup>139</sup>

En la práctica de estas actuaciones, no será preceptiva la intervención de Abogado o Abogada ni de Procurador o Procuradora, salvo que se formule oposición, en cuyo caso si será preceptiva la asistencia de Letrado o Letrada a partir de ese momento.

El expediente se iniciará mediante solicitud dirigida al Juzgado por el menor mayor de dieciséis años, con la asistencia de alguno de sus progenitores, no privados o suspendidos de la patria potestad, o del tutor.

A falta de asistencia de los mismos, se nombrará defensor o defensora judicial al menor para instar el expediente.

El Ministerio Fiscal asumirá su representación y defensa hasta que produzca el nombramiento de defensor judicial.

A la solicitud se acompañarán, en su caso, los documentos que acrediten la concurrencia de la causa exigida por el Código Civil para instar la emancipación, así como la proposición de prueba que considere pertinente.

Admitida a trámite por la persona titular de la Secretaría Judicial la solicitud, convocará a la comparecencia ante el Juez o Jueza:

- al menor,
- a sus progenitores, o, en su caso, a su tutor o tutora,
- al Ministerio Fiscal,
- a aquellos o a aquellas que pudieran estar interesados o interesadas.

Posteriormente, se practicarán aquellas pruebas que hubieran sido propuestas y acordadas. El Juez o Jueza, teniendo en cuenta la justificación ofrecida y valorando el interés del menor, resolverá concediendo o denegando la emancipación.

Se remitirá al Registro Civil el testimonio de la concesión de la emancipación para proceder a su inscripción.

---

<sup>139</sup> Artículo 53 a 55 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.



## 6.7. BENEFICIO DE LA MAYOR EDAD.

También podrá la Jueza o el Juez<sup>140</sup>, previo informe del Ministerio Fiscal, conceder el beneficio de la mayor edad, a la persona sujeta a tutela mayor de dieciséis años que lo solicitare.

Lo dispuesto sobre la emancipación, es aplicable también al menor que hubiera obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad.

La Jueza o el Juez de Primera Instancia del domicilio del menor, será competente para conocer de la solicitud de beneficio de mayoría de edad, que inste el mayor de dieciséis años sujeta a tutela.

El expediente judicial de concesión del beneficio de mayoría de edad<sup>141</sup>, se tramitará en idéntica forma que los expedientes de concesión de emancipación judicial.

En la práctica de estas actuaciones, no será preceptiva la intervención de Abogado o Abogada ni de Procurador o Procuradora, salvo que se formule oposición, en cuyo caso sí será preceptiva la asistencia de Letrado o Letrada a partir de ese momento.

El expediente se iniciará mediante solicitud dirigida al Juzgado, por el menor mayor de dieciséis años, con la asistencia del tutor o de la tutora.

El Juez o la Jueza, teniendo en cuenta la justificación ofrecida y valorando el interés del menor, resolverá concediendo o denegando el beneficio de mayoría de edad solicitado.

Se remitirá al Registro Civil el testimonio de la concesión de la emancipación o del beneficio de mayoría de edad para proceder a su inscripción.

## 6.8. LA MAYORÍA DE EDAD.

La mayor de edad empieza a los dieciocho años cumplidos.<sup>142</sup>

Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento.

El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo lo establecido en casos especiales por el Código Civil.<sup>143</sup>

---

<sup>140</sup> Artículo 321 y 323 del Código Civil.

<sup>141</sup> Artículo 53 a 55 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

<sup>142</sup> Artículo 315 del Código Civil.

<sup>143</sup> Artículo 322 del Código Civil.



## 6.9. LA TRANSEXUALIDAD Y LA MINORÍA DE EDAD.

La transexualidad, considerada como un cambio de la identidad de género, es una realidad social que ha requerido una respuesta del legislador<sup>144</sup>.

Toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello, podrá solicitar la rectificación de la mención registral del sexo<sup>145</sup>.

A sensu contrario, los menores de edad no podrán solicitar la rectificación de la mención registral del sexo.

La ley tiene por objeto:

- regular los requisitos necesarios para acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo de una persona en el Registro Civil, cuando dicha inscripción no se corresponde con su verdadera identidad de género;
- contemplar también el cambio de nombre propio para que no resulte discordante con el sexo reclamado.

El Pleno del Tribunal Constitucional<sup>146</sup>, ha acordado admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, en relación con la Ley reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, en cuanto que solo reconoce legitimación a las personas mayores de edad para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo y del nombre.

## 6.10. EL DOCUMENTO NACIONAL DE IDENTIDAD Y EL PASAPORTE.

Los españoles tienen derecho<sup>147</sup> a que:

- se les expida el Documento Nacional de Identidad,
- puedan obtener el pasaporte ordinario, salvo que concurra alguna de las situaciones exceptuadas previstas.<sup>148</sup>

También se dispone la obligatoriedad del Documento Nacional de Identidad para los mayores de catorce años residentes en España<sup>149</sup>

<sup>144</sup> Exposición de Motivos de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

<sup>145</sup> El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 10 de mayo de 2016, ha admitido a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

<sup>146</sup> El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 10 de mayo de 2016, ha admitido a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

<sup>147</sup> Artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana.

<sup>148</sup> Artículos 2 a 4 del Real Decreto 896/2003, de 11 de julio, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus características.

<sup>149</sup> Artículo 2 del Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica.



El DNI acredita, por sí solo, la identidad de las personas.

Para la expedición del pasaporte ordinario será imprescindible la presencia física de la persona a la que se haya de expedir, ante los órganos o unidades que lo expidan.

El considerable incremento en el número de medidas cautelares dictadas por la Autoridad Judicial<sup>150</sup>, prohibiendo la expedición del pasaporte o la salida del territorio nacional de los menores afectados por las demandas de separación o divorcio, ha hecho que sea necesario, actualmente, que para la expedición del pasaporte a los menores de edad, deba prestarse el consentimiento por quienes tengan atribuido el ejercicio de la patria potestad o tutela, con la indicación, por su parte, de que su ejercicio no se encuentra limitado para prestarlo, debiendo en caso contrario suplir su falta con autorización judicial.

---

<sup>150</sup> Real Decreto 411/2014, de 6 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 896/2003, de 11 de julio, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus características.



## 7 EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.<sup>151</sup>

### 7.1. ASPECTOS GENERALES.

Los Estados parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño<sup>152</sup> se comprometen a que se atenderá como consideración primordial el interés superior del niño y de la niña, en todas las medidas concernientes a las niñas y a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos.

Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial, en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado.

El interés superior del menor, primará sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir:

- en la aplicación de las leyes que le afecten,
- en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones públicas o privadas,
- en los Tribunales,
- en los órganos legislativos.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores, se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en interés superior del menor.

En cada caso, habrá que interpretar y aplicar el superior interés del menor.

La reforma de la legislación de infancia de 2015<sup>153</sup>, desarrolló y reforzó el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, definiendo con parámetros concretos, lo que hasta entonces había sido un concepto jurídico indeterminado.

<sup>151</sup> Artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>152</sup> Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>153</sup> Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.



Este concepto se define desde un triple contenido:

1. es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución;
2. es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma, se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor;
3. es una norma de procedimiento.

En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral.

A la luz de estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso:

- debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador, que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos, y de las circunstancias del caso;
- debe explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio.

## 7.2. CRITERIOS GENERALES PARA LA DETERMINACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

Para ello, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales:

- a) la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor;
- b) la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas, como emocionales y afectivas;
- c) la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor;
- d) su derecho a participar progresivamente en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior;
- e) la conveniencia de que su vida y desarrollo, tenga lugar en un entorno familiar adecuado, y libre de violencia;
- f) se priorizará la permanencia en su familia de origen, y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor;
- g) se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial, en caso de acordarse una medida de protección;
- h) se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, teniendo en cuenta la evolución de la familia, desde que se adoptó la medida protectora, y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia;



- i) la preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

### 7.3. ELEMENTOS GENERALES.

Estos criterios generales se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

- 1) la edad y madurez del menor;
- 2) la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica o cualquier otra circunstancia o característica relevante;
- 3) el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo;
- 4) la necesidad de estabilidad en las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional, pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro;
- 5) la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales;
- 6) aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

### 7.4. PRINCIPIOS DE NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD.

Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor, no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

En caso de:

- concurrir cualquier otro interés legítimo, junto al interés superior del menor, deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes;
- no poder respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor, sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor, deberán valorar, en todo caso, los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.



## 75. EL RESPETO A LAS GARANTÍAS PROCESALES.

Toda medida, en el interés superior del menor, deberá adoptarse respetando las debidas garantías del proceso y, en particular:

- 1) respetando los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso, de acuerdo con la normativa vigente;
- 2) garantizando la intervención de profesionales cualificados o expertos en el proceso de adopción de cualquier medida en interés del menor;
- 3) garantizando que los profesionales que hayan de intervenir, han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños y niñas con discapacidad, en caso de ser necesario;
- 4) se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados, en las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor;
- 5) se garantizará la participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor, o de un defensor judicial, si hubiera conflicto o discrepancia con ellos;
- 6) se asegurará la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses;
- 7) las decisiones adoptadas deberán incluir en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas;
- 8) deberán existir recursos, que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial, o en el caso en que el propio desarrollo del menor, o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión, hagan necesario revisarla;
- 9) los menores gozarán del derecho de asistencia jurídica gratuita, en los casos legalmente previstos.

La Audiencia Provincial de Las Palmas<sup>154</sup>, ha denegado la autorización judicial solicitada por el Ministerio Fiscal, para realizar un implante coclear a una niña con discapacidad auditiva, cuyos padres no prestan su consentimiento para la intervención. El interés superior de la menor, no justifica la adopción de la medida. Los padres no se niegan al seguimiento médico de su hija, ni a otras opciones terapéuticas distintas al implante coclear. Solo se oponen, a una intervención quirúrgica invasiva, para una menor de muy corta edad, sin que se acrediten razones de urgencia, ni riesgo vital para la niña. Los documentos médicos aportados, no apoyan suficientemente la solicitud del Ministerio Fiscal. La colocación del implante conlleva ventajas, pero también inconvenientes. No es suficiente para recuperar la audición, solo es una ayuda auditiva dependiendo el resultado de un posterior y largo proceso rehabilitador. Los padres, que sufren sordera profunda, han decidido legítimamente utilizar la lengua vehicular de signos, y no se oponen a tratamientos que no precisen una intervención. No han actuado de forma irracional o negligente, sino que adoptan la decisión que creen conveniente para su hija.

<sup>154</sup> Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 28 de diciembre de 2015, [LA LEY 246577/2015].

## 8 LOS MENORES DE EDAD Y SU NACIONALIDAD.

Los Estados partes de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño<sup>155</sup>, se comprometen a respetar el derecho del niño y de la niña a preservar su nacionalidad.

### 8.1. LOS MENORES DE EDAD, SU NACIONALIDAD Y SU RESIDENCIA.

#### 8.1.1. La nacionalidad por nacimiento en España y por otras causas.

Son españoles de origen, los menores:<sup>156</sup>

- a) nacidos de padre o madre españoles;
- b) nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España; se exceptúan los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España;
- c) nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad, o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo o a la hija una nacionalidad;
- d) nacidos en España cuya filiación no resulte determinada; a estos efectos, se presumen nacidos en territorio español, los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español.

La posesión y utilización continuada de la nacionalidad española durante diez años, con buena fe y basada en un título inscrito en el Registro Civil, es causa de consolidación de la nacionalidad, aunque se anule el título que la originó.

<sup>155</sup> Artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>156</sup> Artículo 17 a 19 del Código Civil.



El extranjero menor de dieciocho años adoptado por un español, adquiere, desde la adopción, la nacionalidad española de origen.

Sin perjuicio de ello, si de acuerdo con el sistema jurídico del país de origen el menor adoptado mantiene su nacionalidad, ésta será también reconocida en España.

Se reconoce así, por parte del ordenamiento jurídico español, la doble nacionalidad en supuestos de adopción internacional, en los cuales la legislación del país de origen del menor adoptado prevé la conservación de su nacionalidad de origen.<sup>157</sup>

### 8.1.2. La nacionalidad por opción.<sup>158</sup>

Tienen derecho a optar por la nacionalidad española:

- los menores que estén o hayan estado sujetos a la patria potestad de un español,
- aquellos menores cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España.

La declaración de opción se formulará:

- por el representante legal del optante, menor de catorce años; en este caso, la opción requiere autorización del Encargado del Registro Civil del domicilio del declarante, previo dictamen del Ministerio Fiscal; dicha autorización se concederá en interés del menor;
- por el propio interesado, asistido por su representante legal, cuando aquel sea mayor de catorce años;
- por el interesado, por sí solo, si está emancipado; esta opción caducará a los veinte años de edad.

### 8.1.3. La nacionalidad adquirida por carta de naturaleza o por residencia en España.<sup>159 160</sup>

La nacionalidad española se adquiere por carta de naturaleza, otorgada discrecionalmente mediante Real Decreto, cuando en el interesado o la interesada concurren circunstancias excepcionales.

Se adquiere la nacionalidad por residencia en España, por concesión otorgada por el Ministro de Justicia, que podrá denegarla por motivos razonados de orden público o interés nacional.

---

<sup>157</sup> Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>158</sup> Artículos 20 del Código Civil.

<sup>159</sup> Orden JUS/1625/2016, de 30 de septiembre, sobre la tramitación de los procedimientos de concesión de nacionalidad española por residencia.

<sup>160</sup> Artículo 21 a 23 del Código Civil.



La solicitud, tanto en el caso de la nacionalidad por carta de naturaleza como por residencia, podrá formularla:

1. el menor emancipado,
2. el menor mayor de catorce años asistido por su representante legal,
3. el representante legal del menor de catorce años.

En este caso, el representante legal sólo puede formular la solicitud, si previamente ha obtenido autorización del Encargado o de la Encargada del Registro Civil del domicilio del declarante, previo dictamen del Ministerio Fiscal. Dicha autorización se concederá en interés del menor.

Para la concesión de la nacionalidad por residencia se requiere que ésta haya durado diez años.

Serán suficientes cinco años para los que hayan obtenido la condición de refugiado, y dos años cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes.

Bastará el tiempo de residencia de un año para los menores de edad que:

- a) hayan nacido en territorio español;
- b) no hayan ejercitado oportunamente la facultad de optar;
- c) hayan estado sujetos legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles, durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud;
- d) hayan nacido fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles.

En todos los casos, la residencia habrá de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición.

La persona interesada, deberá justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española.

Son requisitos comunes para la validez de la adquisición de la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza o residencia:

- que el mayor de catorce años y capaz para prestar una declaración por sí, jure o prometa fidelidad al Rey, y obediencia a la Constitución y a las leyes;
- que declare que renuncia a su anterior nacionalidad; quedan a salvo de este requisito los naturales de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal y los sefardíes originarios de España;
- que la adquisición se inscriba en el Registro Civil español.



### 8.1.4. Residencia del hijo nacido en España de residente.<sup>161</sup>

Los hijos e hijas nacidos y nacidas en España de extranjero o extranjera que se encuentre residiendo en España, adquirirán automáticamente la misma autorización de residencia, de la que sea titular cualquiera de sus progenitores.

A estos efectos, el padre o la madre deberán solicitar personalmente, la autorización de residencia para el hijo o la hija, desde que tuviera lugar el nacimiento, o desde que alguno de sus progenitores acceda a la situación de residencia, acompañando original y copia del certificado de nacimiento.

Si la hija o el hijo nacido en España, es de padre o madre reconocidos como refugiados, estos podrán optar, entre solicitar para él la extensión familiar del derecho de protección internacional, o una autorización de residencia, en función del interés superior del menor.

En el caso de un menor nacido en España, de un extranjero titular de una autorización de residencia por reagrupación familiar, en condición de descendiente de otro residente, aquél adquirirá una autorización de residencia por reagrupación familiar dependiente de su progenitor.

### 8.1.5. Residencia del hijo no nacido en España de residente.<sup>162</sup>

Los menores no nacidos en España, hijos o hijas de extranjeros o extranjeras con residencia en

España, así como los menores sujetos legalmente a la tutela de un ciudadano, una ciudadana o institución españoles, o de un extranjero o extranjera residente legal en España, podrán obtener autorización de residencia cuando se acredite su permanencia continuada en España, durante un mínimo de dos años, y sus padres o tutores cumplan los requisitos de medios económicos y alojamiento exigidos, para ejercer el derecho a la reagrupación familiar.

Cuando los menores se encuentren en edad de escolarización obligatoria, se deberá presentar certificado que acredite su escolarización durante su permanencia en España.

La vigencia de las autorizaciones concedidas por este motivo estará vinculada, en su caso, a la de la autorización de residencia del padre, la madre o el tutor del interesado.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>163</sup> considera que, corresponde al órgano jurisdiccional nacional, apreciar concretamente el grado de peligrosidad, ponderando los intereses en liza [a saber, el principio de proporcionalidad, el interés superior del niño, y los derechos fundamentales cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia], a la hora de valorar la denegación de residencia automática a un nacional de un país no miembro de la Unión Europea, que tiene la guarda exclusiva de un ciudadano menor de la Unión Europea, ni procede expulsarlo sin más del territorio de la Unión Europea, debido únicamente a que tiene antecedentes penales.

<sup>161</sup> Artículo 185 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.

<sup>162</sup> Artículo 186 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.

<sup>163</sup> Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de septiembre de 2016 [LA LEY 111188/2016].



## 8.2. LOS EXTRANJEROS MENORES DE EDAD.

### 8.2.1. Presupuestos básicos.

Se consideran extranjeros o extranjeras a las personas que carezcan de nacionalidad española.<sup>164</sup>

Los menores extranjeros gozan en España, de los mismos derechos civiles que los menores españoles, salvo lo dispuesto en las leyes y los Tratados.<sup>165</sup>

Los menores extranjeros que se encuentren en España, independientemente de su situación administrativa<sup>166</sup>, tienen derecho a la educación, asistencia sanitaria y servicios y prestaciones sociales básicas, en las mismas condiciones que los menores españoles.<sup>167</sup>

Los poderes públicos, en el diseño y elaboración de las políticas públicas:

- tendrán como objetivo lograr la plena integración de los menores extranjeros en la sociedad española:
  - mientras permanezcan en el territorio del Estado español;
  - en un marco de convivencia de identidades y culturas diversas, sin más límite que el respeto a la Constitución y a la Ley;<sup>168</sup>
- incorporarán el objetivo de la integración entre inmigrantes y sociedad receptora, con carácter transversal a todas las políticas y servicios públicos, promoviendo la participación económica, social, cultural y política de las personas inmigrantes, en los términos previstos en la legislación, en condiciones de igualdad de trato;
- especialmente, procurarán, mediante acciones formativas, el conocimiento y respeto de los valores constitucionales de España, de los valores de la Unión Europea, así como de los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres;
- desarrollarán medidas específicas para favorecer la incorporación al sistema educativo, garantizando en todo caso la escolarización en la edad obligatoria, el aprendizaje del conjunto de lenguas oficiales, y el acceso al empleo como factores esenciales de integración.

### 8.2.2. Derecho a la educación de los menores de edad extranjeros.

Los extranjeros menores de dieciséis años, tienen el derecho y el deber a la educación, que incluye el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria.<sup>169</sup>

Los extranjeros menores de dieciocho años también tienen derecho a la educación posobligatoria.

<sup>164</sup> Artículo 1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

<sup>165</sup> Artículo 27 del Código Civil.

<sup>166</sup> Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>167</sup> Artículo 10 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>168</sup> Artículo 2 ter de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

<sup>169</sup> Artículo 9 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.



Este derecho incluye la obtención de la titulación académica correspondiente, y el acceso al sistema público de becas y ayudas en las mismas condiciones que los españoles.

En el caso de alcanzar la edad de dieciocho años en el trascurso del curso escolar, conservarán ese derecho hasta su finalización.

Los extranjeros residentes que tengan en España menores a su cargo en edad de escolarización obligatoria, deberán acreditar dicha escolarización, mediante informe emitido por las autoridades autonómicas competentes, en las solicitudes de renovación de su autorización, o en su solicitud de residencia de larga duración.

### 8.2.3. Reagrupación familiar.

La Convención sobre los Derechos del Niño,<sup>170</sup> establece la obligación de los Estados Partes de atender de manera positiva, humanitaria y expeditiva, toda solicitud hecha por un niño o una niña, o por sus padres, para entrar en un Estado Parte o para salir de él, a los efectos de reunión de la familia.

Además, los Estados Partes garantizarán, que la presentación de una petición de reagrupación, no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios, ni para sus familiares.

Los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar<sup>171</sup>, y tienen derecho a reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en la legislación.

Entre otros, el extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España:

1. a los hijos e hijas del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años;
2. cuando se trate de hijos o hijas de uno solo de los cónyuges, se requerirá, además, que éste ejerza en solitario la patria potestad o que se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo;
3. en el supuesto de hijos adoptivos deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción, reúne los elementos necesarios para producir efecto en España;
4. a los menores de dieciocho años, cuando el residente extranjero sea su representante legal y el acto jurídico del que surgen las facultades representativas, no sea contrario a los principios del ordenamiento español.

Los hijos reagrupados podrán obtener una autorización de residencia independiente, cuando alcancen la mayoría de edad, y dispongan de medios económicos suficientes para cubrir sus propias necesidades.

---

<sup>170</sup> Artículo 10.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>171</sup> Artículos 16 a 19 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.



Cuando se trate de ascendientes reagrupados, éstos sólo podrán ejercer, a su vez, el derecho de reagrupación familiar, tras haber obtenido la condición de residentes de larga duración y acreditado solvencia económica.

Excepcionalmente, el ascendiente reagrupado, que tenga a su cargo uno o más hijas o hijos menores de edad, podrá ejercer el derecho de reagrupación, sin necesidad de haber adquirido la residencia de larga duración.

Cuando los familiares a reagrupar sean menores de edad de escolarización obligatoria, la Administración receptora de las solicitudes deberá comunicar a las autoridades educativas competentes una previsión sobre los procedimientos iniciados de reagrupación familiar, a los efectos de habilitar las plazas necesarias en los centros escolares correspondientes.

El Tribunal Supremo<sup>172</sup> afirma que la denegación del visado a uno de los hijos supondría aislarle del resto de la familia directa, que reside en España, por lo que concluye que, no es posible denegar su concesión, por el hecho de que fuera solicitado tan sólo para algunos de los miembros de la familia, pues ello no revela un fraude legal, ni el intento de utilizar el visado para una finalidad distinta de la prevista por nuestro ordenamiento, que pueda considerarse contraria a Derecho.

#### 8.2.4. Desplazamiento temporal de menores extranjeros con fines humanitarios.<sup>173</sup>

El desplazamiento de menores extranjeros a España, para periodos no superiores a noventa días, en programas de carácter humanitario, promovidos y financiados por las Administraciones Públicas, asociaciones sin ánimo de lucro, o fundaciones u otras entidades ajenas a quienes ejercen su patria potestad o tutela, para estancias temporales con fines de tratamiento médico o disfrute de vacaciones, necesitará:

- la autorización expresa de quien ejerza la patria potestad o tutela;
- el informe previo favorable del Subdelegado del Gobierno o del Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, en cuyo territorio vayan a permanecer;
- con carácter previo a la emisión del informe por la Delegación o Subdelegación del Gobierno, la entidad o persona que promueva el programa, habrá de presentar ante ésta un informe emitido por el órgano autonómico competente en materia de protección de menores sobre el programa.

Los requisitos y exigencias se entenderán cumplidos, a los efectos de concesión del visado, a través del informe favorable del Subdelegado o Subdelegada del Gobierno, o Delegado o Delegada del Gobierno.

<sup>172</sup> Sentencia de 26 de octubre de 2016, del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, (LA LEY 8592/2016).

<sup>173</sup> Artículo 187 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.



El informe se referirá al cumplimiento, por parte del programa, de los requisitos y autorizaciones exigibles en España, proporcionados para el fin de la estancia y su duración, tanto en materia

sanitaria como de protección jurídica del menor, en relación con la finalidad expuesta y de esa duración, en orden a garantizar la ausencia de riesgo de desprotección de éste.

Asimismo, se habrá de verificar la existencia de compromiso escrito de facilitar el regreso al país de origen de los menores, y el conocimiento de que el desplazamiento del menor, no tiene por objeto la adopción, y que el mencionado regreso no implica coste para el erario público, salvo que dicho coste haya sido asumido expresa y previamente por el órgano competente.

La Oficina Consular en el país de origen del menor deberá, no obstante, comprobar, la autorización expresa de quien ejerza la patria potestad o tutela, así como todo lo relativo a los requisitos de los pasaportes individuales o colectivos, salvoconductos, u otra documentación de viaje de los menores.

Los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Trabajo e Inmigración y de Interior, coordinarán el desplazamiento y estancia de estos menores, y por este último departamento se controlará su regreso al país de origen o de procedencia.

En todos los casos, si los menores van a permanecer con familias o personas individuales, éstas deberán expresar por escrito su conocimiento de que el desplazamiento del menor, no tiene por objeto la adopción y su compromiso de favorecer el regreso a su país de origen o procedencia.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 174 declaró vulnerado, el derecho al respeto a la vida privada y familiar, garantizado en el artículo 8 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos. Se trataba de una menor saharawi, entregada en tutela a la familia de acogida, tras una estancia temporal en España, después de varios años sin regularizar su situación ni reintegrársela a la custodia de su madre biológica, alegando razones de salud. El Tribunal reprocha la inactividad de las autoridades administrativas, y la ausencia de imposición de sanción alguna contra la familia de acogida, a pesar de su actitud obstruccionista, y su rechazo reiterado a entregar a la menor a los servicios pertinentes para facilitar su regreso. Por razón de la inercia de la Administración, la menor, aunque siempre con la familia de acogida, ha permanecido en situación de abandono jurídico durante tres años, y en un vacío jurídico durante cinco, a partir de la fecha en que habría debido ser repatriada, favoreciendo con el paso del tiempo a la integración de la menor en su familia de acogida, en detrimento de su familia biológica.

---

<sup>174</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección Tercera, de 24 de mayo de 2011, [LA LEY 91048/2011].



## 8.2.5. Desplazamiento temporal de menores extranjeros con fines de escolarización.<sup>175</sup>

La estancia derivada del desplazamiento temporal de menores, con fines de escolarización, tendrá naturaleza jurídica de estancia por estudios.

Al desplazamiento temporal de menores con fines de escolarización en programas promovidos y financiados por las Administraciones Públicas, asociaciones sin ánimo de lucro, o fundaciones, u otras entidades ajenas a quienes ejercen su patria potestad o tutela, le resultará de aplicación el procedimiento establecido para el desplazamiento de menores extranjeros a España para periodos no superiores a noventa días, en programas de carácter humanitario, debiendo acreditarse que el menor ha sido admitido en un centro de enseñanza reconocido oficialmente en España.

La estancia acabará al finalizar el curso académico, en cuyo momento, salvo que razones excepcionales lo impidan, el menor deberá regresar a su país.

En el caso de que desee continuar los estudios por más de un curso académico, se deberá incluir al menor en un nuevo programa.

## 8.2.6. Régimen de admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado.

Podrá ser autorizado, en régimen de estancia, el extranjero que tenga como fin único o principal, realizar una de las siguientes actividades de carácter no laboral:<sup>176 177</sup>

- cursar o ampliar estudios,
- realizar actividades de investigación o formación,
- participar en programas de intercambio de alumnos en cualesquiera centros docentes o científicos, públicos o privados, oficialmente reconocidos,
- realizar prácticas,
- realizar servicios de voluntariado.

La vigencia de la autorización coincidirá con la duración del curso para el que esté matriculado, de los trabajos de investigación, del intercambio de alumnos, de las prácticas o del servicio de voluntariado.

La autorización se prorrogará anualmente, si el titular demuestra que sigue reuniendo las condiciones requeridas para la expedición de la autorización inicial, y que cumple los requisitos exigidos, bien por el centro de enseñanza o científico al que asiste, habiéndose verificado la realización de los estudios o los trabajos de investigación, bien por el programa de intercambio o voluntariado, o centro donde realiza las prácticas.

<sup>175</sup> Artículo 188 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.

<sup>176</sup> Artículo 33 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

<sup>177</sup> Artículos 37 y ss 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.



## 8.3. LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS [MENAS].

### 8.3.1. Delimitación conceptual.

Se considerarán menores extranjeros no acompañados<sup>178</sup>, los extranjeros o extranjeras menores de dieciocho años que lleguen a territorio español, sin venir acompañados de un adulto responsable de él, ya sea legalmente, o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que, una vez en España, se encuentre en dicha situación.<sup>179</sup>

Se procurará la búsqueda de su familia, y el restablecimiento de la convivencia familiar, iniciando el procedimiento correspondiente, siempre que se estime que dicha medida responde a su interés superior, y no coloque al menor, o a su familia, en una situación que ponga en riesgo su seguridad.<sup>180</sup>

### 8.3.2. Determinación de la edad.

Cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen a un extranjero o extranjera no acompañado<sup>181</sup>, cuya minoría de edad sea indubitada por razón de su documentación o de su apariencia física, éste o ésta serán puestos a disposición de los servicios de protección de menores competentes, poniéndose tal hecho en conocimiento el Ministerio Fiscal.

Los datos de identificación del menor, serán inscritos en el Registro de Menores Extranjeros no Acompañados.<sup>182</sup>

En el caso de que la minoría de edad de un extranjero indocumentado no pueda ser establecida con seguridad, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en cuanto tengan conocimiento de esa circunstancia o localicen al supuesto menor en España, informarán a los servicios autonómicos de protección de menores para que, en su caso, le presten la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor.<sup>183</sup>

Con carácter inmediato, se pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá, en el plazo más breve posible, la determinación de su edad, para lo que deberán colaborar las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias.

En el Decreto del Ministerio Fiscal que fije la edad del menor extranjero, se decidirá su puesta a disposición de los servicios competentes de protección de menores, dándose conocimiento de ello al Delegado o Delegada, o Subdelegado o Subdelegada del Gobierno competente.

---

<sup>178</sup> Artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

<sup>179</sup> Artículo 189 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.

<sup>180</sup> Artículo 19 bis. 5 de la ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>181</sup> Artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

<sup>182</sup> Artículo 215 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.

<sup>183</sup> Artículo 190 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.



En caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, se considerará que el extranjero es menor de edad si la edad más baja de ésta es inferior a los dieciocho años.

El Decreto del Ministerio Fiscal en que se fije la edad del menor extranjero, se inscribirá en el Registro de menores no acompañados.

Tras haber sido puesto el menor a su disposición, el servicio de protección de menores le informará, de modo fehaciente, y en un idioma comprensible para éste, de lo siguiente:

- del contenido básico del derecho a la protección internacional,
- del procedimiento previsto para su solicitud,
- de la normativa vigente en materia de protección de menores.

De dicha actuación quedará constancia escrita.

El Reglamento que desarrolla la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, establece de forma detallada el procedimiento de repatriación del menor extranjero no acompañado.<sup>184</sup>

El Gobierno promoverá, el establecimiento de Acuerdos de colaboración con los países de origen, que contemplen, integradamente, la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de los menores extranjeros no acompañados.

Las Comunidades Autónomas serán informadas de tales Acuerdos.

El Tribunal Supremo<sup>185</sup> ha declarado 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, 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. En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas o indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad.

<sup>184</sup> Artículo 191 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.

<sup>185</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala Primera de lo Civil de 23 de septiembre de 2014, [LA LEY 140048/2014].



### 8.3.3. Autorización de residencia de los MENAS.<sup>186</sup>

La Administración General del Estado les facilitará, si no la tuvieren, y junto con la presentación del certificado de tutela expedido por dicha Entidad Pública, la documentación acreditativa de su situación y la autorización de residencia, cuando la Entidad Pública asuma la tutela de un menor extranjero que se encuentre en España, una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen<sup>187</sup> y, en todo caso, transcurridos nueve meses, desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores.

Los efectos de la autorización de residencia, se retrotraerán al momento en que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores.

La ausencia de autorización de residencia, no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le correspondan por su condición de menor.

La concesión de una autorización de residencia, no será obstáculo para la ulterior repatriación, cuando favorezca el interés superior del menor.

En el caso de menores sobre los que un servicio de protección de menores tenga la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda, que alcancen la mayoría de edad siendo titulares de una autorización de residencia, concedida, una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen y, en todo caso, transcurridos nueve meses, desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, su titular podrá solicitar la renovación de la misma, en la forma establecida en la legislación de extranjería.

En el caso de menores sobre los que un servicio de protección de menores tenga la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda, que alcancen la mayoría de edad sin haber obtenido la autorización de residencia, una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia, o al país de origen y, en todo caso, transcurridos nueve meses, desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, y hayan participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por dicha Entidad para favorecer su integración social, ésta podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales.

---

<sup>186</sup> Artículo 196 a 198 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.

<sup>187</sup> Artículo 10.4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.



### 8.3.4. Acuerdo entre diversos Ministerios para la aprobación del protocolo marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados.<sup>188</sup>

Con la finalidad de coordinar la intervención de todas las instituciones y Administraciones afectadas, desde la localización del menor o supuesto menor, hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición de la Entidad Pública de protección de menores y documentación, se ha promulgado un Acuerdo entre diversos Ministerios para la aprobación del Protocolo marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados.

La política sobre MENAS estará orientada a la reagrupación familiar en su país de origen o donde resida su familia o, en su caso, al retorno a su país [servicios de protección del menor], cuando ello sea en su interés superior, dada la prioridad que debe darse al desarrollo del menor en el seno de su familia, o en un ambiente en el que las tradiciones y valores culturales propios tengan una presencia importante, todo ello, sin perjuicio que todos estos factores pueden muy bien no concurrir, en cuyo caso el retorno no sería en interés del menor.

El acuerdo regula las actuaciones a seguir tras la localización de un MENA, su reseña policial, y su inscripción en el registro de MENAS, la información que debe recibir sobre los derechos de las posibles víctimas de trata de seres humanos y sobre la normativa de protección de menores, así como sobre la normativa del derecho a la protección internacional.

Se establecen regulaciones específicas para los MENAS que:

- presenten documentación expedida por su país de origen,
- estén en situación de riesgo, a efectos de prevenir la trata de seres humanos y contra la utilización de menores, a los que sea de aplicación el régimen de la Unión Europea,
- sean localizados tras la comisión de un hecho delictivo que les fuera imputado a título de autoría o de participación,
- su minoría de edad sea indubitada,
- su minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad.

Se regula todo lo relativo a:

- la documentación de los MENAS,
- la tramitación de su residencia,
- los trámites a seguir para su repatriación,
- la guarda y tutela de los MENAS,
- la actuación de las Entidades Públicas de protección de menores en estos casos,
- las actuaciones de supervisión del Ministerio Fiscal para el correcto ejercicio de estas funciones asignadas a la Entidad Pública.

<sup>188</sup> Resolución de 13 de octubre de 2014 de la Subsecretaría del Ministro de la Presidencia por la que se publica el Acuerdo entre el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Interior, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado y el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, para la aprobación del protocolo marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados, aprobado con fecha 22 de julio de 2014 y publicado en el BOE de 16 de octubre de 2014.



Así mismo, se establecen las medidas de seguimiento y coordinación para el correcto cumplimiento de la aplicación del Protocolo Marco, recogiendo modelos unificados para el consentimiento informado de toma de muestras biológicas para la identificación de los MENAS, y para la práctica de pruebas de determinación de la edad.

### 8.3.5. Registro de menores extranjeros no acompañados.<sup>189</sup>

En la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil, existirá un Registro de Menores extranjeros no acompañados, con efectos exclusivos de identificación, que estará coordinado por la Fiscalía General del Estado, para el cumplimiento de las competencias que tiene atribuidas el Ministerio Fiscal, en el ámbito de su función de garantía y protección del interés superior del menor.

El Registro, contendrá en asientos personales, individualizados y numerados, los siguientes datos referentes a la identificación de los menores extranjeros no acompañados, documentados e indocumentados, cuya minoría de edad resulte indubitada desde el momento de su localización, o haya sido determinada por decreto del Ministerio Fiscal:

- a) nombre y apellidos del menor, nombre y apellidos de los padres, lugar de nacimiento, nacionalidad y última residencia en el país de procedencia,
- b) tipo y numeración de la documentación identificativa del menor,
- c) su impresión decadactilar, datos fisonómicos y otros datos biométricos,
- d) fotografía,
- e) datos relativos a la edad indubitada del menor o de la edad establecida por Decreto inicial del Ministerio Fiscal; en su caso, datos modificados por posterior Decreto,
- f) centro de acogida o lugar de residencia,
- g) organismo público u organización no gubernamental, fundación o Entidad dedicada a la protección de menores bajo cuya tutela se halle,
- h) traslados del menor entre Comunidades Autónomas,
- i) reconocimiento de su condición de asilado, protegido o víctima de trata,
- j) fecha de solicitud de la autorización de residencia,
- k) fecha de concesión o denegación de la autorización de residencia,
- l) cualesquiera otros datos de relevancia que, a los citados efectos de identificación, estimen necesarios el Ministerio Fiscal o la Dirección General de Policía y de la Guardia Civil.

Los servicios competentes en protección de menores, cuando tengan conocimiento de que un menor extranjero se halle en situación de desamparo, deberán comunicar, con la mayor brevedad, a la Dirección General de Policía y de la Guardia Civil, y a la Secretaría de Estado y Emigración, a través de las oficinas de extranjería, los datos que conozcan relativos a la identidad del menor.

---

<sup>189</sup> Artículo 215 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.



Para garantizar la exactitud e integridad del Registro, el Ministerio Fiscal podrá requerir a los Servicios Públicos de Protección de Menores, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías Autonómicas, Policías Locales, instituciones sanitarias y a cualquier otra entidad pública o privada, la remisión de cuantos datos obren en su poder sobre menores extranjeros no acompañados.

Dichos datos serán remitidos a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil para la actualización del Registro.



## 9 LOS DERECHOS DE LOS MENORES.

### 9.1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS DERECHOS DE LOS MENORES DE EDAD.

La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social.<sup>190</sup>

Las menores y los menores, gozarán de los derechos que les reconoce:

- la Constitución,
- los Tratados Internacionales de los que España sea parte,
- los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico.<sup>191</sup>

En especial, gozarán de los derechos reconocidos en:

- la Convención sobre los Derechos del Niño,<sup>192</sup>
- la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad.<sup>193</sup>

Los menores gozarán de todos estos derechos sin discriminación alguna, por razón de donde hayan nacido, de su nacionalidad, de su raza, sexo, discapacidad o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social.

Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores, y adecuarán sus actuaciones a la normativa vigente.

El contenido esencial de los derechos del menor no podrá quedar afectado por falta de recursos sociales básicos.<sup>194</sup>

<sup>190</sup> Artículo 10 de la Constitución.

<sup>191</sup> Artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>192</sup> Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

<sup>193</sup> Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006.

<sup>194</sup> Artículo 11.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.



## 9.2. EL DERECHO A LA VIDA.<sup>195</sup>

Los Estados Partes de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>196</sup>, reconocen que todo niño y toda niña tienen el derecho intrínseco a la vida.

Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

El caso de la niña gallega<sup>197</sup> de doce años que sufría una enfermedad irreversible, y para la que sus padres reclamaban una muerte digna, ha sentado un precedente en España después de que se haya decidido retirarles la alimentación y mantener la hidratación necesaria para permitir su sedación. El acuerdo entre la familia y el hospital fue posible por el cambio de criterio de los médicos que atendían a la niña, quienes comunicaron al Juzgado de Familia de Santiago que llevaba el caso esta nueva posibilidad de tratamiento paliativo. Tras esa comunicación, el Juzgado, que primero había rechazado la petición de los padres y había amparado al servicio médico, emplazó a las partes a mantener una reunión, en la que finalmente llegaron al acuerdo. Es la primera vez que un caso de muerte digna para una menor llega a la justicia y se resuelve de forma favorable a los deseos de la familia.

## 9.3. LA IGUALDAD DE DERECHOS DE TODOS LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS.<sup>198</sup>

Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la Convención sobre los Derechos del Niño, y asegurarán su aplicación a cada niño y a cada niña sujetos a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de la niña, de sus madres y de sus padres, o de sus representantes legales.<sup>199</sup>

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño o niña se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo, por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres o madres, de sus tutores o sus tutoras, o de sus familiares.

---

<sup>195</sup> Artículo 15 de la Constitución.

<sup>196</sup> Artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>197</sup> Caso Andrea, octubre de 2015.

<sup>198</sup> Artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>199</sup> Artículo 14 de la Constitución.



## 9.4. EL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN.<sup>200</sup>

### 9.4.1. Aspectos generales.

La Convención sobre los Derechos del Niño<sup>201</sup> dispone que ningún niño ni ninguna niña deberán ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

El niño tiene derecho a la protección de la Ley contra esas injerencias o ataques.

Este derecho comprende:<sup>202</sup>

1. derecho al honor,
2. derecho a la intimidad personal y familiar,
3. derecho a la propia imagen,
4. derecho a la inviolabilidad del domicilio familiar,
5. derecho a la inviolabilidad de la correspondencia,
6. derecho al secreto de las comunicaciones.

Nuestra Constitución<sup>203</sup> garantiza estos derechos, en concreto, el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen.

El domicilio es inviolable; ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de las ciudadanas y de los ciudadanos, y el pleno ejercicio de sus derechos.

Los Tribunales, en la publicidad de sus resoluciones jurisdiccionales, preservarán de oficio el anonimato de los menores<sup>204</sup>.

---

<sup>200</sup> Artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>201</sup> Artículo 16 de la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

<sup>202</sup> Artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>203</sup> Artículo 18 de la Constitución.

<sup>204</sup> Artículo 1 del Acuerdo de 23 de julio de 2015, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se regula la exclusión de los datos de identidad personal en la publicación de las resoluciones jurisdiccionales.



## 9.4.2. Aspectos particulares del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

Los padres, madres, tutoras o tutores, y los poderes públicos, respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros.

La difusión de información, o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación, que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que:

- instará de inmediato las medidas cautelares, y de protección previstas en la Ley,
- solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.

Se considerará intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen, o su nombre, en los medios de comunicación, que :

- pueda implicar menoscabo de su honra o reputación;
- que sea contraria a sus intereses, incluso si consta el consentimiento del menor, o de sus representantes legales.

El consentimiento de los menores, a fin de no apreciar la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido, deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten.<sup>205</sup>

En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juzgado.

Esta resolución se dictará tras la tramitación de un procedimiento judicial específico regulado por la Ley.

El ejercicio de acciones legales por intromisión ilegítima en el derecho al honor del menor, corresponderá a sus representantes legales, y además, en todo caso, al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio, o a instancia del propio menor, o de cualquier persona interesada, física, jurídica o Entidad Pública.

## 9.4.3. Expediente de jurisdicción voluntaria sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor.<sup>206</sup>

Este expediente, se aplicará para la obtención de autorización judicial del consentimiento a las intromisiones ilegítimas, cuando el Ministerio Fiscal se hubiera opuesto al consentimiento otorgado por el representante legal de un menor.

---

<sup>205</sup> Artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen.

<sup>206</sup> Artículos 59 y 60 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.



Será competente para el conocimiento de este expediente, el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor.

Está legitimado para promover este expediente el representante legal del menor.

El expediente se iniciará mediante solicitud, a la que deberá de acompañarse:

- el proyecto de consentimiento,
- el documento en que conste la notificación de la oposición del Ministerio Fiscal,
- los documentos que acrediten su representación legal.

## 9.5. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN.

### 9.5.1. El derecho de los menores a la información en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Los Estados Partes del Convenio sobre los Derechos del Niño<sup>207</sup>, reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación, y velarán porque los niños y las niñas tengan acceso a la información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental.

Con tal objeto, los Estados Partes:

1. alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para los menores;
2. promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales;
3. alentarán la producción y difusión de libros para niños y niñas;
4. alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta, las necesidades lingüísticas del niño y la niña pertenecientes a un grupo minoritario o que sea indígena;
5. promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger a los menores contra toda información y material perjudicial para su bienestar.

---

<sup>207</sup> Artículo 17 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.



## 9.5.2. Ámbito estatal del derecho a la información.<sup>208</sup>

Los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo.<sup>209</sup>

Se prestará especial atención a la alfabetización digital y mediática, de forma adaptada a cada etapa evolutiva, que permita a los menores, actuar en línea con seguridad y responsabilidad e, identificar situaciones de riesgo derivadas de la utilización de nuevas tecnologías de la información, y la comunicación, así como las herramientas y estrategias para afrontar dichos riesgos y protegerse de ellos.

Los padres o tutores, las madres o tutoras, y los poderes públicos, velarán porque la información que reciban los menores sea veraz, plural y respetuosa con los principios constitucionales.

Las Administraciones Públicas:

- incentivarán la producción y difusión de materiales informáticos y otros destinados a los menores, que respeten los criterios enunciados;
- facilitarán el acceso de los menores a los servicios de información, documentación, bibliotecas y demás servicios culturales;
- promoverán una adecuada sensibilización sobre la oferta legal de ocio y cultura en internet y sobre la defensa de los derechos de propiedad intelectual;
- velarán porque los medios de comunicación en sus mensajes dirigidos a menores promuevan los valores de igualdad, solidaridad, diversidad, y respeto a los demás;
- evitarán imágenes de violencia, explotación de las relaciones interpersonales, o que reflejen un trato degradante o sexista, o un trato discriminatorio hacia las personas con discapacidad;
- en el ámbito de la auto-regulación, las autoridades y organismos competentes, impulsarán entre los medios de comunicación, la generación y supervisión del cumplimiento de códigos de conducta destinados a salvaguardar la promoción de los valores anteriormente descritos, limitando el acceso a imágenes y contenidos digitales lesivos para los menores, a tenor de lo contemplado en los códigos de auto-regulación de contenidos aprobados;
- se garantizará la accesibilidad, con los ajustes razonables precisos, de dichos materiales y servicios, incluidos los de tipo tecnológico, para los menores con discapacidad, fomentando el disfrute pleno de la comunicación audiovisual para los menores con discapacidad, y el uso de buenas prácticas que evite cualquier discriminación o repercusión negativa hacia dichas personas.

La publicidad o mensajes dirigidos a menores o emitidos en la programación dirigida a éstos, podrá ser regulada por normas especiales, para garantizar que no les perjudique moral o físicamente.

El ejercicio de las acciones de cese y rectificación de publicidad ilícita, corresponderá además de a otros sujetos legitimados:

1. al Ministerio Fiscal
2. a las Administraciones Públicas competentes en materia de protección de menores.

---

<sup>208</sup> Artículo 20 de la Constitución.

<sup>209</sup> Artículo 5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.



## 9.6. EL DERECHO A LA LIBERTAD IDEOLÓGICA.

### 9.6.1. Consideración internacional del derecho a la libertad ideológica.

Los Estados Partes del Convenio sobre los Derechos del Niño<sup>210</sup> respetarán el derecho del niño y de la niña a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y madres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al menor en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

La libertad de profesar su propia religión, o las propias creencias, estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud pública, o los derechos o libertades fundamentales de los demás.

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas<sup>211</sup>, o personas de origen indígena, no se negará a un menor que pertenezca a tales minorías o que sea indígena, el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

### 9.6.2. Ámbito estatal de la libertad ideológica.<sup>212</sup>

El menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión.<sup>213</sup>

El ejercicio de los derechos dimanantes de esta libertad, tiene únicamente las limitaciones previstas por la Ley<sup>214</sup>, y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Los padres o tutores tienen el derecho y el deber, de cooperar para que el menor ejerza esta libertad, de modo que contribuya a su desarrollo integral.

## 9.7. EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN, ASOCIACIÓN Y REUNIÓN:<sup>215</sup>

Los Estados Partes de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>216</sup>, reconocen los derechos del niño y de la niña a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.

No se impondrán restricciones al ejercicio de este derecho, distintas de las establecidas de conformidad con la Ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral pública, o la protección de los derechos y libertades de los demás.

<sup>210</sup> Artículo 14 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>211</sup> Artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>212</sup> Artículo 16 de la Constitución.

<sup>213</sup> Artículo 6 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>214</sup> Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa.

<sup>215</sup> Artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>216</sup> Artículo 15 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.



### 9.7.1. El derecho a la participación.<sup>217</sup>

Los menores tienen derecho a participar plenamente en la vida social, cultural, artística y recreativa de su entorno, así como a una incorporación progresiva a la ciudadanía activa.

Los poderes públicos promoverán la constitución de órganos de participación de los menores y de las organizaciones sociales de infancia y adolescencia.

Se garantizará la accesibilidad de los entornos y la provisión de ajustes razonables para que los menores con discapacidad puedan desarrollar su vida social, cultural, artística o recreativa.

El derecho de sufragio no corresponde a los menores de edad.

El derecho de sufragio corresponde a los españoles mayores de edad, en la forma prevista en la Ley<sup>218</sup>.

El Congreso ha aprobado con fecha 19 de abril de 2016 la toma en consideración de una proposición no de ley para rebajar la edad a votar a los dieciséis años.

### 9.7.2. El derecho de asociación.<sup>219</sup>

Los Estados Partes de la Convención sobre los Derechos de los Niños<sup>220</sup> reconocen los derechos del niño y de la niña a la libertad de asociación.

Los menores tienen el derecho de asociación, que en especial, comprende:

- el derecho a formar parte de asociaciones y organizaciones juveniles de los partidos políticos y sindicatos, de acuerdo con la Ley y los Estatutos;
- el derecho a promover asociaciones infantiles y juveniles e inscribirlas de conformidad con la Ley;
- el derecho a formar parte de los órganos directivos de esas asociaciones.

Para que las asociaciones infantiles y juveniles puedan obligarse civilmente, deberán haber nombrado, de acuerdo con sus estatutos, un representante legal con plena capacidad.

Cuando la pertenencia de un menor o de sus progenitores a una asociación, impida o perjudique al desarrollo integral del menor, cualquier interesado o interesada, persona física o jurídica, o Entidad Pública, podrá dirigirse al Ministerio Fiscal para que promueva las medidas jurídicas de protección que estime necesarias.

En el ámbito autonómico, al Consejo de la Juventud del Principado de Asturias le corresponde la función de fomentar el asociacionismo juvenil, estimulando su creación y prestando el apoyo y la asistencia que le fuera requerida.<sup>221</sup>

<sup>217</sup> Artículo 23 de la Constitución.

<sup>218</sup> Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

<sup>219</sup> Artículo 22 de la Constitución.

<sup>220</sup> Artículo 15.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

<sup>221</sup> Artículo 2 de la Ley del Principado de Asturias 1/1986, de 31 de marzo, del Consejo de la Juventud.



### 9.7.3. El derecho de reunión.<sup>222</sup>

Los Estados Partes de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>223</sup>, reconocen los derechos de la niña y del niño a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.

No se impondrán restricciones al ejercicio de este derecho que no sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral pública, o la protección de los derechos y libertades de los demás.

Los menores tienen derecho a participar en reuniones públicas y manifestaciones pacíficas, convocadas en los términos establecidos por la Ley<sup>224</sup>.

Además, también tienen derecho a promover y convocar estas reuniones públicas y manifestaciones pacíficas, con el consentimiento ex preso de sus padres, tutores o guardadores.

El Tribunal Supremo<sup>225</sup> ha declarado que no cabe someter a autorización previa de los padres, el derecho de los alumnos a partir de 3º de la ESO de decidir colectivamente la inasistencia a clase. Y ello, sigue diciendo el Tribunal Supremo, cualquiera que sea la valoración que a cada uno le merezca que no sea exigible dicha autorización de los padres, por cuanto que es incuestionable que ésa fue la opción del legislador y a ella ha de estarse.

## 9.8. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

### 9.8.1. Consideración internacional.

La Convención sobre los Derechos de los Niños<sup>226</sup>, recoge que el menor tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño o por la niña.

El ejercicio de tal derecho, podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la Ley prevea y sean necesarias:

1. para el respeto de los derechos o la reputación de los demás;
2. para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

<sup>222</sup> Artículo 21 de la Constitución.

<sup>223</sup> Artículo 15.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>224</sup> Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión.

<sup>225</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 18 de diciembre de 2014. [LA LEY 178751/2014].

<sup>226</sup> Artículo 13 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.



## 9.8.2. **Ámbito estatal.** <sup>227</sup>

Los menores gozan del derecho a la libertad de expresión en los términos constitucionalmente previstos.<sup>228</sup>

Esta libertad de expresión tiene su límite en la protección a la intimidad y la propia imagen del menor.

El derecho a la libertad de expresión, en especial, se extiende:

- a la publicidad y difusión de sus opiniones.
- a la edición y producción de medios de difusión.
- al acceso a las ayudas que las Administraciones Públicas establezcan con tal fin.

El ejercicio de este derecho a la libertad de expresión podrá estar sujeto a las restricciones que prevea la Ley, para garantizar el respeto de los derechos de los demás a la protección de la seguridad, salud, moral u orden público.

## 9.9. EL DERECHO A SER OÍDO Y ESCUCHADO.

### 9.9.1. **Ámbito internacional.**

Los Estados Partes de la Convención sobre los Derechos de los Niños<sup>229</sup>, garantizarán al niño y a la niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madurez.

Con tal fin, se dará en particular al niño y a la niña la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la Ley nacional.

### 9.9.2. **Delimitación conceptual estatal.** <sup>230</sup>

Actualmente<sup>231</sup>, el derecho a ser oído se desarrolla en nuestra legislación española, de forma detallada, concretándose las especiales necesidades que el menor tiene para poder ejercer adecuadamente este derecho, y los correspondientes medios para satisfacerlas.<sup>232</sup>

---

<sup>227</sup> Artículo 20 de la Constitución.

<sup>228</sup> Artículo 8 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>229</sup> Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>230</sup> Artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>231</sup> Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>232</sup> Observación nº 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño.



El menor tiene derecho a ser oído y escuchado:

- sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia;
- en el ámbito familiar;
- en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación, en que está afectado, y conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social;
- teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.

El Congreso pide al Gobierno un protocolo para proteger a los menores al declarar en procesos judiciales.<sup>233</sup> La Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, ha dado así luz verde, a una proposición no de Ley, que reclama la elaboración de un protocolo para la orientación sobre la forma de examinar, interrogar u obtener testimonio de los menores de edad inmersos en un proceso judicial, reforzando las garantías de sus derechos, y especialmente el derecho a ser escuchado, evitando su segunda victimización.

### 9.9.3. La forma de ejercicio del derecho a ser oído.

Para el ejercicio de este derecho:<sup>234</sup>

- el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias;
- en los procedimientos judiciales o administrativos, las comparencias o audiencias del menor:
  - tendrán carácter preferente;
  - se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo;
  - con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él;
  - en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias;
  - informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión;
  - con pleno respeto a las garantías del procedimiento;
- se garantizará que el menor cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por el mismo o a través de la persona que designe para que le represente;
  - la madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso;
  - se considerará, en todo caso, que tiene suficiente madurez, cuando tenga doce años cumplidos.

<sup>233</sup> Diario La Ley, 8847, a 20 de octubre de 2016.

<sup>234</sup> Artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.



- para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes;
- el menor podrá expresar su opinión, verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación;
- cuando no sea posible que el menor pueda ejercitar el derecho a ser oído por sí mismo, se podrá conocer su opinión por medio de representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores, o por medio de persona que le represente:

- la resolución será motivada en el interés superior del menor,
- y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor, y, en su caso, a su representante,
- indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión.

En las decisiones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos <sup>235</sup> ha declarado, que establecer un régimen de custodia sobre un menor, en un procedimiento de divorcio, sin haberle escuchado, vulnera su derecho a ser oído en juicio.

## 9.10. EL DERECHO A LA SANIDAD PÚBLICA.

### 9.10.1. El derecho de los niños a la salud en el ámbito de la Convención sobre los Derechos del Niño. <sup>236</sup>

Los Estados Partes reconocen el derecho de la niña y del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud.

Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

- reducir la mortalidad infantil en la niñez;
- asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de la salud;

---

<sup>235</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de octubre de 2016, (asunto Iglesias v. España).

<sup>236</sup> Artículos 24 y 25 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.



- combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;
- asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;
- asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños y las niñas, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;
- desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia;

Los Estados Partes:

- adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de las niñas y los niños;
- se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho a la salud. A este respecto se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo;
- reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental, a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internamiento.

## 9.10.2. La regulación del derecho a la protección de la salud en el ámbito estatal.

La regulación del derecho a la protección de la salud<sup>237</sup>, permite garantizar la salud, como un derecho inalienable de la población, mediante la estructura de un Sistema Nacional de Salud.

Este sistema debe asegurar y garantizar, la confidencialidad de la información relacionada con los servicios sanitarios que se prestan, con escrupuloso respeto a la intimidad personal y a la libertad individual del usuario, y sin ningún tipo de discriminación.

En la atención sanitaria pública, recientemente se ha producido un cambio de modelo.

Así, se ha pasado de un modelo basado en el concepto de ciudadanía, por el que recibían atención sanitaria las personas residentes en territorio español, a un modelo basado en el concepto de asegurado y beneficiario.<sup>238</sup>

---

<sup>237</sup> Artículo 43 de la Constitución.

<sup>238</sup> Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud, y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.



El Tribunal Supremo<sup>239</sup> ha declarado, el derecho de unos padres al reintegro de los gastos médicos ocasionados por la adquisición de un casco craneal corrector de plagiocefalia para un bebé, por la trascendencia que el uso del material remodelador puede tener en el desarrollo inmediato del menor, con enorme trascendencia sobre su futuro, aun cuando no esté expresamente mencionado en el catálogo de la cartera de servicios, y por ello, cabe entenderlo por analogía, cuando la prescripción de su utilización ha sido efectuada por un especialista de los servicios médicos públicos competentes.

La asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado.<sup>240 241</sup>

Las extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria al embarazo, parto y postparto.<sup>242</sup>

En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

Respecto a los menores tutelados o bajo guarda de las Entidades Públicas, el reconocimiento de su condición de asegurado en relación con la asistencia sanitaria, se realizará de oficio, previa presentación de la certificación de su tutela o guarda expedida por la Entidad Pública, durante el periodo de duración de las mismas.<sup>243</sup>

Los derechos de los niños y las niñas hospitalizados están protegidos por la Carta Europea de Derechos de los Niños Hospitalizados<sup>244</sup>, aprobada en 1986.

Esta Carta contiene veintitrés derechos básicos que garantizan que se les preste una atención adecuada a su edad y sus necesidades.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, ha establecido el derecho de los padres de un menor, diagnosticado de trastorno del espectro autista, a ser reintegrados en los gastos sufragados por un psicólogo privado. Y ello, porque el propio especialista del Centro de Salud, consideraba primordial esta atención temprana, pero por falta de personal sanitario público, no se le prestaba, por lo que el Tribunal considera de urgencia vital el apoyo psicológico en este supuesto, ya que de no prestarlo, podría suponer un daño irreversible.

<sup>239</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala Cuarta de lo Social de fecha 12 de febrero de 2014. (LA LEY 17366/2014).

<sup>240</sup> Artículo 3 de la Ley 16/2003, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

<sup>241</sup> El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social, Sentencia de 1 de junio de 2016 (LA LEY 94939/2016).

<sup>242</sup> Artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

<sup>243</sup> Artículo 10.5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>244</sup> Resolución A2-25/86, de 13 de mayo de 1986 de Parlamento europeo sobre la Carta Europea de los Niños Hospitalizados.



### 9.10.3. El respeto a la autonomía del paciente menor de edad.<sup>245</sup>

Toda actuación en el ámbito de la salud del paciente, necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información, haya valorado las opciones propias del caso.

Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

- a) cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley;
- b) cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

Se otorgará el consentimiento por representación, cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión.

Cuando se trate de menores emancipados o mayores de dieciséis años:

- no cabe prestar el consentimiento por representación;
- no obstante, cuando se trate de menores emancipados o mayores de dieciséis años y además, se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o a salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del menor.

En estos casos en que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente.

Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses, deberán ponerse en conocimiento de la Autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

Este criterio mixto de la Ley de la Autonomía del Paciente, recoge la necesaria introducción del criterio subjetivo de madurez del menor, junto al objetivo, basado en la edad, incorporando los criterios de la Fiscalía General del Estado, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre, y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.<sup>246</sup>

La prestación del consentimiento por representación, será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya de atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal.

El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

---

<sup>245</sup> Artículo 8 y 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora del paciente, y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

<sup>246</sup> Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.



#### 9.10.4. Ensayos clínicos en menores de edad.

La investigación clínica permite desarrollar herramientas terapéuticas,<sup>247</sup> que mejoran las ya disponibles, y que contribuyen a:

- la prevención,
- el alivio,
- la curación de las enfermedades,
- la mejora de la calidad de vida.

Pero esta investigación clínica debe realizarse en un entorno, que garantice la protección de las personas que participan en ella.

La práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida, se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad, y por las disposiciones especiales de aplicación.<sup>248</sup>

Sólo podrán realizarse ensayos clínicos con mujeres embarazadas, cuando se cumplan todas las condiciones establecidas en la normativa vigente.<sup>249</sup>

Únicamente podrá efectuarse una intervención, que tenga por objeto modificar el genoma humano, por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas, y solo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia.<sup>250</sup>

No se admitirá la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación, para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos en que sea preciso, para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada a sexo.

Los ensayos clínicos con menores:

- sólo podrán realizarse cuando se cumplan todas las condiciones especiales establecidas;
- el Comité de Ética de Investigación con medicamentos, que se encargue de evaluar la parte del informe de evaluación de un ensayo clínico con menores, debe contar entre sus miembros con expertos y expertas en pediatría, o haber recabado asesoramiento sobre las cuestiones clínicas, éticas y psicosociales en el ámbito de pediatría;
- será necesario que se haya obtenido el consentimiento informado previo de los padres, que no estuvieran privados de la patria potestad, o del representante legal del menor;
- el documento de consentimiento informado de los padres será válido, siempre que vaya firmado por uno de ellos, con el consentimiento expreso o tácito del otro, que debe quedar suficientemente documentado;<sup>251</sup>

---

<sup>247</sup> Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de garantías, y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

<sup>248</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

<sup>249</sup> Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos y el Registro español de estudios Clínicos y Reglamento [UE] nº 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre los ensayos clínicos de medicamentos de uso humano.

<sup>250</sup> Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina, suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997, publicado en BOE el 20 de octubre de 1999.

<sup>251</sup> Artículo 156 del Código Civil.



- cuando las condiciones del menor lo permitan, y en todo caso, cuando tenga doce o más años, deberá prestar además su consentimiento para participar en el ensayo;<sup>252</sup>
- si el menor no ha alcanzado la edad de doce años, deberá ser oído, si tuviera suficiente juicio.

### 9.10.5. El trasplante de células y tejidos humanos que afecte a menores de edad.<sup>253</sup>

El trasplante de células y tejidos humanos ha experimentado un incremento considerable en los últimos años.

La ley regula las actividades relacionadas con la utilización de células y tejidos humanos, y los productos elaborados derivados de ellos, cuando están destinados a ser aplicados en el ser humano.

Las actividades reguladas incluyen:

1. donación,
2. obtención,
3. evaluación,
4. procesamiento,
5. preservación,
6. almacenamiento,
7. distribución,
8. aplicación,
9. investigación clínica.

La donación de células y tejidos será, en todo caso, voluntaria y altruista.

No podrán obtenerse células y tejidos de personas menores de edad, salvo cuando se trate de:

- residuos quirúrgicos,
- u otros tejidos o grupos celulares reproducibles, cuya indicación terapéutica sea o pueda ser vital para el receptor.

En estos casos, el consentimiento será otorgado por quien ostente la representación legal.

La promoción y publicidad de la donación u obtención de tejidos y de células de humanos, se realizará siempre de forma general, sin buscar un beneficio para personas concretas, y señalándose su carácter voluntario, altruista y desinteresado.

Las entidades que pretendan desarrollar cualquier actividad de promoción y publicidad, en apoyo de la donación de células y tejidos humanos, deben, previamente, solicitar autorización.<sup>254</sup>

<sup>252</sup> Artículo 5 del Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos y el Registro español de estudios clínicos.

<sup>253</sup> Real Decreto-Ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos, y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento, para su uso en humanos.

<sup>254</sup> Orden SS/2512/2013, de 18 de diciembre, por la que se regula el procedimiento de autorización para la realización de actividades de



### 9.10.6. La extracción y trasplante de órganos relacionado con menores de edad.<sup>255</sup>

La cesión, extracción, conservación, intercambio y trasplante de órganos humanos, para ser utilizados con fines terapéuticos, sólo podrán realizarse con arreglo a la Ley.

No se podrá percibir compensación económica por la donación de órganos.

La obtención de órganos procedentes de un donante vivo, para su ulterior injerto o implantación en otra persona, podrá realizarse si el donante es mayor de edad, no pudiendo realizarse en menores de edad.<sup>256</sup>

La obtención de órganos de donantes fallecidos menores de edad no podrá hacerse si existe oposición de quienes hubieran ostentado en vida su representación legal.<sup>257</sup>

Dicha oposición podrá referirse a todo tipo de órganos, o solamente a alguno de ellos, y será respetada.

### 9.10.7. La interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad.<sup>258 259</sup>

Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad, será preciso:

- su manifestación de voluntad,
- el consentimiento expreso de sus representantes legales.

En este caso los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán en conformidad con lo dispuesto en el Código Civil.

Las menores de edad, al igual que el resto de las mujeres que manifiesten su intención de someterse a una interrupción voluntaria de embarazo, recibirán información sobre:

- los distintos métodos de interrupción del embarazo,
- las condiciones para la interrupción previstas en la ley,
- los centros públicos y acreditados a los que se pueda dirigir,
- los trámites para acceder a la prestación,
- las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente.

---

promoción y publicidad de la donación de células y tejidos humanos.

<sup>255</sup> Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos.

<sup>256</sup> Artículos 78 a 80 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.

<sup>257</sup> Artículo 9 del Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad.

<sup>258</sup> Artículo 9.5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, con las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de los menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo.

<sup>259</sup> Artículo 17 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo y la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de los menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo.



### 9.10.8. La historia clínica y la minoría de edad.<sup>260</sup>

La historia clínica, comprende el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y las médicas, y de los demás profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos, en el ámbito de cada centro.

La historia clínica tendrá como fin principal facilitar la asistencia sanitaria, dejando constancia de todos aquellos datos que, bajo criterio médico, permitan el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud.

Cuando se trate del nacimiento, la historia clínica incorporará:

- además de la información ordinaria antes mencionada,
- los resultados de las pruebas biométricas, médicas o analíticas que resulten, en su caso, necesarias para determinar el vínculo de filiación con la madre, en los términos que se establezcan reglamentariamente.

### 9.10.9. La conservación de la documentación clínica.<sup>261</sup>

Los centros sanitarios tienen la obligación de conservar la documentación clínica:

- en condiciones que garanticen su correcto mantenimiento y seguridad,
- no necesariamente en el soporte original,
- para la debida asistencia al paciente durante el tiempo adecuado a cada caso,
- como mínimo, cinco años contados desde la fecha del alta de cada proceso asistencial.

No obstante, los datos de la historia clínica relacionados con el nacimiento del paciente, incluidos los resultados de las pruebas biométricas, médicas o analíticas que, en su caso, resulten necesarias para determinar el vínculo de filiación con la madre, no se destruirán, trasladándose una vez conocido el fallecimiento del paciente, a los archivos definitivos de la Administración correspondiente, donde se conservarán con las debidas medidas de seguridad, a los efectos de la legislación de protección de datos.

Sin perjuicio del derecho al acceso a la historia clínica, los datos de la historia clínica relacionados con las pruebas biométricas, médicas o analíticas que resulten necesarias para determinar el vínculo de filiación con la madre del recién nacido, sólo podrán ser comunicados a petición judicial:

- dentro del correspondiente proceso penal,
- en caso de reclamación o impugnación judicial de la filiación materna.

<sup>260</sup> Artículo 14 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

<sup>261</sup> Artículo 17 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.



La documentación clínica también se conservará a efectos judiciales, de conformidad con la legislación vigente.

Se conservará, asimismo, cuando existan razones epidemiológicas, de investigación o de organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud.

Su tratamiento se hará, de forma que se evite en lo posible, la identificación de las personas afectadas.

### 9.10.10. Las vacunas infantiles.

La vacunación no es obligatoria.

Solo será obligatoria la vacunación, cuando exista un peligro inminente y extraordinario de salud pública.<sup>262</sup>

Y aún en ese caso, las medidas que se tomen serán siempre temporales, hasta la desaparición del peligro que las motivó

Prevalece por ello el derecho a no vacunarse si no se desea, y esta decisión será tomada por los padres, que en definitiva tienen la obligación de velar por la salud de sus hijos e hijas.

No obstante, la Administración sanitaria sigue favoreciendo de forma enérgica que todas las niñas y todos los niños se vacunen, en base a que los servicios sanitarios encuadrados en el sistema Nacional de Salud realizan algunas acciones preventivas, además de las curativas, cuidadoras y de rehabilitación.

## 9.11. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.

### 9.11.1. Consideraciones sobre la educación de los menores en la Convención sobre los Derechos del Niño.<sup>263</sup>

Los Estados Partes reconocen el derecho del niño y de la niña a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades este derecho, deberán en particular:

- implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;
- fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños y niñas dispongan de ella y tengan acceso a ella, y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;

<sup>262</sup> Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

<sup>263</sup> Artículos 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.



- hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;
- hacer que todas las niñas y los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;
- adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar que la disciplina escolar se suministre de forma compatible con la dignidad humana del menor.

Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo, y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza.

A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Los Estados Partes convienen en que la educación del niño y de la niña deberá estar encaminada a:

- a) desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de posibilidades;
- b) inculcar al niño el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;
- c) inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;
- d) preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;
- e) inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

El hecho de mantener los anteriores principios, no restringe la libertad de los particulares ni de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios anteriores y que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Los hijastros de trabajadores migrantes tienen derecho a las ayudas para estudios igual que los hijos propios, cuando el padrastro mantenga a los hijos de su cónyuge o pareja reconocida.<sup>264</sup>

<sup>264</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de diciembre de 2016 [LA LEY 177664/2016]



## 9.11.2. La educación.<sup>265</sup>

Las sociedades actuales conceden gran importancia a la educación que reciben sus jóvenes, en la convicción de que de ella dependen tanto el bienestar individual como el colectivo.<sup>266</sup>

La educación es el medio más adecuado para:

- construir su personalidad,
- desarrollar al máximo sus capacidades,
- conformar su propia identidad personal,
- configurar su comprensión de la realidad, integrando la dimensión cognoscitiva, la afectiva y la axiológica.

Para la sociedad, la educación es el medio de transmitir y, al mismo tiempo, de renovar la cultura y el acervo de conocimientos y valores que la sustentan, de extraer las máximas posibilidades de sus fuentes de riqueza, de fomentar la convivencia democrática y el respeto a las diferencias individuales, de promover la solidaridad y evitar la discriminación, con el objetivo fundamental de lograr la necesaria cohesión social.

Además, la educación, es el medio más adecuado para garantizar el ejercicio de la ciudadanía democrática, responsable, libre y crítica, que resulta indispensable para la constitución de sociedades avanzadas, dinámicas y justas.

Por este motivo, una buena educación es la mayor riqueza y el principal recurso de un país, y de sus ciudadanos.

El sistema educativo español es el conjunto de Administraciones educativas, profesionales de la educación y otros agentes, públicos y privados, que desarrollan funciones de regulación, de financiación o de prestación de servicios, para el ejercicio del derecho a la educación en España y los titulares de este derecho, así como el conjunto de relaciones, estructuras, medidas y acciones que se implementan para prestarlo.<sup>267</sup>

Las Administraciones educativas dispondrán los medios necesarios para que todo el alumnado alcance el máximo desarrollo personal, intelectual, social y emocional, así como los objetivos establecidos con carácter general.

El profesorado tendrá la condición de Autoridad pública.<sup>268</sup>

En los procedimientos de adopción de medidas correctoras, los hechos constatados por profesores, profesoras y miembros del equipo directivo de los centros docentes tendrán valor probatorio, y disfrutarán de presunción de veracidad "iuris tantum", o salvo prueba en contrario, sin perjuicio de

---

<sup>265</sup> Artículo 27 de la Constitución.

<sup>266</sup> Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

<sup>267</sup> Artículo 2 bis de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

<sup>268</sup> Artículo 124.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.



las pruebas que, en defensa de los respectivos derechos o intereses, puedan señalar o aportar los propios alumnos y alumnas.

La atención integral al alumnado con necesidad específica de apoyo educativo:<sup>269</sup>

- se iniciará desde el mismo momento en que dicha necesidad sea identificada,
- se registrará por los principios de normalización e inclusión,
- debe garantizar la escolarización,
- tiene que regular y asegurar la participación de los padres o tutores en las decisiones que afecten a la escolarización, y a los procesos educativos de este alumnado,
- debe adoptar las medidas oportunas para que los padres de estos alumnos reciban el adecuado asesoramiento individualizado, así como la información necesaria que les ayude en la educación de sus hijos.

En el transporte escolar y de menores, rigen normas específicas de seguridad<sup>270</sup>, que incluyen la regulación de aspectos importantes como:

1. autorizaciones de transporte,
2. antigüedad de los vehículos,
3. características técnicas de los vehículos,
4. inspección técnica de vehículos,
5. normas sobre conductores y acompañantes,
6. limitación de velocidad, etc.

El debate sobre los deberes escolares ha llegado al Congreso de los Diputados al registrarse en el mes de octubre de 2016, tras el arranque del curso escolar, una proposición no de ley para establecer un marco regulador que determine el tiempo y la cantidad de deberes en cada etapa educativa.

Aunque la legislación española establece que las enseñanzas obligatorias se impartirán normalmente en centros educativos, ha habido variadas iniciativas de "la escuela en casa", a través de diferentes opciones bastante complejas, principalmente en el ámbito territorial de Cataluña.

<sup>269</sup> Artículo 71 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

<sup>270</sup> Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, sobre condiciones de seguridad en el transporte escolar y de menores.



### 9.11.3. La organización de las enseñanzas.

El sistema educativo se organiza en etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza de forma que asegure la transición entre los mismos y, en su caso, dentro de cada uno de ellos.

Las enseñanzas que ofrece el sistema educativo son las siguientes:

1. Educación infantil
2. Educación primaria.
3. Educación secundaria obligatoria.
4. Bachillerato.
5. Formación profesional.
6. Enseñanzas de idiomas.
7. Enseñanzas artísticas.
8. Enseñanzas deportivas.
9. Educación de personas adultas.
10. Enseñanza universitaria.

La educación infantil,<sup>271</sup> constituye la etapa educativa con identidad propia que atiende a niños y niñas desde el nacimiento hasta los seis años de edad. Tiene carácter voluntario y su finalidad es la de contribuir al desarrollo físico, afectivo, social e intelectual de los menores. Con objeto de respetar la responsabilidad fundamental de las madres y padres o tutores y tutoras en esta etapa, los centros de educación infantil cooperarán estrechamente con ellos.

La educación primaria y la educación secundaria obligatoria constituyen la educación básica, y son obligatorias y gratuitas para todas las personas:<sup>272</sup>

- la enseñanza básica comprende diez años de escolaridad y se desarrolla, de forma regular, entre los seis y los dieciséis años de edad;
- los alumnos tendrán derecho a permanecer en régimen ordinario cursando la enseñanza básica hasta los dieciocho años de edad, cumplidos en el año en que finalice el curso.

La educación primaria es una etapa educativa que comprende seis cursos académicos, que se cursarán ordinariamente entre los seis y los doce años de edad.<sup>273</sup>

La etapa de educación secundaria obligatoria comprende cuatro cursos, que se seguirán ordinariamente entre los doce y los dieciséis años de edad.<sup>274</sup>

---

<sup>271</sup> Artículo 12 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

<sup>272</sup> Artículo 3 y 4 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

<sup>273</sup> Artículo 16 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

<sup>274</sup> Artículo 22 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.



#### 9.11.4. Incorporación de la información en salud sexual y reproductiva al sistema educativo.

El sistema educativo contemplará la formación en salud sexual y reproductiva, como parte del desarrollo integral de la personalidad y de la formación en valores.<sup>275</sup>

Se tendrá en cuenta la realidad y las necesidades de los grupos o sectores más vulnerables, proporcionando, en todo caso, a este alumnado información y materiales accesibles, adecuados a su edad.

Los poderes públicos apoyarán a la comunidad educativa en la realización de actividades formativas relacionadas con la educación afectivo-sexual, la prevención de infecciones de transmisión sexual y embarazos no deseados, facilitando información adecuada a los padres y a las madres.

#### 9.11.5. La familia y la educación.

Actualmente, y no sin controversia, se han producido recientes reformas legales en el sistema educativo que, entre otros aspectos, sitúan a las familias como las primeras responsables de la educación de sus hijos e hijas.<sup>276</sup>

En este sentido, se introduce como principio del sistema educativo español, el derecho a la libertad de enseñanza, reconociendo el derecho de los padres, madres y tutores legales a elegir el tipo de educación y el centro para sus hijas e hijos, en el marco de los principios constitucionales.<sup>277</sup>

Cuando no existan plazas suficientes, el proceso de admisión se regirá por los siguientes criterios prioritarios, sin que ninguno de ellos tenga carácter excluyente, de:<sup>278</sup>

1. existencia de hermanos matriculados en el centro,
2. padres, madres y tutores legales que trabajen en el mismo,
3. proximidad del domicilio o del lugar de trabajo de alguno de sus padres, madres o tutores legales,
4. renta per cápita de la unidad familiar,
5. condición legal de familia numerosa,
6. situación de acogimiento familiar del alumno o alumna,
7. concurrencia de discapacidad en el alumno o alumna o en alguno de sus padres, madres o hermanos.

Asimismo, se podrá autorizar un incremento de hasta un diez por ciento del número máximo de alumnos y alumnas por aula, en los centros públicos y privados de una misma área de escolarización, bien por necesidades que vengan motivadas por:

<sup>275</sup> Artículo 9 y 10 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

<sup>276</sup> Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa.

<sup>277</sup> Artículo 1 q) de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

<sup>278</sup> Artículo 84 a 87 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.



- traslado de la unidad familiar en periodo de escolarización extraordinaria debido a la movilidad forzosa de cualquiera de los padres, madres o tutores legales,
- o debido al inicio de una medida de acogimiento familiar en el alumno o alumna.<sup>279</sup>

En el ámbito autonómico, la protección de los menores de edad como consumidores tendrá una atención prioritaria por Ley.<sup>280</sup>

Mantener conversaciones inapropiadas por whatsapp con una alumna es motivo más que suficiente para despedir a un profesor. La madre de la menor, aportó a la Dirección del colegio los "pantallazos" del móvil de su hija con los mensajes, demostrando así, que el profesor utilizó la relación laboral, para mantener comunicaciones de índole sentimental con una alumna menor de edad.<sup>281</sup>

### 9.11.6. Las medidas en el ámbito educativo para la igualdad de mujeres y hombres, y para la protección integral contra la violencia de género.

La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado.<sup>282</sup>

Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad.

Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión.

El sistema educativo español<sup>283</sup> incluirá entre sus fines la formación en:

- a) el respeto de los derechos y libertades fundamentales,<sup>284</sup>
- b) la igualdad entre hombres y mujeres,<sup>285</sup>
- c) el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia.

Igualmente, el sistema educativo español incluirá, dentro de sus principios de calidad:

- la eliminación de los obstáculos que dificultan la plena igualdad entre hombres y mujeres,
- la formación para la prevención de conflictos y para la resolución pacífica de los mismos.

<sup>279</sup> Artículo 87 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

<sup>280</sup> Artículo 5 de la Ley del Principado de Asturias 11/2002, de 2 de diciembre, de los consumidores y usuarios.

<sup>281</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 18 de julio de 2016, de la Sala de lo Social, [LA LEY 126736/2016].

<sup>282</sup> Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

<sup>283</sup> Artículo 4 a 6 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

<sup>284</sup> Artículo 23 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

<sup>285</sup> Ley del Principado de Asturias 2/2011, de 11 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género.



Las Administraciones competentes deberán prever la escolarización inmediata de los hijos e hijas que se vean afectados por un cambio de residencia derivada de actos de violencia de género.

Con el fin de garantizar la efectiva igualdad entre hombres y mujeres, las Administraciones educativas velarán para que, en todos los materiales educativos, se eliminen los estereotipos sexistas o discriminatorios, y para que fomenten el igual valor de hombres y mujeres.

### 9.11.7. El derecho a la educación de los españoles residentes en el extranjero.

La emigración española ha constituido un fenómeno político, social y económico que ha caracterizado nuestra historia.<sup>286</sup>

En la actualidad, nos encontramos con un hecho incuestionable, herencia en gran parte de nuestra emigración y de nuestro exilio, que supone la existencia de alrededor de un millón y medio de españoles y sus descendientes que residen fuera del territorio español, lo que constituye un valor en sí mismo que confirma la presencia de España más allá de sus fronteras.

El Estatuto de la ciudadanía española en el exterior se aplica a quienes ostenten la nacionalidad española, y residan fuera del territorio nacional, y además, en cuanto nos interesa, por el ámbito de este trabajo, también a sus familiares menores de veintiún años.

La Administración General del Estado y las Administraciones autonómicas, con el fin de que, los españoles residentes en el exterior, cuenten con una adecuada atención educativa<sup>287</sup>, promoverán medidas que favorezcan su acceso a la educación en sus distintos niveles, en su país de residencia, a través de los medios que se estimen adecuados.

El Estado reconocerá el derecho a la participación de los profesores, padres y alumnos en el control, y la gestión de los centros educativos españoles en el exterior, en los términos que reconozca la legislación española.

En el ámbito autonómico, el Principado de Asturias fomentará, a través de las Comunidades Asturianas y, con la colaboración, en su caso, de instituciones especializadas, la creación de prensa y revistas para uso escolar, con especial atención a los hijos e hijas de los asturianos y asturianas residentes fuera de Asturias.<sup>288</sup>

---

<sup>286</sup> Exposición de Motivos de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, que regula el Estatuto de la ciudadanía en el exterior.

<sup>287</sup> Artículo 23 de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, que regula el Estatuto de la ciudadanía en el exterior.

<sup>288</sup> Artículo 7 de la Ley del Principado de Asturias 3/1984, de 9 de mayo, de reconocimiento de la asturianía.



## 9.12. DERECHO DE COMUNICACIÓN DE LOS MENORES DE EDAD.

### 9.12.1. El derecho de comunicación de los menores en el ámbito de la Convención sobre los Derechos del niño.

Los Estados Partes de la Convención de los Derechos de los Niños<sup>289</sup> respetarán el derecho del niño y de la niña que esté separado de uno o de ambos padres, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés superior.

El niño y la niña cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, con ambos padres.<sup>290</sup>

#### 9.12.2. Contenido del derecho de comunicación.

Los hijos y las hijas menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública.

El progenitor que no tenga consigo a los hijos e hijas menores, gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.<sup>291</sup>

El Juzgado determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen, o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

En caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés del menor recomiende visitas a aquellos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la Administración competente, o por un profesional, que velarán por la preparación del menor a dicha visita.

Asimismo, la visita a un centro penitenciario, se deberá realizar fuera de horario escolar, y en un entorno adecuado para el menor.<sup>292</sup>

Los menores adoptados por otra persona, solo podrán relacionarse con su familia de origen en el caso de adopción abierta, y en los términos, en su caso, establecidos en dicha resolución judicial.<sup>293</sup>

No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.<sup>294</sup>

---

<sup>289</sup> Artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>290</sup> Artículo 10.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>291</sup> Artículo 94 del Código Civil.

<sup>292</sup> Artículo 160.1 del Código Civil.

<sup>293</sup> Artículo 178.4 del Código Civil.

<sup>294</sup> Artículo 160.2 del Código Civil.



En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias.

Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales, que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.

Una Sentencia del Tribunal Supremo<sup>295</sup> resuelve que la extensión del derecho a relacionarse con sus allegados es una cuestión que debe ser decidida por el Juez. Así, concede el establecimiento de un régimen de relaciones personales entre un menor y la antigua compañera de su madre biológica, por aplicación del principio constitucional de protección del menor. Aunque no puede hablarse de relaciones jurídicas entre el menor y la excompañera de la madre, aquella tiene la categoría jurídica de "allegado", a la que alude el artículo 160 del Código Civil, lo que le da derecho a relacionarse personalmente con el niño.

La Audiencia Provincial de Barcelona<sup>296</sup>, establece un régimen de visitas transitorio y condicionado de los abuelos paternos a su nieta, víctima de lesiones por una agresión de su padre, y que mantiene una orden judicial de alejamiento por maltrato. Y ello, con la prohibición absoluta a los abuelos, de facilitar la relación con su padre, y de que importunen a la menor con cualquier clase de comentarios que puedan, directa o indirectamente, hacer desmerecer la imagen y opinión de la niña respecto a su madre.

### 9.12.3. Visitas de menores declarados en desamparo.

El reconocimiento internacional del derecho del niño y de la niña a mantener contacto directo y regular con ambos progenitores, salvo que ello sea contrario a su interés, se extiende también a los menores separados de su familia por la Entidad Pública.<sup>297</sup>

La Entidad Pública,<sup>298</sup> a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores, regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados, respecto a los menores en situación de desamparo, pudiendo acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las mismas, previa audiencia de los afectados y del menor, si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal.

A tal efecto, informarán a la Entidad Pública de cualquier indicio de los efectos nocivos de estas visitas sobre el menor:

- a) el Director del centro de acogimiento residencial,
- b) la familia acogedora,
- c) otros agentes o profesionales implicados.

<sup>295</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala Primera de lo Civil, de 12 de mayo de 2011, [LA LEY 52207/2011].

<sup>296</sup> Sentencia de 1 de junio de 2016 de la Audiencia Provincial de Barcelona, [LA LEY 8317/2016].

<sup>297</sup> Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>298</sup> Artículo 161 del Código Civil.



El menor, los afectados y el Ministerio Fiscal, podrán oponerse a dichas resoluciones administrativas conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.<sup>299</sup>

Esta reciente incorporación a la normativa estatal<sup>300</sup>, de la competencia de la Entidad Pública para establecer por resolución motivada, el régimen de visitas y comunicaciones respecto a los menores en situación de tutela o guarda, así como su suspensión temporal, informando de ello al Ministerio Fiscal, ha aclarado la controversia jurisprudencial que existía en esta materia.

El Tribunal Supremo<sup>301</sup> recientemente, ya había declarado que la Entidad Pública está legitimada para decidir sobre la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los menores bajo su tutela por ministerio legal y en acogimiento residencial, respecto de sus padres biológicos, a fin de garantizar el buen fin de la medida de protección acordada. No obstante había creado confusión al señalar que la Entidad Pública podía llevar a cabo esta suspensión, "sin perjuicio de la función supervisora del Ministerio Fiscal y del preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, a quienes se dará cuenta inmediata de la medida adoptada", lo que llevó a parte de la doctrina a sostener, la necesaria ratificación judicial de esta medida de suspensión de visitas. Hoy en día, con el texto legal en su actual redacción, ya no cabe duda de que la Entidad Pública, a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores, regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados, respecto a los menores en situación de desamparo, pudiendo acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las mismas, previa audiencia de los afectados y del menor, si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal.

#### 9.12.4. Derecho de visitas, estancia o relación de los menores de edad sujetos a la patria potestad, tutela o guarda y custodia, de las mujeres víctimas de violencia de género.<sup>302</sup>

El Juzgado podrá acordar la suspensión del régimen de visitas, estancia o relación del inculcado por violencia de género, respecto de los menores que dependan de él.

Si no acordara la suspensión, el Juez o la Jueza deberán de pronunciarse, en todo caso, sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia y de relación del inculcado por violencia de género, respecto de los menores que dependan del mismo.

Asimismo, adoptarán las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores, y de la mujer, y realizarán un seguimiento periódico de su evolución.

El Tribunal Supremo<sup>303</sup> ha declarado que los Jueces o Tribunales podrán suspender el régimen de visitas de los menores con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja, y por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes.

<sup>299</sup> Artículo 780 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>300</sup> Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>301</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala Primera de lo Civil de 18 de junio de 2015, (LA LEY 130553/2016).

<sup>302</sup> Artículo 66 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

<sup>303</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de la Sala Primera de lo Civil, de 26 de noviembre de 2015, (LA LEY 177561/2015).



## 9.13. DERECHOS DE LOS MENORES DE GRUPOS ESPECIALMENTE VULNERABLES.

Las Administraciones Públicas velarán por los grupos de menores especialmente vulnerables:

- garantizando el cumplimiento de todos los derechos de los menores previstos en la Ley,
- garantizando el cumplimiento de los derechos específicos de cada grupo.

### 9.13.1. Derechos de los menores acogidos.<sup>304</sup>

El menor acogido, con independencia de la modalidad de acogimiento en que se encuentre, tendrá derecho a:

- ser oído y, en su caso, ser parte en el proceso de oposición a las medidas de protección y declaración en situación de desamparo, de acuerdo con la normativa aplicable, y en función de su edad y madurez;
- ser informado y notificado de todas las resoluciones de formalización y cese del acogimiento;
- ser reconocido beneficiario del derecho de asistencia jurídica gratuita, cuando se encuentre en situación de desamparo;
- dirigirse directamente a la Entidad Pública, y ser informado de cualquier hecho trascendente relativo al acogimiento;
- relacionarse con su familia de origen en el marco del régimen de visitas, relación y comunicación establecido por la Entidad Pública;
- conocer progresivamente su realidad socio-familiar y sus circunstancias, para facilitar la asunción de las mismas;
- recibir con la suficiente anticipación la información, los servicios y los apoyos generales que sean necesarios, para hacer efectivos los derechos de los menores con discapacidad;
- poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las reclamaciones o quejas que considere, sobre las circunstancias de su acogimiento;
- recibir el apoyo educativo y psicoterapéutico por parte de la Entidad Pública, para superar trastornos psicosociales de origen, medida ésta aplicable, tanto en acogimiento residencial, como en acogimiento familiar;
- acceder a su expediente y conocer los datos sobre sus orígenes y parientes biológicos, una vez alcanzada la mayoría de edad.

---

<sup>304</sup> Artículo 21 bis 1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.



### 9.13.2. Derechos de los menores en acogimiento familiar.<sup>305</sup>

Además de los derechos de todos los menores acogidos expuestos anteriormente, los menores en los supuestos de acogimiento familiar tienen, además, los siguientes derechos:

- a) participar plenamente en la vida del acogedor,
- b) mantener relación con la familia de acogida, tras el cese del acogimiento, si la Entidad Pública entiende que conviene a su interés superior, y siempre que lo consintieren el menor, si tuviese suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, la familia de acogida y la de origen o, en su caso, la familia adoptiva o de acogimiento permanente,
- c) solicitar información o pedir, por sí mismo, si tuviera suficiente madurez, el cese del acogimiento familiar.

### 9.13.3. Derechos de los menores en acogimiento residencial.<sup>306</sup>

Además de los derechos de todos los menores y, en especial, de los derechos de los menores acogidos, en acogimiento residencial, los menores tienen los siguientes derechos:

- respeto a la privacidad y a conservar sus pertenencias personales, siempre que no sean inadecuadas para el contexto educativo;
- participar en la elaboración de la programación de actividades del centro y en el desarrollo de las mismas;
- ser escuchado en caso de queja, y ser informado de todos los sistemas de atención y reclamación que tienen a su alcance, incluido el derecho de audiencia de la Entidad Pública.

### 9.13.4. Menores con discapacidad.

Los Estados Partes de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>307</sup> reconocen que, el menor mental o físicamente impedido, deberá disfrutar de una vida plena y decente, en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo, y facilitar la participación activa del niño y de la niña en la comunidad.

Las Administraciones Públicas protegerán de manera singularmente intensa a aquellas personas o grupo de personas especialmente vulnerables a la discriminación múltiple, como las niñas y niños con discapacidad.<sup>308</sup>

Se garantizará a los menores con discapacidad y a sus familias los servicios sociales especializados que su discapacidad precise.

---

<sup>305</sup> Artículo 21.bis.2. de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>306</sup> Artículo 21.bis.3. de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>307</sup> Artículo 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>308</sup> Artículo 7.4 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.



Los poderes públicos garantizarán los derechos y obligaciones de los menores con discapacidad, en lo que respecta a su custodia, tutela, guarda, adopción o instituciones similares, velando al máximo por el interés superior del menor.<sup>309</sup>

Asimismo, garantizarán que los menores con discapacidad, tengan los mismos derechos respecto a la vida en familia.

Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir su ocultación, abandono, negligencia o segregación, velarán porque se proporcione con anticipación, información, servicios y apoyo generales, a los menores con discapacidad y a sus familias.

### 9.13.5. Menores víctimas de abusos sexuales, explotación sexual, pornografía infantil, de trata o de tráfico de seres humanos.<sup>310</sup>

La Organización de los Estados Americanos aprobó el 18 de marzo de 1994, la Convención interamericana sobre el tráfico internacional de menores. Esta Convención establece un marco normativo para la prevención y sanción del tráfico de niños y niñas, sobre la base de la protección de sus derechos fundamentales y de la garantía del principio del superior interés del niño. Los Estados parte se comprometen a tomar las medidas oportunas, legislativas y administrativas, tanto en el ámbito penal como en el civil, para prevenir y sancionar estos actos, así como a cooperar con los demás Estados parte en esta cuestión

Respecto del extranjero menor de edad que se encuentre irregularmente en España y sea víctima, perjudicado o testigo, de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, explotación laboral, o de tráfico ilícito de mano de obra, o de explotación en la prostitución, abusando de su situación de necesidad, prevalecerá siempre el interés superior del menor, y se tendrá en cuenta en cualquier procedimiento que se incoe, la edad y madurez de este menor.<sup>311</sup>

### 9.13.6. Menores hijos de víctimas de violencia de género.

Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión.

Nuestra Constitución incorpora el derecho de todos a la vida<sup>312</sup> y a la integridad física y moral.<sup>313</sup>

<sup>309</sup> Artículo 12.7 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>310</sup> El 25 de mayo de 2000, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de los niños contra el tráfico de niños, la prostitución infantil y el uso de los niños en la pornografía.

<sup>311</sup> Artículo 59.5 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

<sup>312</sup> Artículo 15 de la Constitución.

<sup>313</sup> Exposición Motivos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.



En la realidad española, las agresiones sobre las mujeres tienen una especial incidencia, existiendo hoy una mayor conciencia que en épocas anteriores sobre ésta, gracias, en buena medida, al esfuerzo realizado por las organizaciones de mujeres en su lucha contra todas las formas de violencia de género.

Ya no es un “delito invisible”, sino que produce un rechazo colectivo y una evidente alarma social.

Las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia.

La Ley contempla también su protección, no sólo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer.

Las Administraciones competentes deberán prever la escolarización inmediata de los hijos y de las hijas que se vean afectados por un cambio de residencia derivada de actos de violencia de género.<sup>314</sup>

### 9.13.7. Menores en conflictos armados.<sup>315 316</sup>

Los Estados Partes de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptarán todas las medidas posibles para:

- respetar y velar por las normas del derecho humanitario,
- asegurar que los niños no participen directamente en las hostilidades,
- abstenerse de reclutar en las fuerzas armadas a menores,
- proteger a la población civil en los conflictos armados, asegurando la protección y el cuidado de los niños y las niñas afectados por un conflicto armado.

### 9.13.8. Menores de minorías étnicas.<sup>317</sup>

La Convención de los Derechos del Niño de la Asamblea General de las Naciones Unidas, dispone que en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena, el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

En España, destaca la protección a la población gitana a través de la Estrategia Nacional para la Inclusión Social de la Población Gitana 2012-20120, que ha permitido avanzar en su escolarización en educación infantil y primaria.

---

<sup>314</sup> Artículo 5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

<sup>315</sup> Artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>316</sup> Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre la participación de niños en conflictos armados, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000, [BOE 17 de abril de 2002].

<sup>317</sup> Artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.



### 9.13.9. Menores apátridas.<sup>318</sup>

Los Estados Partes de la Convención de los Derechos del Niño velarán por la aplicación de todos los derechos contenidos en esta Convención, de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído, en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, cuando el niño o la niña fuera apátrida.

## 9.14. MEDIDAS PARA FACILITAR EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS.

La reforma de la legislación de infancia de 2015<sup>319</sup>, ha reforzado las medidas para facilitar el ejercicio de los derechos de los menores.

Para la defensa y garantía de sus derechos, el menor:<sup>320</sup>

1. tiene el derecho de recibir la información, que le den las Administraciones Públicas en un formato accesible;
2. tiene también derecho a recibir asistencia adecuada, para el efectivo ejercicio de sus derechos;
3. puede solicitar la protección y tutela de la Entidad Pública competente;
4. puede poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos, con el fin de que éste promueva las acciones oportunas; el Ministerio Fiscal podrá actuar en defensa de sus derechos;
5. tiene derecho a plantear sus quejas ante el Defensor del Pueblo, o ante las instituciones autonómicas homólogas; a tal fin, uno de los Adjuntos del Defensor del Pueblo, se hará cargo de modo permanente, de los asuntos relacionados con los menores, facilitándoles el acceso a mecanismos adecuados y adaptados a sus necesidades, y garantizándoles la confidencialidad;
6. puede solicitar los recursos sociales de apoyo disponibles de las Administraciones Públicas;
7. puede solicitar asistencia legal;
8. puede solicitar el nombramiento de un defensor judicial, en su caso, para emprender las acciones judiciales y administrativas necesarias encaminadas a la protección de sus derechos e intereses;
9. presentar denuncias individuales al Comité de Derechos del Niño, en los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Los menores tendrán derecho a acceder a tales servicios, por sí mismos, o a través de sus progenitores, tutores, guardadores o acogedores, quienes a su vez tendrán el deber de utilizarlos en interés de los mismos.

<sup>318</sup> Artículo 7.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>319</sup> Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>320</sup> Artículo 10 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.



## 9.15. DEBERES DEL MENOR.<sup>321</sup>

Los menores, de acuerdo a su edad y madurez, deberán asumir y cumplir los deberes, obligaciones y responsabilidades inherentes o consecuentes a la titularidad, y al ejercicio de los derechos que tienen reconocidos, en todos los ámbitos de la vida, tanto:

- familiar,
- escolar,
- social.

Los poderes públicos promoverán la realización de acciones, dirigidas a fomentar el conocimiento y cumplimiento de los deberes y responsabilidades de los menores, en condiciones de igualdad, no discriminación y accesibilidad universal.

Se introducen los deberes del menor<sup>322</sup>, en línea con diversas normas internacionales y también autonómicas, desde la concepción de los menores como ciudadanos, se les reconoce como corresponsables de las sociedades en las que participan y, por tanto, no solo titulares de derechos sino también de deberes.

### 9.15.1. Deberes relativos al ámbito familiar.<sup>323</sup>

Los menores deben participar en la vida familiar, respetando a sus progenitores y hermanos, así como a otros familiares.

Los menores deben participar y corresponsabilizarse en el cuidado del hogar, y en la realización de las tareas domésticas, de acuerdo con su edad, con su nivel de autonomía personal y capacidad, y con independencia de su sexo.

### 9.15.2. Deberes relativos al ámbito escolar.<sup>324</sup>

Los menores deben respetar las normas de convivencia de los centros educativos, estudiar durante las etapas de enseñanza obligatoria, y tener una actitud positiva de aprendizaje durante todo el proceso formativo.

Los menores tienen que respetar a los profesores y otros empleados de los centros escolares, así como al resto de sus compañeros, evitando situaciones de conflicto y acoso escolar, en cualquiera de sus formas, incluyendo el ciber-acoso.

---

<sup>321</sup> Capítulo III del Título I de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>322</sup> Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>323</sup> Artículo 9 ter de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>324</sup> Artículo 9 quater de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.



A través del sistema educativo, se implantará el conocimiento que los menores deben tener de sus derechos y deberes como ciudadanos, incluyendo entre los mismos, aquellos que se generen como consecuencia de la utilización en el entorno docente, de las tecnologías de la información y comunicación.

### 9.15.3. Deberes relativos al ámbito social.<sup>325</sup>

Los menores deben respetar a las personas con las que se relacionan, y el entorno en que se desenvuelven.

Los deberes sociales incluyen, en particular:

- a) respetar la dignidad, integridad e intimidad de todas las personas con las que se relacionan, con independencia de su edad, nacionalidad, origen racial o étnico, religión, sexo, orientación e identidad sexual, discapacidad, características físicas o sociales, o pertenencia a determinados grupos sociales, o cualquier otra circunstancia personal o social;
- b) respetar las leyes y normas que les sean de aplicación, y los derechos y libertades fundamentales de las otras personas, así como asumir una actitud responsable y constructiva en la sociedad;
- c) conservar y hacer un buen uso de los recursos e instalaciones, y equipamientos públicos o privados, mobiliario urbano y cualesquiera otros en los que desarrollen su actividad;
- d) respetar y conocer el medio ambiente y los animales, y colaborar en su conservación dentro de un desarrollo sostenible.

---

<sup>325</sup> Artículo 9 quinqués de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.



# 10 LA FILIACIÓN Y LA PATRIA POTESTAD.

## 10.1. LA FILIACIÓN.<sup>326</sup>

### 10.1.1. Tipos de filiación.

La filiación puede tener lugar:

- por naturaleza,
- por adopción.

La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. La filiación es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí.

### 10.1.2. Efectos de la filiación.<sup>327</sup>

Todas las filiaciones, tanto la matrimonial como la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos.

El padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos.

La filiación produce sus efectos desde que tiene lugar.

Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos, y la ley no dispusiera lo contrario.

En todo caso, conservarán su validez los actos otorgados, en nombre del hijo y de la hija menor, por su representante legal, antes de que la filiación hubiera sido determinada.

---

<sup>326</sup> Artículos 108 del Código Civil.

<sup>327</sup> Artículo 110 y 112 del Código Civil.



### 10.1.3. Formas de acreditar la filiación.<sup>328</sup>

La filiación se acredita por:

1. la inscripción en el Registro Civil,
2. el documento o sentencia que determina la filiación legalmente,
3. la presunción de paternidad matrimonial,
4. a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado.

Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción, se estará a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil.

### 10.1.4. La determinación de la filiación matrimonial y la presunción de paternidad matrimonial.<sup>329</sup>

La filiación matrimonial materna y paterna quedará determinada legalmente:

- por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres,
- por sentencia firme,

Se presumen hijos e hijas del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio, y antes de los trescientos días siguientes a su disolución, o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.

Nacido el hijo o nacida la hija dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción, mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto.

Se exceptúan los casos en que hubiere reconocido la paternidad, expresa o tácitamente, o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio, salvo que, en este último supuesto, la declaración auténtica se hubiera formalizado con el consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del menor.

Aún faltando la presunción de paternidad del marido, por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos.

La filiación adquiere el carácter de matrimonial, desde la fecha del matrimonio de los progenitores, cuando éste tenga lugar con posterioridad al nacimiento, siempre que el hecho de la filiación quede determinado legalmente. Lo establecido en el párrafo anterior aprovechará, en su caso, a los descendientes del hijo o hija fallecido o fallecida.

---

<sup>328</sup> Artículo 113 del Código Civil.

<sup>329</sup> Artículos 115 a 119 del Código Civil.



## 10.1.5. La determinación de la filiación no matrimonial.<sup>330</sup>

La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente:

1. en el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre, en el correspondiente formulario oficial, a que se refiere la legislación del Registro Civil;
2. por el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público;
3. por resolución recaída en expediente, tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil;
4. por sentencia firme;<sup>331</sup>
5. respecto a la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción materna practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil.

Cuando un progenitor hiciera el reconocimiento separadamente, no podrá manifestar en él la identidad del otro, a no ser que esté determinada legalmente.

El reconocimiento de un hijo o una hija mayor de edad no producirá efectos sin su consentimiento.

El reconocimiento del ya fallecido, sólo surtirá efecto, si lo consintieran sus descendientes, por sí o por sus representantes legales.

El Tribunal Supremo<sup>332</sup>, fija doctrina respecto a los reconocimientos de complacencia de la paternidad. Afirma así que <el reconocimiento de complacencia de la paternidad, no es nulo por ser de complacencia. No cabe negar, por esa razón, la inscripción en el Registro Civil de tal reconocimiento de complacencia, aunque el Encargado del Registro Civil disponga en las actuaciones de datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que el reconocimiento no se ajusta a la verdad biológica. Además, cabe que, quien ha realizado un reconocimiento de complacencia de su paternidad, ejercite luego una acción de impugnación de la paternidad, fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido. Si la acción prospera el reconocimiento devendrá ineficaz>.

<sup>330</sup> Artículos 120 a 126 del Código Civil.

<sup>331</sup> Capítulo I del título II de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, [artículos 23 a 26, sobre la autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial].

<sup>332</sup> El Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en Sentencia de 15 de julio de 2016, [LA LEY 85462/2016].



### 10.1.6. Las acciones de filiación.<sup>333</sup>

Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación, manifestada por la constante posesión de estado.

Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada.

A falta de la correspondiente posesión de estado, la acción de reclamación de la filiación matrimonial, que es imprescriptible, corresponde al padre, a la madre, o al hijo o a la hija.

La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponderá al hijo y a la hija durante toda su vida.

Igualmente podrán ejercitar la presente acción de filiación, los progenitores en el plazo de un año, contado desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación.

El ejercicio de la acción de reclamación, por el hijo, por la hija o por el progenitor o por la progenitora, permitirá en todo caso la impugnación de la filiación contradictoria.

### 10.1.7. La impugnación de la filiación.<sup>334</sup>

El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad, en el plazo de un año, contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil.

Sin embargo, el plazo no contará mientras el marido ignore el nacimiento.

Si el marido, pese a conocer el hecho del nacimiento de quien ha sido inscrito como hijo suyo o hija suya, desconociera su falta de paternidad biológica, el cómputo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento.

La paternidad podrá ser impugnada por el hijo y por la hija, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación.

Si fuere menor, el plazo contará desde que alcance la mayoría de edad.

El ejercicio de la acción, en interés del hijo y de la hija que sea menor, corresponderá, asimismo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, a la madre que ostente la patria potestad, a su representante legal o al Ministerio Fiscal.

Si el hijo o la hija, pese a haber transcurrido más de un año desde la inscripción en el Registro, desde su mayoría de edad, desconociera la falta de paternidad biológica, de quien aparece inscrito como su progenitor, el cómputo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento.

Si falta en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo, la hija o sus herederos.

La mujer podrá ejercitar la acción de impugnación de su maternidad, justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo o de la hija.

---

<sup>333</sup> Artículo 131 a 134 del Código Civil.

<sup>334</sup> Artículos 136 a 141 del Código Civil.



## 10.1.8. La filiación de los hijos y de las hijas nacidos y nacidas mediante técnicas de reproducción asistida.<sup>335</sup>

La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo las especificaciones establecidas, como son:

- en ningún caso, la inscripción en el Registro Civil, reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación;
- cuando la mujer estuviera casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo o hija nacido de su cónyuge.

Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso, a determinada fecundación con contribución de donante, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo o hija, nacido o nacida, como consecuencia de tal fecundación.

El documento extendido ante el centro o servicio autorizado, en el que se refleje el consentimiento a la fecundación, con contribución de donante, prestado por varón no casado, con anterioridad a la utilización de las técnicas, se considera escrito indubitado, a los efectos de inscribirse la filiación no matrimonial en el Registro Civil.<sup>336</sup>

La revelación con carácter extraordinario del donante, en los casos de peligro cierto para la vida o la salud del menor, no implica en ningún caso, determinación legal de la filiación.

## 10.2. EL NOMBRE DEL MENOR.<sup>337</sup>

La Convención sobre los Derechos del Niño<sup>338</sup> dispone que los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño y de la niña a preservar su identidad y el nombre.

En la inscripción se expresará el nombre que se da al nacido, si bien no podrá consignarse más de un nombre compuesto, ni más de dos simples.

Quedan prohibidos los nombres que objetivamente perjudiquen a la persona, los que hagan confusa la identificación y los que induzcan a error en cuanto al sexo.

No puede imponerse al nacido nombre que ostente uno de sus hermanos, a no ser que hubiera fallecido, así como tampoco su traducción usual a otra lengua.

A petición del interesado o de su representante legal, el encargado del Registro sustituirá el nombre propio de aquél por su equivalente onomástico en cualquiera de las lenguas españolas.

<sup>335</sup> Artículos 7 y 8 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

<sup>336</sup> Artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

<sup>337</sup> Artículo 54 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

<sup>338</sup> Artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.



### 10.3. LOS APELLIDOS DE LOS MENORES.<sup>339</sup>

La filiación determina los apellidos.

Si la filiación está determinada por ambas líneas, los progenitores acordarán el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral.<sup>340</sup>

En los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, ésta determina los apellidos.

El progenitor podrá determinar en este caso el orden de los apellidos.

El orden de los apellidos establecido para la primera inscripción de nacimiento, determina el orden para la inscripción de los posteriores nacimientos, con idéntica filiación.

El Tribunal Constitucional ha considerado comprometido el derecho a la propia imagen del menor, con la alteración sobrevenida de apellidos.

Así, teniendo en cuenta esta doctrina del Tribunal Constitucional, la Audiencia Provincial de Cantabria<sup>341</sup>, considera que <debe mantenerse el apellido de la madre como primer apellido del hijo, aunque se haya determinado judicialmente la paternidad. Y ello porque la filiación se establece de forma sobrevenida, con las consecuencias inherentes a los apellidos, y entra en juego el derecho del menor a su nombre, puesto que en el período transcurrido entre el nacimiento y el momento en que se puso fin al proceso por sentencia firme, había venido utilizando el primer apellido materno, siendo patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona. La Audiencia toma igualmente en consideración, la doctrina del Tribunal Supremo que señala que si bien, conforme a la legalidad vigente, en defecto de acuerdo de los padres, el primer apellido de un español será el del padre y el segundo el de la madre, la respuesta, sin embargo, no puede ser la interpretación literal de la norma cuando está en cuestión el interés superior del menor. La Audiencia destaca que la inscripción de nacimiento del menor se practicó con una sola filiación, determinando ésta los apellidos, y a consecuencia de un inicio tardío del procedimiento judicial, al que se suma el de duración de éste, el cambio del orden de los apellidos alcanza al menor en una edad en que, tanto en la vida social como en la escolar, es conocido por el primer apellido en su día determinado.>

<sup>339</sup> Artículo 109 del Código Civil.

<sup>340</sup> Artículo 55 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

<sup>341</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de fecha 22 de febrero de 2016, [LA LEY 59916/2016].



## 10.4. LA PATRIA POTESTAD.

### 10.4.1. Delimitación conceptual.

La Convención de los Derechos del Niño <sup>342</sup> recoge que los Estados Partes, pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres, tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño y de la niña.

Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales, la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo de la niña y del niño.

Los hijos y las hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. <sup>343</sup>

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de las hijas y de los hijos. <sup>344</sup>

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.

Además, deberá ejercerse siempre de acuerdo a la personalidad del hijo y de la hija, y con respeto a sus derechos, y a su integridad física y mental.

La patria potestad comprende los siguientes deberes y facultades:

1. velar por los hijos e hijas y tenerlos en su compañía,
2. alimentarlos,
3. educarlos y procurarles una formación integral,
4. representarlos,
5. administrar sus bienes.

Los hijos y las hijas deben:

- obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad,
- respetar a sus padres siempre,
- contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras que convivan con ella.

La reforma en materia de infancia llevada a cabo en 2007 <sup>345</sup>, suprimió del Código Civil <sup>346</sup> la facultad de los padres y de las madres "de corregir razonable y moderadamente a sus hijos".

<sup>342</sup> Artículo 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>343</sup> Artículos 154 y 155 del Código Civil.

<sup>344</sup> Artículo 3.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

<sup>345</sup> Disposición final Primera de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.

<sup>346</sup> Artículo 154 del Código Civil.



## 10.4.2. Forma de ejercicio de la patria potestad.<sup>347</sup>

La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores, o por uno solo, con el consentimiento expreso o tácito del otro.

Serán válidos los actos que realice uno de los progenitores conforme al uso social, y a las circunstancias, o en situaciones de urgente necesidad.

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juzgado, a fin de que, después de oír a ambos y al hijo o a la hija si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre.<sup>348</sup>

Si los desacuerdos fueran reiterados, o concurriera cualquier otra causa, que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres, o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

Respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo o hija conviva.

Sin embargo, el Juez o la Jueza, a solicitud fundada del otro progenitor podrán, en interés del hijo:

- atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor,
- distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.

Si los padres viven separados y no decidieran de común acuerdo, la Jueza o el Juez decidirán, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos y las hijas menores de edad.<sup>349</sup>

El Juez o la Jueza oírán, antes de tomar esta medida, a los hijos e hijas que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años.

El Tribunal Supremo ha declarado como doctrina jurisprudencial<sup>350</sup>, que puede autorizarse el cambio de residencia de los hijos que estén bajo la custodia de un progenitor extranjero, cuando este progenitor cambie de residencia, únicamente si este cambio es en beneficio y en interés de los hijos menores, que estando bajo su custodia se trasladen con él.

<sup>347</sup> Artículo 156 del Código Civil.

<sup>348</sup> En el Artículo 86 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, se establecen normas procesales específicas para la intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad.

<sup>349</sup> Artículo 159 del Código Civil.

<sup>350</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala Primera de lo Civil de 20 de octubre de 2014, [LA LEY 144055/2014].



### 10.4.3. Extinción de la patria potestad.<sup>351</sup>

La patria potestad se acaba:

1. por la muerte, o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo,
2. por la emancipación,
3. por la adopción del hijo,
4. por sentencia que declare la privación de la patria potestad.

El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por<sup>352</sup>:

- sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma,
- sentencia dictada en causa criminal,
- sentencia matrimonial.

En la privación de la patria potestad de los progenitores, no debe olvidarse que prima siempre el interés superior del niño y de la niña.

La posibilidad de que, judicialmente, y en virtud de sentencia, se pueda privar a un padre, o a ambos, del ejercicio de la patria potestad, total o parcialmente, o suspender esa facultad, no debe olvidarse que ha de fundarse en un incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, lo que ha de presentarse plenamente probado.<sup>353</sup>

No se trata de sancionar la conducta de los progenitores, en cuanto al incumplimiento de sus deberes, [aunque en el orden penal pueda resultar tipificada y sancionada], lo que se trata, es de defender los intereses del menor, de tal manera que esa medida tiene carácter excepcional, y ha de resultar necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses.

Más que una sanción al progenitor incumplidor, implica una medida de protección del niño y a la niña, y por ende debe ser adoptada en beneficio del mismo, en cuanto la conducta de aquél, gravemente lesiva de los intereses prioritarios del menor, no se revele precisamente como la más adecuada para la futura formación y educación de dicho menor.

El precepto debe interpretarse de forma restrictiva.

El mero alejamiento temporal no constituye causa suficiente para decretar privación de la patria potestad, cuando este progenitor sabe que su hijo o su hija están debidamente atendidos.

Debe acreditarse:

- la realidad de un efectivo incumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia,
- imputable directamente y de forma relevante al titular de la patria potestad,
- de modo constante, grave y peligroso para el hijo o la hija.

---

<sup>351</sup> Artículo 169 del Código Civil.

<sup>352</sup> Artículo 170 del Código Civil.

<sup>353</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 23 de julio de 2009 [LA LEY 170391/2009].



Elementos probatorios de los que pueda inducirse la realidad del incumplimiento con daño o peligro grave y actual para los menores.

Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo o de la hija, acordar la recuperación de la patria potestad, cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.

#### **10.4.4.** La patria potestad prorrogada y/o rehabilitada.<sup>354</sup>

La patria potestad sobre los hijos y las hijas, que hubieran sido incapacitados o incapacitadas, quedará prorrogada por ministerio de la Ley, al llegar aquellos a la mayoría de edad.

Si la hija mayor de edad soltera o el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres, o de cualquiera de ellos, fuere incapacitado, se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere, si el hijo o la hija fueran menores de edad.

La patria potestad prorrogada, en cualquiera de sus formas, se ejercerá con sujeción a:

- lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación,
- y, subsidiariamente, conforme a las reglas de la patria potestad.

La patria potestad prorrogada terminará:

- a) por la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres, o del hijo o de la hija;
- b) por la adopción del hijo o de la hija;
- c) por haberse declarado la cesación de la incapacidad;
- d) por haber contraído matrimonio el incapacitado.

Si al cesar la patria potestad prorrogada, subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá la tutela o curatela, según proceda.

#### **10.4.5.** Menores de edad y además progenitores a la vez.<sup>355</sup>

El menor de edad no emancipado, ejercerá la patria potestad sobre sus hijos e hijas, con la asistencia de sus padres o madres y, a falta de ambos, de su tutor o tutora.

En casos de desacuerdo o imposibilidad, con la asistencia del Juez o de la Jueza.<sup>356</sup>

---

<sup>354</sup> Artículo 171 del Código Civil.

<sup>355</sup> Artículo 157 del Código Civil.

<sup>356</sup> En el artículo 86 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, se establecen normas procesales específicas, para la intervención judicial en los casos en que el titular de la patria potestad fuera un menor de edad no emancipado, y hubiera desacuerdo o imposibilidad de sus progenitores o tutor.



### 10.4.6. La representación legal de los hijos y de las hijas.

Los padres que ostentan la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos e hijas menores no emancipados.<sup>357</sup>

Se exceptúan:

- los actos relativos a los derechos de la personalidad, que el hijo o la hija, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo o por sí misma;
- aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo o la hija;
- los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia.

Para celebrar contratos que obliguen al hijo o a la hija a realizar prestaciones personales, se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio.

Siempre que en algún asunto, el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos e hijas no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente, en juicio y fuera de él.

Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo o hija menor emancipado o emancipada, cuya capacidad deban completar.

Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley, y sin necesidad de especial nombramiento, representar al menor o completar su capacidad.

### 10.4.7. La Administración de los bienes de los hijos y de las hijas.<sup>358</sup>

Los padres administrarán los bienes de los hijos y de las hijas con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador, y las especiales establecidas en la Ley.

Se exceptúan de la administración paterna:

- los bienes adquiridos por título gratuito, cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa; se cumplirá estrictamente la voluntad de éste sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos;
- los adquiridos por sucesión, en que uno o ambos de los que ejerzan la patria potestad, hubieran sido justamente desheredados, o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un administrador judicial especialmente nombrado;
- los que el hijo o la hija mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo o industria.

---

<sup>357</sup> Artículo 162 y 163 del Código Civil.

<sup>358</sup> Artículos 164 a 168 del Código Civil.



Los actos de administración ordinaria serán realizados por el hijo o por la hija, que necesitará el consentimiento de los padres para los que excedan de ella.

Pertenecen siempre al hijo no emancipado los frutos de sus bienes, así como todo lo que adquiera con su trabajo o industria.

No obstante, los padres podrán destinar los del menor que viva con ambos, o con uno solo de ellos, en la parte que le corresponda, al levantamiento de las cargas familiares, y no estarán obligados a rendir cuentas de lo que hubiesen consumido en tales atenciones.

Con este fin se entregarán a los padres, en la medida adecuada, los frutos de los bienes que ellos no administren.

Se exceptúan los frutos de los bienes donados o dejados a las hijas y a los hijos especialmente para su educación o carrera, pero si los padres carecieran de medios, podrán pedir al juzgado que se les entregue la parte que en equidad proceda.

Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos y las hijas sean titulares, ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad, y previa la autorización del Juez o Jueza del domicilio <sup>359</sup>, con audiencia del Ministerio Fiscal.

Si se autorizare la realización de algún acto de gravamen sobre bienes o derechos que pertenezcan al menor, el Juez o Jueza podrá adoptar las medidas necesarias para asegurar, que la cantidad obtenida por el acto de enajenación o gravamen, así como por la realización del negocio o contrato autorizado, se aplique a la finalidad en atención a la que se hubiere concedido la autorización.

Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo o a la hija. Si el Juzgado denegase la autorización, la herencia solo podrá ser aceptada a beneficio de inventario.

No será necesaria autorización judicial, si el menor hubiese cumplido dieciséis años, y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros.

Cuando la administración de los progenitores ponga en peligro el patrimonio del hijo o de la hija, el Juez, a petición del propio hijo o hija, del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente del menor, podrá:

- adoptar las medidas que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes,
- exigir caución o fianza para la continuación en la administración,
- o incluso nombrar un Administrador. <sup>360</sup>

Al término de la patria potestad, podrán los hijos y las hijas exigir a los padres la rendición de cuentas de la administración que ejercieron sobre sus bienes hasta entonces. La acción para exigir el cumplimiento de esta obligación prescribirá a los tres años.

En caso de pérdida o deterioro de los bienes por dolo o culpa grave, responderán los padres de los daños y perjuicios sufridos.

---

<sup>359</sup> Artículos 61 y ss. [Capítulo VIII del Título II] de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

<sup>360</sup> Artículos 87 y ss de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.



### 10.4.8. La intervención judicial en relación con la patria potestad.<sup>361</sup>

En los expedientes judiciales en que sea necesaria una decisión judicial, en relación al ejercicio de la patria potestad, una vez admitida la solicitud por el Secretario o la Secretaria Judicial, se citará a una comparecencia al solicitante, al Ministerio Fiscal, a los progenitores, al menor si tuviera suficiente madurez, y, en todo caso, si fuere mayor de doce años.

Se podrá también acordar la citación de otros interesados.

El Juez o la Jueza podrán acordar, de oficio o a instancia del solicitante, de los demás interesados o del Ministerio Fiscal, la práctica durante la comparecencia de las diligencias que considere oportunas.

Si estas actuaciones tuvieran lugar después de la comparecencia, se dará traslado del acta correspondiente a los interesados, para que puedan efectuar alegaciones.

No será preceptiva la intervención de Abogado o Abogada, ni de Procurador o Procuradora, para promover y actuar en estos expedientes.

### 10.4.9. La intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad sobre menores.<sup>362</sup>

Se aplicarán estas disposiciones:

- cuando el Juez o la Jueza deban intervenir, en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, ejercitada conjuntamente por los progenitores,
- en los casos en que esté legalmente prevista la autorización o intervención judicial, cuando el titular de la patria potestad fuera un menor de edad no emancipado, y hubiere desacuerdo o imposibilidad de sus progenitores, o de su tutor o tutora.

Será competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia de la hija o del hijo.

No obstante, si el ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores, hubiera sido establecido por resolución judicial, será competente para conocer del expediente el Juzgado de Primera Instancia que la hubiera dictado.

Están legitimados para promover este expediente ambos progenitores, individual o conjuntamente.

Si el titular de la patria potestad fuese un menor no emancipado, también estarán legitimados sus progenitores y, a falta de éstos, su tutor.

<sup>361</sup> Artículos 85 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

<sup>362</sup> Artículos 86 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.



# 11 EL MATRIMONIO, LAS PAREJAS DE HECHO Y LOS MENORES DE EDAD.

## 11.1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL MATRIMONIO.

El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio.<sup>363</sup>

El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo.

Los menores de edad no emancipados no pueden contraer matrimonio.<sup>364</sup>

A sensu contrario, pueden contraer matrimonio los menores de edad emancipados.

Tampoco pueden contraer matrimonio los que estén ligados con vínculo matrimonial.

Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí:

- los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción,
- los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado.

Para que el casado menor de edad, pueda enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor que sean comunes, basta si es mayor el otro cónyuge, el consentimiento de los dos; si también es menor, se necesitará, además, el de los padres o curadores de uno y otro.<sup>365</sup>

<sup>363</sup> Artículo 44 del Código Civil.

<sup>364</sup> Artículo 46 del Código Civil.

<sup>365</sup> Artículo 324 del Código Civil.





Los cónyuges<sup>366</sup>:

1. son iguales en derechos y deberes,
2. deben respetarse y ayudarse mutuamente, y actuar en interés de la familia,
3. están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente,
4. deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes, y otras personas dependientes a su cargo.

Se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos.

Los cónyuges, fijarán de mutuo acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el Juez, teniendo en cuenta el interés de la familia.

Ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro, sin que le hubieres sido conferida.

## 11.2. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS PAREJAS DE HECHO EN ASTURIAS.

El matrimonio y la situación de pareja de hecho presentan diferencias legales.

Las Comunidades Autónomas han regulado las parejas estables con una relación de afectividad análoga a la conyugal, mediante distintas leyes autonómicas.

En Asturias, la Ley de Parejas Estables<sup>367</sup> tiene por objeto establecer un conjunto de medidas, que contribuyan a garantizar el principio de no discriminación, en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico del Principado de Asturias, de manera que nadie pueda ser discriminado por razón del grupo familiar del que forma parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio, o en la unión estable de dos personas, que convivan en relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo.

A tales efectos, se considera pareja estable<sup>368</sup>, la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo, de dos personas mayores de edad o menores emancipados sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción, en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona.

Se entenderá que la unión es estable cuando los miembros de la pareja hayan convivido maritalmente, como mínimo un periodo ininterrumpido de un año, salvo que:

- a) tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia,
- b) hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público,
- c) se hayan inscrito en el Registro de Uniones de Hecho del Principado de Asturias.

---

<sup>366</sup> Artículos 66 a 71 del Código Civil.

<sup>367</sup> Artículo 1 de la Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables.

<sup>368</sup> Artículo 3 de la Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables.



### 11.3. LA NULIDAD DEL MATRIMONIO.<sup>369</sup>

Es nulo el matrimonio, cualquiera que sea su forma de celebración:

1. si se ha celebrado sin consentimiento matrimonial,
2. si ha sido celebrado entre quienes no pueden contraer matrimonio entre sí por la edad o por un impedimento legal,
3. si se ha contraído por coacción o miedo grave, etc.

La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe. La buena fe se presume.

Si se alega como causa de nulidad del matrimonio, la falta de edad, mientras el contrayente o la contrayente sea menor, solo podrá ejercitar la acción cualquiera de sus padres, tutores, o guardadores y, en todo caso, el Ministerio Fiscal.

Al llegar a la mayoría de edad, sólo podrá ejercitar la acción el contrayente o la contrayente menor, salvo que los cónyuges hubieren vivido juntos un año después de alcanzada aquella mayoría de edad.

### 11.4. LA SEPARACIÓN DEL MATRIMONIO.<sup>370</sup>

En los procedimientos de separación y divorcio de los progenitores, habrá que distinguir:

- si existen hijos o hijas menores no emancipados,
- o si, por el contrario, sólo existen hijos o hijas mayores o menores emancipados.

Si no existen hijas o hijos menores no emancipados, la separación podrá acordarse de mutuo acuerdo, transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio:

1. mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario o Secretaria Judicial,
2. en escritura pública ante Notario o Notaria.

Si existen en el matrimonio hijos o hijas menores no emancipados, la separación sólo se podrá decretar judicialmente, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio.

En este caso, se decretará judicialmente la separación, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio:

1. a petición de ambos cónyuges,
2. a petición de uno con el consentimiento del otro,
  - en estos dos primeros casos a la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador,
3. a petición de uno solo de los cónyuges.

<sup>369</sup> Artículo 73 a 80 del Código Civil.

<sup>370</sup> Artículo 81 a 84 del Código Civil



No será preciso el transcurso del plazo de tres meses para la interposición de la demanda cuando se acredite de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge o de la cónyuge demandante, o de las hijas o de los hijos de ambos, o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

La sentencia o decreto de separación, o el otorgamiento de la escritura pública del convenio regulador que la determine, producen la suspensión de la vida en común de los casados, y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

Los efectos de la separación matrimonial se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así la declare, o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública.

Se remitirá testimonio de la sentencia o decreto, o copia de la escritura pública, al Registro Civil para su inscripción, sin que, hasta que esta tenga lugar, se produzcan plenos efectos frente a terceros de buena fe.

La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente, deberán ponerlo en conocimiento del Juez o Jueza que entienda o haya entendido en el litigio.

No obstante, mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos e hijas, cuando exista causa que lo justifique.

Cuando la separación hubiera tenido lugar sin intervención judicial, la reconciliación deberá formalizarse en escritura pública o acta de manifestaciones.

La reconciliación deberá inscribirse, para su eficacia frente a terceros, en el Registro Civil correspondiente.

## **11.5.** LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO. 371

El matrimonio se disuelve, sea cual sea la forma y el tiempo de su celebración:

- a) por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges,
- b) por el divorcio.

Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos para decretar la separación matrimonial.

Los cónyuges también podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante la Secretaria o el Secretario Judicial, o en escritura pública ante Notaria o Notario, debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas para la separación matrimonial.

---

<sup>371</sup> Artículo 85 a 89 del Código Civil.



Los efectos de la disolución del matrimonio por divorcio, se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así lo declare, o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública.

No perjudicará a terceros de buena fe, sino a partir de su respectiva inscripción en el Registro Civil.

La reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio.

## 11.6. EFECTOS COMUNES DE LA NULIDAD, SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO SOBRE LOS HIJOS.<sup>372</sup>

La separación y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos e hijas.

El Juez o la Jueza, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de las hijas o los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad, cuando en el proceso se revele causa para ello.

En estos procedimientos, los padres y madres podrán, en el convenio regulador, o el Juez o la Jueza podrán decidir, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.

## 11.7. LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS E HIJAS COMPARTIDA.<sup>373</sup>

El Tribunal Constitucional<sup>374</sup> ha anulado la Ley Valenciana de custodia compartida [Ley de la Generalitat Valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven], al no haberse demostrado la vigencia de normas consuetudinarias, que permitan a la Comunidad Valenciana regular esta materia, al amparo de la distribución actual de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia derecho civil

Los padres y madres podrán acordar en el convenio regulador, o el Juez o la Jueza podrán decidir, en beneficio de los hijos e hijas, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.

Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de las hijas y de los hijos, cuando así lo soliciten los padres, en la propuesta de convenio regulador, o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el trascurso del procedimiento.

<sup>372</sup> Artículo 92 del Código Civil.

<sup>373</sup> Artículo 92 del Código Civil.

<sup>374</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 2016.



El Juez o la Jueza, al acordar la guarda conjunta, y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, la Jueza o el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio, cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos e hijas, para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge, o de los hijos e hijas que convivan con ambos.

Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

Excepcionalmente, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe<sup>375</sup> del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida, fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente al interés superior del menor.

El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de menores.

El Tribunal Supremo<sup>376</sup> ha establecido que la interpretación de la custodia compartida ha de estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios, tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se llevaba a cabo cuando los progenitores conviven. La redacción del citado artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá que considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto y cuanto lo sea.

El Tribunal Supremo<sup>377</sup> ha declarado que no es obstáculo la conflictividad existente entre los litigantes, que se limita a las múltiples denuncias interpuestas por la madre por incumplimiento de los horarios relacionados con el régimen de visitas. Los desencuentros propios de la crisis matrimonial no justifican per se que no se acuerde un régimen de custodia compartida, si no perjudican a la menor. Ambos litigantes están capacitados para su cuidado y la menor afirma estar bien con los dos. Debe primar el superior interés de la niña.

<sup>375</sup> Declarado inconstitucional y nulo el inciso "favorable" de la expresión anterior "informe favorable" de la redacción originaria por Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2012.

<sup>376</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala Primera de lo Civil, de 29 de abril de 2013, (LA LEY 37196/2013).

<sup>377</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala Primera de lo Civil, de fecha 27 de junio de 2016, (LA LEY 79268/2016).



El Tribunal Supremo<sup>378</sup> estima el recurso de casación y acuerda establecer un sistema de custodia compartida sobre los menores a favor de ambos progenitores, y determinar que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año con el fin de facilitar a ella y a los menores la transición a una nueva residencia, transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de gananciales. Procede constituir un sistema de custodia compartida de los hijos con sus padres. Debe primar el superior interés de los menores. Ambos progenitores están capacitados para atenderlos y cuidarlos. La conflictividad que existe entre ellos es la lógica tras una ruptura matrimonial, teniendo en cuenta que la custodia será semanal. Los menores habitarán en el domicilio de cada uno de los progenitores con dicha periodicidad semanal por lo que, dada la paridad económica de los litigantes, se mantendrá la atribución de la vivienda que fue familiar a favor de la madre durante un año. Transcurrido éste la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales.

## 11.8. LAS MEDIDAS PROVISIONALES QUE SE PUEDEN ADOPTAR JUDICIALMENTE EN SUPUESTOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN O DIVORCIO.

A) Admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, se producen, por ministerio de la Ley, los efectos siguientes:<sup>379</sup>

1. los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal,
2. quedan revocados los consentimientos y poderes, que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro,
3. salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica,
4. cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación en el Registro Civil y, en su caso, en los de la Propiedad y Mercantil.

B) Admitida la demanda, el Juez o la Jueza, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes:<sup>380</sup>

- determinar, en interés de los hijos e hijas, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos;
  - fijar la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de las hijas o los hijos, podrá cumplir el deber de velar por éstas y por éstos, y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellas y ellos y tenerlas y tenerlos en su compañía;
- excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieran y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez o de la Jueza;

<sup>378</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala Primera de lo Civil, de fecha 11 de febrero de 2016, (LA LEY 3329/2016).

<sup>379</sup> Artículo 102 del Código Civil.

<sup>380</sup> Artículo 103 del Código Civil.



- cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges, o por terceras personas, podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular, las siguientes:
  - > prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa,
  - > prohibición de expedición del pasaporte al menor, o retirada del mismo si ya se hubiera expedido,
  - > sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.
- determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar con el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta, y los que han de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno;
- fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, incluidas si procede las "litis expensas", establecer las bases para la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por éstos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro; se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que cada uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad;
- señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo;
- determinar, en su caso, el régimen de administración y disposición de aquellos bienes privativos que, por capitulaciones o escritura pública, estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio.

C) El cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas anteriores.<sup>381</sup>

Estos efectos y medidas sólo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a contar desde que fueron inicialmente adoptados, se presenta la demanda ante el Juez, la Jueza o Tribunal competente.

No incumple el deber de convivencia el cónyuge o la cónyuge que sale del domicilio conyugal por una causa razonable, y en el plazo de treinta días, presenta la demanda de nulidad, separación o divorcio o la solicitud de medidas previas a dicha demanda.

Los efectos y medidas previstos terminan, en todo caso, cuando sean sustituidos por los de la sentencia estimatoria, o se ponga fin al procedimiento de otro modo. La revocación de consentimientos y poderes se entiende definitiva.

---

<sup>381</sup> Artículo 104 del Código Civil.



El Tribunal Supremo <sup>382</sup> ha declarado que para la determinación de quien es el obligado a trasladar y retornar al menor del domicilio de cada uno de los progenitores, se habrá de estar al deseable acuerdo de las partes, en tanto no viole el interés del menor, y en su defecto:

- a) Cada parte/madre recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio, para ejercer el derecho de visita, y el custodio lo retornará a su domicilio. Este será el sistema normal o habitual.
- b) Subsidiariamente, cuando a la vista de las circunstancias del caso, el sistema habitual no se corresponda con los principios de interés del menor y distribución equitativa de las cargas, las partes o el Juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores, con la correspondiente compensación económica, en su caso, y debiendo motivarse en la resolución judicial.
- c) Estas dos soluciones se establecen, sin perjuicio de situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia, que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes, y que deberán conllevar una singularización de las medidas adoptadas.

---

<sup>382</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala Primera de lo Civil, de 26 de mayo de 2014, [LA LEY 74352/2014].



## 12 LOS ALIMENTOS Y LAS MENORES Y LOS MENORES DE EDAD.

### 12.1. CONSIDERACIÓN INTERNACIONAL.

La Convención sobre los Derechos del Niño, declara que, a los padres, madres u otras personas encargadas del niño o de la niña, les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que son necesarias para el desarrollo de la niña y del niño.<sup>383</sup>

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el menor, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero.

### 12.2. CONCEPTO DE ALIMENTOS EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.<sup>384</sup>

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista, mientras sea menor de edad, y aun después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Entre los alimentos, se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.

<sup>383</sup> Artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>384</sup> Artículo 142 del Código Civil.





### 12.3. OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS.

Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión:<sup>385</sup>

- a) los cónyuges,
- b) los ascendientes y descendientes.

Los hermanos y hermanas sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación.

La reclamación de alimentos cuando proceda, y sean dos o más los obligados a prestarlos, se hará por el orden siguiente:

1. al cónyuge,
2. a los descendientes y a las descendientes de grado más próximo,
3. a los ascendientes y a las ascendientes, también de grado más próximo,
4. a las hermanas y a los hermanos, pero estando obligados en último lugar, los que sólo sean uterinos o consanguíneos.

Entre los descendientes y los ascendientes, se regulará la graduación, por el orden en que sean llamados a la sucesión legítima de la persona que tenga derecho a los alimentos.

Cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión, en cantidad proporcional a su caudal respectivo.

Sin embargo, en caso de urgente necesidad, y por circunstancias especiales, podrá el Juez o la Jueza obligar, a una sola de ellas, a que los preste provisionalmente, sin perjuicio de su derecho a reclamar de los demás obligados la parte que les corresponda.

Cuando dos o más alimentistas reclamaren a la vez alimentos de una misma persona obligada legalmente a darlos, y ésta no tuviere fortuna bastante para atender a todos, se guardará el orden establecido anteriormente, a no ser que los alimentistas concurrentes fuesen el cónyuge y un hijo o hija sujeto o sujeta a patria potestad, en cuyo caso éste será preferido a aquél o aquella.

La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda.

Se verificará el pago por meses anticipados, y cuando fallezca el alimentista, sus herederos o herederas no estarán obligados a devolver lo que éste hubiese recibido anticipadamente.

La Jueza o el Juez, a petición del alimentista o del Ministerio Fiscal, ordenará con urgencia las medidas cautelares oportunas para asegurar los anticipos que haga una Entidad Pública, u otra persona, y proveer a las futuras necesidades.

---

<sup>385</sup> Artículos 143 a 148 del Código Civil.



## 12.4. CUANTÍA DE LOS ALIMENTOS.<sup>386</sup>

La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.

Los alimentos se reducirán o aumentarán proporcionalmente, según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista, y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos.

El obligado a prestar alimentos podrá a su elección, satisfacerlos:

- pagando la pensión que se fije,
- recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.

Esta elección no será posible, en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada por el alimentista, por las normas aplicables o por resolución judicial.

También podrá ser rechazada cuando:

1. concurra justa causa,
2. perjudique el interés del alimentista menor de edad.

El Tribunal Supremo<sup>387</sup> excluye del concepto de gastos extraordinarios a unos gastos en clases de música y apoyo, porque no los considera estrictamente parte de los derivados de la educación de la menor, la que asiste a un colegio público y como tal gratuito. La protección del interés de la menor no parece haber sido lo primordial en este caso, puesto que parece difícil de cuestionar el beneficio que cualquier actividad académica [en este caso, unas clases de música y apoyo, cuya naturaleza formativa es incuestionable], pueden reportar en la educación de una menor. La sentencia objeto de análisis, es importante, además de por su fallo controvertido, por los elementos fácticos insertos en el caso, pues se trataba de un derecho de alimentos exigido tanto a abuelos paternos como a abuelos maternos, ante la demostrada insolvencia de ambos progenitores.

## 12.5. CESE DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS.<sup>388</sup>

La obligación de suministrar alimentos cesa con la muerte del obligado o de la obligada, aunque los prestase en cumplimiento de una sentencia firme.

No es renunciable ni transmisible a un tercero el derecho a los alimentos. Tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista o la alimentista deben al que ha de prestarlos, pero podrán compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas.

<sup>386</sup> Artículos 146 a 149 del Código Civil.

<sup>387</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala Primera, de 2 de marzo de 2016, (LA LEY 8782/2016).

<sup>388</sup> Artículos 150 a 152 del Código Civil.



Cesará también la obligación de dar alimentos:

1. por muerte del alimentista o de la alimentista;
2. cuando la fortuna del obligado u obligada a darlos, se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos, sin desatender sus propias necesidades y las de su familia;
3. cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia;
4. cuando el alimentista, sea o no heredero o heredera forzosos, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación;
5. cuando el alimentista sean descendientes del obligado u obligada a dar alimentos, y la necesidad de aquél provenga de mala conducta, o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa.

El Tribunal Supremo<sup>389</sup> ha declarado que la obligación de pagar alimentos a los hijos menores no se extingue por el solo hecho de haber ingresado en prisión el progenitor que debe prestarlos, si al tiempo no se acredita la falta de ingresos, o de recursos para poder hacerlos efectivos.

## 12.6. FONDO DE GARANTÍA DEL PAGO DE ALIMENTOS.

El Fondo de Garantía de pago de alimentos<sup>390</sup>, tiene como finalidad garantizar, a los hijos e hijas menores de edad, el pago de alimentos reconocidos e impagados establecidos en convenio judicialmente aprobado, o en resolución judicial, en procesos de separación, divorcio, declaración de nulidad de matrimonio, filiación o alimentos, mediante el abono de una cantidad que tendrá la condición de anticipo.

El Fondo estará dotado con las aportaciones que anualmente se consignent en los Presupuestos Generales del Estado.

Con esta iniciativa política se aborda la solución de un problema social de indudable importancia, y se avanza en la protección integral de las familias y de los hijos y de las hijas, cumpliendo el mandato de la Constitución<sup>391</sup>.

En nuestra sociedad actual, se ha detectado un problema social, derivado de los incumplimientos del pago de alimentos, establecidos a favor de las hijas y los hijos menores de edad, en los supuestos de divorcio, separación, declaración de nulidad del matrimonio<sup>392</sup>, o en procesos de filiación o de alimentos.

<sup>389</sup> Tribunal Supremo Sala Primera de lo Civil, Sentencia de fecha 14 de octubre de 2014, [LA LEY 141924/2014].

<sup>390</sup> Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, de organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos.

<sup>391</sup> Artículo 39 de la Constitución.

<sup>392</sup> Artículo 93 del Código Civil.



Estos incumplimientos de obligaciones establecidas judicialmente se producen, muy frecuentemente, de forma deliberada, por la negativa de la obligada o del obligado al pago de alimentos a satisfacerlos y, en otros casos, por la imposibilidad real del deudor o de la deudora de hacerlos efectivos.

En ambos supuestos, el resultado es que se producen numerosas situaciones de precariedad para los hijos e hijas menores y, con ello, para la unidad familiar en que se integran, junto con la persona que los tiene bajo su guarda y custodia.

Las cantidades que se abonen con cargo al fondo, tendrán la consideración de anticipos, y deberán ser reembolsadas o reintegradas a favor del Estado por el obligado o por la obligada al pago de alimentos.

El Estado se subrogará de pleno derecho, hasta el total importe de los pagos satisfechos a la persona interesada, en los derechos que asisten al mismo, frente al obligado o a la obligada al pago de alimentos, teniendo dicho importe la consideración de derecho de naturaleza pública.

Las liquidaciones que no hayan sido satisfechas en periodo voluntario, serán recaudadas en periodo ejecutivo, mediante el procedimiento administrativo de apremio.

## 12.7. ALIMENTOS DE MENORES EN CASOS PARTICULARES.

A) En los casos de declaración de situación de desamparo, o de asunción de la guarda por resolución administrativa o judicial<sup>393</sup>, podrá establecerse por la Entidad Pública la cantidad que deben abonar los progenitores o tutores para contribuir, en concepto de alimentos, y en función de sus posibilidades, a los gastos:

- derivados del cuidado y atención del menor o de la menor,
- derivados de la responsabilidad civil, que pudiera imputarse a los menores y a las menores por actos realizados por ellos y ellas.

B) Las prestaciones económicas de atención a las personas en situación de dependencia<sup>394</sup>, u otros salarios, sueldos, pensiones, retribuciones o sus equivalentes, que no excedan de la cuantía del salario mínimo interprofesional, no pueden ser embargadas salvo en el caso de pago de alimentos, en los que será el Tribunal el que fijará la cantidad que pueda ser objeto de embargo.<sup>395</sup>

---

<sup>393</sup> Artículo 172 ter párrafo 4 del Código Civil.

<sup>394</sup> Artículo 14 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

<sup>395</sup> Artículos 607 y 608 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.



De este modo se preserva el interés del menor y de la menor.

El Tribunal Supremo <sup>396</sup> desestimó la pretensión de un progenitor, que ejerció una acción por enriquecimiento injusto contra la madre, para obtener el reembolso de los alimentos entregados a quien creía hijo, una vez declarada judicialmente la inexistencia de una relación paterno filial. Sin embargo, pese a la denegación por la Sentencia de esta pretensión, existe un voto particular de dos Magistrados, que se pronuncian afirmativamente sobre esta cuestión, en correlación con una nueva Ley de Alemania que, siguiendo esta línea doctrinal, va más allá, obligando a las madres, bajo pena de sanción, a enumerar los amantes frecuentados durante el momento de la concepción susceptibles de ostentar dicha paternidad.

El Tribunal Supremo <sup>397</sup> no estima la reclamación de una progenitora de los alimentos de su hijo con efectos retroactivos, cuando se reconoce judicialmente la filiación paterna. Los alimentos solo se abonan desde la fecha de la demanda. Los que ya se han prestado, se han consumido, desapareciendo la necesidad. Así, si el alimentista carece de acción para ampliar su reclamación de alimentos a un momento anterior, con mayor motivo no la tendrá su madre a través de la acción de reembolso.

---

<sup>396</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 202/2015, de 24 de abril. [LA LEY 55079/2015]

<sup>397</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de septiembre de 2016, [LA LEY 127151/2016].



## 13 LA TUTELA ADMINISTRATIVA O “EX LEGE”, Y OTRAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS EN SITUACIÓN DE DESPROTECCIÓN DEL MENOR Y DE LA MENOR.<sup>398</sup>

### 13.1. ASPECTOS GENERALES DE LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES Y DE LAS MENORES POR LOS PODERES PÚBLICOS.

#### 13.1.1. La protección de los poderes públicos en el ámbito internacional de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Convención sobre los Derechos del niño<sup>399</sup> reconoce que los Estados Partes velarán porque el niño y la niña no se vean separados de sus padres, contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria, en el interés superior del menor.

---

<sup>398</sup> El desamparo de Menores: Normativa y práctica del Principado de Asturias”, publicado en el año 2011 por la Editorial EDIUNO, de Irene Arce Fernández.

<sup>399</sup> Artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.





Además, reconoce también que tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado:<sup>400</sup>

- los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar o,
- cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio.

Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños y niñas.

Entre esos cuidados figurarán, entre otras medidas:

- a) la colocación en hogares de guarda,
- b) la Kafala del derecho islámico,
- c) la adopción,
- d) la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores.

Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación de la niña y del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

### 13.1.2. Ámbito estatal de protección de los poderes públicos.

La protección de los menores por los poderes públicos, se realizará mediante:

- actuaciones de prevención, de detección y reparación de las situaciones de riesgo;
- el establecimiento de los servicios y recursos necesarios, adecuados para la actuación en situaciones de desprotección social del menor, para el ejercicio de su guarda y, en los casos de declaración de desamparo, para la asunción de la tutela por ministerio de la ley.<sup>401</sup>

Las prestaciones en materia de protección de menores garantizarán que el menor y la menor, en toda actuación protectora, goce de los derechos individuales y colectivos reconocidos por el ordenamiento jurídico.<sup>402</sup>

En las actuaciones de protección, deberán primar, en todo caso:

1. las medidas familiares frente a las residenciales,
2. las estables frente a las temporales,
3. las consensuadas frente a las impuestas.

Los poderes públicos velarán para que los progenitores, tutores, guardadores o acogedores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades, y les facilitarán servicios accesibles de prevención, asesoramiento y acompañamiento, en todas las áreas que afectan al desarrollo de los menores.

---

<sup>400</sup> Artículo 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>401</sup> Artículo 12 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>402</sup> Artículo 25 de la Ley del Principado de Asturias 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales.



En toda intervención se procurará contar con la colaboración del menor y de la menor, y su familia, y no interferir en su vida escolar, social o laboral.<sup>403</sup>

Cuando los menores se encuentren bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica, las actuaciones de los poderes públicos estarán encaminadas a garantizar el apoyo necesario para procurar la permanencia de los menores, con independencia de su edad, con aquellas, así como su protección, atención especializada y recuperación.

Cualquier medida de protección no permanente que se adopte respecto de menores se revisará:

- a) cada tres meses si son menores de tres años,
- b) cada seis meses, respecto de mayores de esa edad.

Además de las distintas funciones atribuidas por la Ley, la Entidad Pública remitirá al Ministerio Fiscal, informe justificativo de la situación de un determinado menor, cuando éste se haya encontrado en acogimiento residencial o acogimiento familiar temporal, durante un periodo superior a dos años, debiendo justificar la Entidad Pública las causas por las que no se ha adoptado una medida protectora de carácter más estable en ese intervalo.

## 13.2. LA GUARDA PROVISIONAL COMO MEDIDA DE ATENCIÓN INMEDIATA.

Las autoridades y servicios públicos tendrán la obligación, de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencia, o de dar traslado en otro caso al órgano competente, y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor o, cuando sea necesario, de la Entidad Pública y del Ministerio Fiscal.<sup>404</sup>

La Entidad Pública podrá asumir, en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la guarda provisional de un menor, mediante resolución administrativa, que será comunicada al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para:

- identificar al menor,
- investigar sus circunstancias,
- constatar, en su caso, la situación real de desamparo.<sup>405</sup>

Tales diligencias se realizarán en el plazo más breve posible, durante el cual deberá procederse, en su caso, a la declaración de la situación de desamparo y consecuente asunción de la tutela, o a la promoción de la medida de protección precedente.

<sup>403</sup> Artículo 15 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>404</sup> Artículo 14 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>405</sup> Artículo 172.4 y 5 del Código Civil.



Si existieran personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, pudieran asumir la tutela en interés de éste, se promoverá el nombramiento de tutor o de tutora, conforme a las reglas ordinarias.

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

La guarda provisional cesará por las mismas causas que la tutela.

No hay que olvidar que, si bien la guarda provisional es imprescindible para atender situaciones de urgencia, debe tener límites temporales, para evitar generar situaciones de inseguridad jurídica.<sup>406</sup>

### **13.3.** LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA SITUACIÓN DE RIESGO DE UN MENOR.

#### **13.3.1.** Consideraciones de ámbito internacional.

Los Estados Partes de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño y a la niña, contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental<sup>407</sup>, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras la niña o el niño se encuentren bajo la custodia de su padre o de su madre, de un representante legal o de una representante legal, o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

Estas medidas de protección deberían comprender, según corresponda:

- procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño, a la niña y a quienes cuidan de él;
- otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño o a la niña;
- la intervención judicial.

---

<sup>406</sup> Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>407</sup> Artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.



### 13.3.2. Consideraciones de ámbito estatal sobre la situación de riesgo de un menor.<sup>408</sup>

Se considerará situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor, se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos, de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia, que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, sea precisa la intervención de la Administración Pública competente para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan, y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar.

La intervención adecuada para paliar e intervenir en las situaciones de riesgo en que pueden encontrarse los menores, se torna de capital importancia para preservar su superior interés, evitando en muchos casos que la situación se agrave, y que deban adoptarse decisiones mucho más traumáticas y de mayor coste individual, familiar y social, como la separación del menor de su familia.<sup>409</sup>

A tales efectos, se considerará indicador de riesgo, entre otros, el tener un hermano o una hermana declarados en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente.

La concurrencia de circunstancias o carencias materiales, se considerará indicador de riesgo, pero nunca podrá desembocar en la separación del entorno familiar.

En situación de riesgo de cualquier índole, la intervención de la Administración Pública competente, deberá:

1. garantizar, en todo caso, los derechos del menor,
2. disminuir los indicadores de riesgo y dificultad que incidan en la situación personal, familiar y social en que se encuentre,
3. promover medidas para su protección y preservación del entorno familiar.

La intervención en la situación de riesgo corresponde a la Administración Pública competente, conforme a lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica aplicable, en coordinación con:

- a) los centros escolares,
- b) los servicios sociales,
- c) los servicios sanitarios,
- d) las entidades colaboradoras del respectivo ámbito territorial o cualesquiera otras entidades.

La valoración de la situación de riesgo conllevará, la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención social y educativo familiar, manteniendo a al menor en su medio familiar, que deberá recoger:

- los objetivos,
- las actuaciones,
- los recursos,
- la previsión de plazos,
- los factores de protección del menor,

<sup>408</sup> Artículo 17 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>409</sup> Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.



Se procurará la participación de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores en la elaboración del proyecto.

En cualquier caso, será oída y tenida en cuenta la opinión de éstos en el intento de consensuar el proyecto, que deberá ser firmado por las partes, para lo que se les comunicará de manera comprensible, y en formato accesible.

También se comunicará y consultará con el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años.

Los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, dentro de sus respectivas funciones, colaborarán activamente, según su capacidad, en la ejecución de las medidas indicadas en el referido proyecto.

La omisión de la colaboración prevista en el mismo dará lugar a la declaración de la situación de riesgo del menor.

En conclusión, la Ley <sup>410</sup> prevé que el proyecto de actuación pueda ser consensuado con los progenitores u otros responsables legales, respondiendo así al principio ya aludido de primar las soluciones consensuadas frente a las impuestas.

En caso de que se nieguen a su suscripción o no colaboren posteriormente en el mismo, se declarará la situación de riesgo mediante resolución administrativa, a fin de garantizarles la información de cómo deben actuar para evitar una ulterior declaración de desamparo.

### **13.3.3.** La declaración de la situación de riesgo del menor. <sup>411</sup>

La situación de riesgo será declarada por la Administración Pública competente, conforme a lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica aplicable, mediante una resolución administrativa motivada, previa audiencia a los progenitores, tutores, guardadores y acogedores, y del menor o la menor si tiene suficiente madurez, y en todo caso, a partir de los doce años.

La resolución administrativa incluirá las medidas tendentes a corregir la situación de riesgo de la menor o del menor, incluidas las atinentes a los deberes al respecto de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores.

Frente a la resolución administrativa que declare la situación de riesgo del menor o de la menor, se podrá interponer recurso conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil. <sup>412</sup>

---

<sup>410</sup> Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>411</sup> Artículo 17 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>412</sup> Artículo 780 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.



En los supuestos en que la Administración Pública competente para apreciar e intervenir en la situación de riesgo, estime que existe una situación de desprotección que puede requerir la separación del menor o de la menor de su ámbito familiar, o cuando, concluido el periodo previsto en el proyecto de intervención o convenio, no se hayan conseguido cambios en el desempeño de los deberes de guarda, que garanticen que el menor cuenta con la necesaria asistencia moral o material, lo pondrá en conocimiento de la Entidad Pública, a fin de que valore la procedencia de declarar la situación de desamparo, comunicándolo al Ministerio Fiscal.

Cuando la Entidad Pública considere, que no procede declarar la situación de desamparo, pese a la propuesta en tal sentido formulada por la Administración Pública competente para apreciar la situación de riesgo, lo pondrá en conocimiento de la Administración Pública que haya intervenido en la situación de riesgo y del Ministerio Fiscal.

Este último hará una supervisión de la situación del menor, pudiendo para ello recabar la colaboración de los centros escolares y los servicios sociales, sanitarios o cualesquiera otros.

### 13.3.4. Situaciones de posible riesgo prenatal de un nasciturus.<sup>413</sup>

La Administración Pública competente para intervenir en la situación de riesgo adoptará, en colaboración con los servicios de salud correspondientes, las medidas adecuadas de prevención, intervención y seguimiento, de las situaciones de posible riesgo prenatal, a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido o de la recién nacida.

A tales efectos, se entenderá por situación de riesgo prenatal:

1. la falta de cuidado físico de la mujer gestante, o el consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo;
2. cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por ésta, que perjudique el normal desarrollo;
3. cualquier otra acción que pueda provocar enfermedades, o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido.

Los servicios de salud y el personal sanitario deberán notificar esta situación:

- a) a la Administración Pública competente,
- b) al Ministerio Fiscal.

Tras el nacimiento se mantendrá la intervención con el menor o con la menor y su unidad familiar para que, si fuera necesario, se declare la situación de riesgo o desamparo del menor o de la menor, para su adecuada protección.

---

<sup>413</sup> Artículo 17.9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.



En Asturias, destaca la existencia de centros para mujeres con grave problemática sociofamiliar<sup>414</sup>, que son centros de alojamiento temporal, que:

- posibilitan la atención integral de mujeres gestantes, o con hijos o hijas a su cargo, en situación de riesgo social;
- garantizan el bienestar de los menores y las menores, y la salvaguarda de su seguridad e integridad básica;
- eliminan o aminoran los factores que en cada caso están provocando la situación de riesgo de desprotección.

Desde estos centros se prestará el servicio de atención a mujeres gestantes, o con hijos o hijas a su cargo, en situación de riesgo social.

### 13.3.5. Situaciones de intervención por posible riesgo sanitario.<sup>415</sup>

La negativa de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores a prestar el consentimiento, respecto de los tratamientos médicos necesarios para salvaguardar la vida o integridad física o psíquica de un menor o de una menor, constituye una situación de riesgo.

En tales casos, las autoridades sanitarias, pondrán inmediatamente en conocimiento de la Autoridad Judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, tales situaciones, a los efectos de que se adopte la decisión correspondiente en salvaguarda del mejor interés de la menor o del menor.

## 13.4. LAS MEDIDAS DE APOYO FAMILIAR.

A los efectos de garantizar y promover los derechos de los menores y las menores, los Estados Partes de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>416 417</sup>:

- adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño o la niña, a dar efectividad al derecho de todo niña o niño a un nivel de vida adecuado;
- proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda;
- prestarán la asistencia apropiada a los padres y madres, y a los representantes legales, para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño o de la niña;
- velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños y las niñas.

<sup>414</sup> Artículo 3 del Decreto del Principado de Asturias 43/2011, de 17 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de autorización, acreditación, registro e inspección de centros y servicios sociales.

<sup>415</sup> Artículo 17.10 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>416</sup> Artículo 27.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>417</sup> Artículo 18.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.



El apoyo familiar, como medida de protección de menores, se dirige a procurar las necesidades básicas del menor, mejorando su medio familiar y manteniéndolo en el mismo, promoviendo su desarrollo integral a través de los recursos establecidos en la presente Ley.<sup>418</sup>

Las medidas de apoyo familiar tienen por finalidad orientar, asesorar y dar apoyo a la familia, favoreciendo el desarrollo de la convivencia y previniendo la marginación social.<sup>419</sup>

Son recursos de apoyo familiar en el Principado de Asturias:

- Las prestaciones económicas o en especie, con independencia de quien sea el perceptor.
  - Son aquellos apoyos que se facilitan cuando la causa determinante del riesgo para el desarrollo integral del menor proceda de carencias o insuficiencia de recursos de su medio familiar.
  - Una prestación en especie puede ser el recurso de centro de día. Los centros de día para menores, son centros de apoyo a la familia, cuando ésta atraviesa una situación de especial dificultad para hacerse cargo de sus hijos o hijas en horario extraescolar, teniendo carácter complementario de otras medidas de intervención social.<sup>420</sup>
- La ayuda a domicilio.

La ayuda a domicilio se materializa a través de los servicios o prestaciones de orden material, formativo o psicosocial prestados preferentemente en el domicilio de la familia del menor, con la finalidad de mantener el hogar familiar como soporte básico y facilitar su normal integración social.

- La intervención técnica.

La intervención técnica pretende, a través de las actuaciones profesionales que la integran:

- restablecer y facilitar el adecuado ejercicio de las funciones parentales,
- mejorar las relaciones socio-familiares,
- promover el desarrollo y bienestar del menor.

Los tres recursos de apoyo familiar señalados anteriormente, podrán prestarse con carácter simultáneo, si las circunstancias que los originan inciden conjuntamente sobre el menor.

En la prestación de tales recursos, la familia del menor o de la menor que resultase beneficiaria de los mismos, deberá cooperar en la consecución de los compromisos y objetivos que la propia prestación comporte.

Las medidas de apoyo familiar podrán cesar por ausencia de la cooperación mínima por parte de la familia de la menor o del menor.

---

<sup>418</sup> Artículo 24 a 30 de la Ley 1/1995, del Principado de Asturias, de 27 de enero, de Protección del Menor.

<sup>419</sup> Artículo 26 de la Ley del Principado de Asturias 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales.

<sup>420</sup> Artículo 3 del Decreto del Principado de Asturias 43/2011, de 17 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de autorización, acreditación, registro e inspección de centros y servicios sociales.



La Jurisprudencia,<sup>421</sup> señala que los Jueces, no pueden imponer a los padres, la obligación de realizar una terapia familiar que no desean.: <Pese a la evolución legislativa encaminada a otorgar a los jueces un amplio margen de actuación de oficio cuando se trata de tomar medidas para evitar perjuicios a los menores, no existe ningún precepto que permita compeler a una persona a recibir, sin su consentimiento, tratamientos terapéuticos de carácter familiar. Los Tribunales únicamente pueden exhortar a la realización de tales terapias y valorar la actitud de los progenitores que prescindan de sus recomendaciones.> Por todo ello, el Tribunal acuerda suprimir del fallo de la sentencia recurrida la obligación de sometimiento a terapia familiar y sustituirla por una recomendación, reemplazando la expresión "siendo imprescindible" por "siendo recomendable".

## 13.5. LA SITUACIÓN DE DESAMPARO Y ASUNCIÓN DE TUTELA POR MINISTERIO DE LA LEY [TUTELA ADMINISTRATIVA O TUTELA EX LEGE].

### 13.5.1. Protección internacional.<sup>422</sup>

Los Estados Partes velarán porque el niño y la niña no se vean separados de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de la revisión judicial, la autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del menor o de la menor.

Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño o la niña sean objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres.

### 13.5.2. Concepto de desamparo en nuestro ordenamiento jurídico español.<sup>423</sup>

La situación de desamparo es la situación de hecho, en que se encuentra un menor de edad, al quedar privado de la necesaria asistencia moral o material.

- cuando sus progenitores incumplen,
- cuando no ejercen adecuadamente los deberes de protección,
- cuando existe una causa que les imposibilite para ejercer la patria potestad.

En materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, el Tribunal Supremo ha declarado: <el juicio sobre lo acertado o desacertado de una decisión administrativa de tutela y protección de un menor en situación de desamparo no puede hacerse retrospectivamente, años después, cuando la situación de los padres ha podido llegar a ser otra por razón de una evolución personal favorable, sino que debe venir referida al tiempo de la adopción de dichas medidas tuitivas, atendidas las circunstancias concurrentes en ese momento>.<sup>424</sup>

<sup>421</sup> Sentencia de 28 de julio de 2016, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, [LA LEY 120215/2016].

<sup>422</sup> Artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>423</sup> Artículo 18.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>424</sup> Tribunal Supremo [Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 6ª], en Sentencia de 28 de noviembre de 2012.



### 13.5.3. Efectos de la declaración de desamparo.<sup>425 426</sup>

La constatación de que un menor se encuentra en situación de desamparo, determina que la Entidad Pública, a la que en el respectivo territorio se encomienda la protección de menores, tenga por ministerio de la Ley la tutela del mismo, debiendo adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

La asunción de tutela atribuida a la Entidad Pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria.

No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial, que realicen los progenitores o tutores en representación del menor, y que sean de interés de éste.

La Entidad Pública y el Ministerio Fiscal podrán promover, si procediere, la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela.

### 13.5.4. Notificación de la declaración de desamparo.<sup>427</sup>

La declaración de desamparo:

- se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, como todas las medidas de protección.
- deberá notificarse a los progenitores, tutores o guardadores del menor o de la menor,
- y además, deberá notificarse al menor afectado o a la menor afectada, si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años.

Esta notificación:

1. se hará de forma inmediata y, en todo caso, sin que sobrepase el plazo máximo de cuarenta y ocho horas;
2. será clara, comprensible y en formato accesible la información, incluyendo las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y los efectos de la decisión adoptada, y en el caso del menor, adaptada a su grado de madurez;
3. se facilitará esta información de carácter presencial siempre que sea posible, y especialmente en el caso del menor o de la menor.

<sup>425</sup> Artículo 18.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>426</sup> Artículo 172.1 del Código Civil.

<sup>427</sup> Artículo 172.1 del Código Civil.



### 13.5.5. Revocación de la situación de desamparo.<sup>428</sup>

Los progenitores que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida, o los tutores o las tutoras que tengan suspendida la tutela, podrán solicitar a la Entidad Pública que cese la suspensión y quede revocada la declaración de situación de desamparo del menor o de la menor, si:

- entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela, por cambio de las circunstancias que la motivaron;
- presentan la solicitud de revocación durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo.

Igualmente, durante el mismo plazo, podrán oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor o de la menor.

Pasado dicho plazo, decaerá el derecho de los progenitores y los tutores a solicitar u oponerse a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor o de la menor.

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

En todo caso, trascurridos los dos años, únicamente el Ministerio Fiscal estará legitimado para oponerse a la resolución de la Entidad Pública.

Durante ese plazo de dos años, la Entidad Pública, ponderando la situación y poniéndola en conocimiento del Ministerio Fiscal, podrá adoptar cualquier medida de protección, incluida la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen.

La Entidad Pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá revocar la declaración de situación de desamparo y decidir el retorno del menor con su familia, siempre que se entienda que es lo más adecuado para su interés.

Dicha decisión se notificará al Ministerio Fiscal.

---

<sup>428</sup> Artículo 172.2 y 3 del Código Civil.



El Tribunal Supremo <sup>429</sup> ha declarado que el Juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración, debe contemplar el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración, con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad. Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica, no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre, teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico. El Tribunal Supremo <sup>430</sup> deniega la indemnización por la excesiva duración del procedimiento y la ineficacia del sistema para dar una resolución satisfactoria a la situación de una madre biológica, permitiendo que su vida familiar se desarrollase con normalidad y en la forma ordenada judicialmente, en cuanto a la devolución de sus dos hijos menores desde la situación de acogida en que se encontraban. Razona que el Juzgado había intentado ejecutar en sus términos la sentencia de la Audiencia, lo que no fue posible por la rotunda negativa de los hijos a volver con su madre, por lo que el Juzgado propuso medidas alternativas, inicialmente aceptadas por la demandante, aunque tampoco tuvieron el éxito pretendido. Tampoco durante la tramitación del recurso de amparo, los órganos judiciales permanecieron pasivos a resultas de lo que resolviera el Tribunal Constitucional, sino que intentaron llevar a cabo lo resuelto de acuerdo con los informes técnicos y teniendo en cuenta, en todo caso, el interés superior de los menores.

<sup>429</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala Primera de lo Civil, de fecha 31 de julio de 2009, [LA LEY 184099/2009]. Los criterios de esta relevante Sentencia, han sido incorporados a Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, a través de la reforma llevada a cabo por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, según expone de forma expresa en su Preámbulo.

<sup>430</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de la Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo, de fecha 19 de julio de 2011, [LA LEY 159939/2011].



### 13.5.6. Causas de la declaración de desamparo.<sup>431</sup>

En particular, se entenderá que existe situación de desamparo, cuando se de alguna o algunas de las siguientes circunstancias, con la suficiente gravedad que, valoradas y ponderadas, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor o de la menor.

A) El abandono del menor.

El abandono del menor:

- porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda,
- porque éstas no quieran o no puedan ejercerla.

B) El transcurso del plazo de guarda voluntaria.

El transcurso del plazo de guarda voluntaria, salvo los casos excepcionales en los que la guarda voluntaria, pueda ser prorrogada más allá del plazo de dos años:

- cuando sus responsables legales se encuentren en condiciones de hacerse cargo de la guarda del menor y no quieran asumirla,
- cuando, deseando asumirla, no estén en condiciones para hacerlo.

C) El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor.

En particular, cuando por parte de las personas de la unidad familiar, o de terceros con consentimiento de aquellas, se produzcan:

1. malos tratos físicos graves,
2. abusos sexuales,
3. negligencia grave, en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud, por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de aquellas,
4. que el menor, sea identificado como víctima de trata de seres humanos, y haya un conflicto de intereses con los progenitores, tutores y guardadores,
5. un consumo reiterado de sustancias con potencial adictivo, o la ejecución de otro tipo de conductas adictivas, de manera reiterada por parte del menor, con el conocimiento, consentimiento o la tolerancia de los progenitores, tutores o guardadores;
  - se entiende que existe tal consentimiento o tolerancia, cuando no se hayan realizado los esfuerzos necesarios para paliar estas conductas, como la solicitud de asesoramiento, o el no haber colaborado suficientemente con el tratamiento, una vez conocidas las mismas;
  - se entiende por consumo habitual, los criterios de consumo perjudicial, abuso o dependencia, según las definiciones de la Organización Mundial de la Salud;<sup>432</sup>
6. perjuicios graves al recién nacido o para la recién nacida causados por maltrato prenatal.

<sup>431</sup> Artículo 18.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>432</sup> Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.



D) El riesgo para la salud mental del menor o de la menor.

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

Cuando esta falta de atención, esté condicionada por un trastorno mental grave, por un consumo habitual de sustancias con potencial adictivo, o por otras conductas adictivas habituales, se valorará como un indicador de desamparo, la ausencia de tratamiento por parte de sus representantes legales, o la falta de colaboración suficiente durante el mismo.

E) El incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda, como consecuencia del grave deterioro del entorno, o de las condiciones de vida familiares, cuando den lugar a circunstancias, o comportamientos, que perjudiquen el desarrollo del menor o de la menor, o su salud mental.

F) La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación de la menor o del menor, de similar naturaleza o gravedad.

G) La ausencia de escolarización, o falta de asistencia reiterada y no justificada adecuadamente al centro educativo, y la permisividad continuada, o la inducción al absentismo escolar, durante las etapas de escolarización obligatoria.

H) Cualquier otra situación gravemente perjudicial para el niño o la niña, que traiga causa del incumplimiento, o del imposible, o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas, mientras permanezca en su entorno de convivencia.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos <sup>433</sup> declaró vulnerado el derecho al respeto de la vida privada y familiar, garantizado en el artículo 8 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, en el caso K.A.B. contra España. Se trata de un extranjero natural de Nigeria y residente en Barcelona, cuyo hijo es adoptado, después de la expulsión de la madre, y sin su consentimiento. El servicio de protección de menores asumió la tutela del niño, para después asignarle una familia de acogida. Los trámites iniciados por el interesado, teniendo en cuenta la situación precaria en la que se encontraba, muestran el interés del padre por recuperar a su hijo. Las decisiones de los Tribunales españoles, negando todo contacto con el niño, vulneran su derecho al respeto de la vida privada, impidiendo la reagrupación familiar del interesado y de su hijo. La decisión por la que se reconoce el abandono del menor, fue provocada, en parte, por la Administración, al no informar convenientemente al padre de los pasos a seguir, en cuanto al pago del test de paternidad, y no contactando con él aun teniendo sus datos. Las autoridades españolas no se esforzaron suficientemente, para proteger el derecho del interesado y de su hijo a su vida privada, no permitiendo la reagrupación familiar.

<sup>433</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección Tercera, de fecha 10 de abril de 2012, [LA LEY 43583/2012].



### 13.5.7. Otros indicadores de la situación de desamparo.<sup>434</sup>

La situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores, no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo.

Asimismo, en ningún caso, se separará a un menor o a una menor de sus progenitores, en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos.

Se considerará un indicador de desamparo, entre otros, el tener un hermano o una hermana declarados en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente.

### 13.5.8. Cese de la tutela.<sup>435 436</sup>

La Entidad Pública, cesará en la tutela que ostente sobre los menores declarados en situación de desamparo, cuando:

- constate, mediante los correspondientes informes, la desaparición de las causas que motivaron su asunción,
- cumpla el menor o la menor los dieciocho años de edad,
- se constituya la adopción del tutelado o la tutelada menor de edad,
- se conceda al menor o a la menor el beneficio de la mayor edad,
- habiéndose originado por privación o suspensión de la patria potestad, el titular de ésta la recupere,
- se compruebe fehacientemente alguna de las siguientes circunstancias:
  1. que el menor se ha trasladado voluntariamente a otro país,
  2. que el menor se encuentra en el territorio de otra Comunidad Autónoma, cuya Entidad Pública:
    - hubiere dictado resolución sobre declaración de situación de desamparo, y asumido su tutela o medida de protección correspondiente,
    - entendiere que ya no es necesario adoptar medidas de protección a tenor de la situación del menor,
  3. que hayan transcurrido seis meses, desde que el menor abandonó voluntariamente el centro de protección, encontrándose en paradero desconocido.

Estos supuestos de ceses de la tutela administrativa introducidos en la reforma de la legislación de infancia del año 2015, responden a la creciente movilidad de algunos menores protegidos.<sup>437</sup>

<sup>434</sup> Artículo 18.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>435</sup> Artículo 172.5 del Código Civil.

<sup>436</sup> Artículos 276 y 277 del Código Civil.

<sup>437</sup> Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.



### 13.5.9. Índices de tutelas y órganos que ejercen las tutelas.

Para el ejercicio de la función de vigilancia atribuida al Ministerio Fiscal, se llevará en cada Fiscalía un Índice de Tutelas de Menores.<sup>438</sup>

Cada Entidad Pública designará el órgano que ejercerá la tutela de acuerdo con sus estructuras orgánicas de funcionamiento.<sup>439</sup>

## 13.6. GUARDA DE MENORES ASUMIDA POR LA ENTIDAD PÚBLICA.

### 13.6.1. Los supuestos de asunción de la guarda por la Entidad Pública.<sup>440 441</sup>

La Entidad Pública asumirá la guarda de una menor o de un menor:

- cuando se declare al menor o a la menor en situación de desamparo,
- cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda, adoptando la medida de protección correspondiente,
- cuando los progenitores o los tutores no puedan cuidar a un menor por circunstancias graves y transitorias.

### 13.6.2. La guarda voluntaria a instancia de los progenitores o tutores.<sup>442 443</sup>

Los progenitores o los tutores, cuando por circunstancias graves y transitorias, debidamente acreditadas, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la Entidad Pública que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario.

Esta guarda voluntaria, tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor o de la menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de la medida, por la previsible reintegración familiar en un plazo breve de tiempo.

De esta manera, se pretende evitar que se hagan crónicas situaciones de guardas voluntarias en las que los progenitores ceden el cuidado de sus hijos o hijas a las Administraciones Públicas "sine die", privándoles por esta vía de soluciones familiares y permanentes, precisamente durante los años clave de la primera infancia.<sup>444</sup>

<sup>438</sup> Artículo 23 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>439</sup> Artículo 18.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>440</sup> Artículo 19.1 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>441</sup> Artículo 172.bis.2 del Código Civil.

<sup>442</sup> Artículo 172.bis del Código Civil.

<sup>443</sup> Artículo 19.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>444</sup> Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.



Transcurrido el plazo, o la prórroga, en su caso, el menor o la menor deberá:

- regresar con sus progenitores o tutores,
- ser declarado o declarada en situación legal de desamparo.

La entrega voluntaria de la guarda se hará por escrito, dejando constancia de:

1. que los representantes legales han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del menor o de la menor,
2. la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Entidad Pública,
3. la continuidad de los apoyos especializados que vinieran recibiendo los menores con discapacidad, o la adopción de otros más adecuados a sus necesidades.
4. el compromiso de la familia a someterse, en su caso, a la intervención profesional.

La guarda se realizará:<sup>445</sup>

- mediante el acogimiento familiar y, no siendo éste posible o conveniente para el interés del menor,
- mediante el acogimiento residencial.

La resolución administrativa sobre la asunción de la guarda por la Entidad Pública, así como sobre cualquier variación posterior de su forma de ejercicio, será:

- a) fundamentada y comunicada a los progenitores, o tutores, y al Ministerio Fiscal,
- b) notificada a los progenitores o tutores, que no estuvieran privados de la patria potestad o tutela, así como al Ministerio Fiscal.

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

La situación del menor en relación con su familia de origen, tanto en lo que se refiere a su guarda como al régimen de visitas y otras formas de comunicación, será revisada, al menos, cada seis meses.

---

<sup>445</sup> Artículo 172 ter del Código Civil.



### **13.7.** LA DELEGACIÓN DE GUARDA PARA ESTANCIAS, SALIDAS DE FIN DE SEMANA O VACACIONES.<sup>446</sup>

La Entidad Pública, podrá acordar, en relación con el menor en acogida familiar o residencial, cuando sea conveniente a su interés, estancias, salidas de fines de semana o de vacaciones:

1. con familias,
2. con instituciones dedicadas a estas funciones.

A tal efecto, solo se seleccionará a personas o instituciones adecuadas a las necesidades del menor.

Dichas medidas deberán ser acordadas una vez haya sido oído el menor o la menor, si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años.

La delegación de guarda para estancias, salidas de fin de semana o vacaciones contendrá:

- los términos de la misma, y la información que fuera necesaria para asegurar el bienestar del menor,
- todas las medidas restrictivas que haya establecido la Entidad Pública o el Juez o la Jueza.

Dicha medida, será comunicada a los progenitores o tutores, siempre que no hayan sido privados del ejercicio de la patria potestad, o removidos del ejercicio de la tutela, así como a los acogedores.

Se preservarán los datos de estos y estas guardadores y guardadoras, cuando resulte conveniente para el interés de la menor o del menor, o concurra justa causa.

---

<sup>446</sup> Artículo 172.ter.3 del Código Civil.



## 13.8. EL ACOGIMIENTO FAMILIAR.

### 13.8.1. Delimitación conceptual del acogimiento familiar.<sup>447 448</sup>

La guarda de los menores declarados en desamparo, o bajo guarda de la Entidad Pública, se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo este posible, o conveniente para el interés de los menores y las menores, mediante el acogimiento residencial.

El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de la familia, e impone a quien recibe al menor o a la menor, las obligaciones de:

1. velar por él o por ella,
2. tenerlo o tenerla en su compañía,
3. alimentarlo o alimentarla,
4. educarlo o educarla,
5. procurarle una formación integral en un entorno afectivo.

En el caso de menores con discapacidad, deberá continuar con los apoyos especializados que viniera recibiendo, o adoptar otros más adecuados a sus necesidades.

El acogimiento familiar:

- se realizará por la persona o personas que determine la Entidad Pública.
- requerirá el consentimiento de los acogedores y del menor acogido o de la menor acogida, si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años.

Todas las actuaciones de formalización y cesación del acogimiento se practicarán con la obligada reserva.

Las Administraciones Públicas realizarán las actuaciones necesarias para establecer un mecanismo eficaz, que permita la asignación a familias adecuadas, de aquellos menores con un perfil determinado, en cuya Comunidad Autónoma no existan ofrecimientos de familias para acogimientos.<sup>449</sup>

<sup>447</sup> Artículo 172 ter.1 del Código Civil.

<sup>448</sup> Artículo 173 del Código Civil.

<sup>449</sup> Disposición adicional quinta de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.



### 13.8.2. Modalidades de acogimiento familiar.<sup>450</sup>

A) El acogimiento familiar, en razón de la vinculación familiar del menor con la familia acogedora, podrá tener lugar:<sup>451</sup>

1. en la propia familia extensa del menor,
2. en una familia ajena.

B) El acogimiento en familia ajena podrá ser:

- Especializado.

El acogimiento especializado es el acogimiento 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.

- El acogimiento especializado podrá ser profesionalizado:
  - cuando, reuniendo los requisitos anteriormente citados de cualificación, experiencia y formación específica, exista una relación laboral del acogedor o los acogedores con la Entidad Pública.

C) El acogimiento familiar podrá adoptar las siguientes modalidades atendiendo a su duración y objetivos:<sup>452</sup>

- Acogimiento familiar de urgencia.

Principalmente para menores de seis años, que tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda.

- Acogimiento familiar temporal:

a) tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor o de la menor se prevea la reintegración de éste o de ésta en su propia familia, o bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable, como el acogimiento familiar permanente, o la adopción;

b) este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor o de la menor aconseje la prórroga de la medida, por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva.

<sup>450</sup> El Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, explica que se ha suprimido con esta reforma el acogimiento provisional, que ya no es necesario por la simplificación del acogimiento familiar, así como se ha suprimido también el acogimiento preadoptivo que, en definitiva, es actualmente una fase del procedimiento de adopción.

<sup>451</sup> Artículo 20.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>452</sup> Artículo 173 bis.2 del Código Civil.



- Acogimiento familiar permanente.

a) se constituirá:

- al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal, por no ser posible la reintegración familiar,
- directamente en casos de menores con necesidades especiales,
- cuando así lo aconsejen las circunstancias del menor o de la menor y su familia;

b) la Entidad Pública podrá solicitar del Juez o de la Jueza, que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior de la menor o del menor;

c) la revisión de la medida tendrá lugar el primer año cada seis meses y, a partir del segundo año, cada doce meses.<sup>453</sup>

### 13.8.3. Formalización del acogimiento familiar.<sup>454</sup>

a) El acogimiento familiar 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.

b) En esta valoración, se tendrá en cuenta:

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

Cuando el tipo de acogimiento así lo aconseje, se valorará:

- la adecuación de la edad de los acogedores con la del menor acogido,
- la relación previa entre ellos,
- priorizar, salvo que el interés del menor o de la menor aconseje otra cosa, a las personas que, perteneciendo a su familia extensa, reúnan condiciones adecuadas para su acogimiento.

c) No podrán ser acogedores o acogedoras los que no puedan ser tutores o tutoras de acuerdo con lo previsto en la ley.<sup>455</sup>

---

<sup>453</sup> Artículo 12.5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>454</sup> Artículo 20.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>455</sup> Artículo 172.ter.1 del Código Civil, en relación con los artículos 241, 243 y 244 del Código Civil.



d) El régimen de visitas, podrá tener lugar en los puntos de encuentro familiar habilitados, cuando así lo aconseje el interés superior del menor o de la menor, y el derecho a la privacidad de las familias de procedencia y acogedora.

e) A la resolución de formalización del acogimiento familiar acordada, se acompañará un documento anexo, que incluirá los siguientes extremos <sup>456</sup>:

1. la identidad del acogedor o acogedores y del acogido o acogida;
2. los consentimientos y audiencias necesarios;
3. la modalidad del acogimiento, duración prevista para el mismo, así como su carácter de acogimiento en familia extensa o en familia ajena, en razón de la vinculación del menor o de la menor con la familia o persona acogedora;
4. los derechos y deberes de cada una de las partes, y en particular:

a) el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación, en los supuestos de declaración de desamparo, por parte de la familia de origen, que podrá modificarse por la Entidad Pública en atención al interés superior del menor o de la menor;

b) el sistema de cobertura por parte de la Entidad Pública de los daños que sufra el menor o la menor, o de los que pueda causar a terceros;

c) la asunción por parte de los acogedores de los gastos de manutención, educación y atención socio-sanitaria;

5. el contenido del seguimiento que, en función de la finalidad del acogimiento, vaya a realizar la Entidad Pública y el compromiso de colaboración con dicho seguimiento por parte de la familia acogedora;
6. los recursos de apoyo que precisa, en el caso de menores con discapacidad,
7. la compensación económica, apoyos técnicos y otro tipo de ayudas que, en su caso, vayan a recibir los acogedores;
8. el plazo en el cual la medida vaya a ser revisada.

f) La resolución y el documento anexo se remitirán al Ministerio Fiscal en el plazo máximo de un mes.

---

<sup>456</sup> Artículo 20.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.



### 13.8.4. Revocación y cese del acogimiento.<sup>457</sup>

El Ministerio Fiscal, los progenitores o tutor, que no estuvieran privados de la patria potestad, o de la tutela, o cualquier persona interesada, podrán solicitar a la Entidad Pública la remoción de la guarda, si surgieren problemas graves de convivencia entre el menor o la menor, y la persona o personas a quien hubiere sido confiada la guarda en acogimiento familiar.

El acogimiento familiar del menor cesará:

1. por resolución judicial;
2. por resolución de la Entidad Pública, de oficio o a propuesta del Ministerio Fiscal, de los progenitores, tutores, acogedores o del propio menor, si tuviere suficiente madurez, cuando se considere necesario para salvaguardar el superior interés del mismo, oídos los acogedores, el menor, sus progenitores o tutor;
3. por la muerte o declaración de fallecimiento del acogedor o acogedores del menor;
4. por la mayoría de edad del menor o de la menor.

Los acogimientos constituidos judicialmente con anterioridad a la reforma de 2015 de la legislación de infancia, podrán cesar por resolución de la Entidad Pública sin necesidad de resolución judicial.<sup>458</sup>

### 13.8.5. Derechos de los acogedores familiares.<sup>459</sup>

La transcendental función desempeñada por las familias de acogida, hace muy conveniente que una disposición general perfile su estatus en un estatuto del acogedor familiar, como conjunto de derechos y deberes.

Los acogedores familiares tendrán derecho a:

1. recibir información acerca de la naturaleza y efectos del acogimiento, así como preparación previa, seguimiento y apoyo técnico especializado, durante y al término del mismo;
2. recibir orientación, acompañamiento y apoyo adaptados a la discapacidad del menor o de la menor;
3. ser oídos por la Entidad Pública, antes de que ésta adopte cualquier resolución que afecte al menor o a la menor, especialmente antes de modificar o suspender temporalmente el régimen de visitas, o de relación o comunicación con la familia de origen;
4. ser informados del plan individual de protección, así como de las medidas de protección relacionadas con el acogimiento, que se adopten respecto de la menor acogida o del menor acogido, de las revisiones periódicas y a obtener información del expediente de protección de la menor o del menor que les resulte necesaria para el ejercicio de sus funciones, a excepción de aquellas cuestiones relacionadas con el derecho a la intimidad de terceros y a la protección de datos de carácter personal;

---

<sup>457</sup> Artículo 173.3 y 4 del Código Civil.

<sup>458</sup> Disposición transitoria segunda de la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>459</sup> Artículo 20 bis.1 de la Ley Orgánica 1/1995, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.



5. ser parte, en todos los procesos de oposición a las medidas de protección, y a la declaración de situación de desamparo de la menor acogida o del menor acogido, y en todos los procesos de oposición relacionados con la medida de acogimiento familiar permanente con funciones de tutela que tenga formalizada;
6. cooperar con la Entidad Pública en los planes de actuación y seguimiento, establecidos para el acogimiento;
7. disponer de la documentación identificativa, sanitaria y educativa del menor o de la menor que acogen;
8. ejercer todos los derechos inherentes a la guarda;
9. ser respetados por la menor acogida o por el menor acogido;
10. recabar el auxilio de la Entidad Pública en el ejercicio de sus funciones;
11. realizar viajes con el menor o la menor, siempre que se informe a la Entidad Pública y no exista oposición de ésta;
12. percibir una compensación económica, y otro tipo de ayuda que se hubiera estipulado, en su caso;
13. facilitar al menor acogido o a la menor acogida las mismas condiciones que a los hijos biológicos o adoptados, o hijas, a fin de hacer uso de derechos u obligaciones familiares durante el tiempo que el menor conviva con ellos;
14. relacionarse con el menor o la menor al cesar el acogimiento, si la Entidad Pública entiende que conviniere a su interés superior, y lo consintieren la familia de origen o, en su caso, la familia adoptiva o de acogimiento permanente, y el menor o la menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años;
15. ser protegidos sus datos personales, respecto de la familia de origen, de acuerdo con la legislación vigente;
  
16. formular formalmente quejas o sugerencias ante la Entidad Pública, que deberán ser tramitadas en un plazo inferior a los treinta días, y, en caso de solicitar audiencia, ser escuchado con anterioridad a dicho plazo.

La familia acogedora, tendrá los mismos derechos, que la Administración reconoce al resto de las unidades familiares.



### 13.8.6. Deberes de los acogedores familiares.<sup>460</sup>

- 1) velar por el bienestar y el interés superior del menor o la menor, tenerlo o tenerla en su compañía, alimentarlo o alimentarla, educarlo o educarla, y procurarles una formación integral en un entorno afectivo; en el caso del menor o de la menor con discapacidad, deberá continuar prestando los apoyos especializados que viniera recibiendo, o adoptar otros más adecuados a sus necesidades;
- 2) oír al menor o a la menor siempre antes de tomar decisiones que le afecten, si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, sin exclusión alguna por discapacidad, y a transmitir a la Entidad Pública las peticiones que éste pueda realizar dentro de su madurez;
- 3) asegurar la plena participación del menor o de la menor en la vida de la familia;
- 4) informar a la Entidad Pública de cualquier hecho de trascendencia en relación con el menor o la menor;
- 5) respetar y facilitar las relaciones con la familia de origen del menor o de la menor, en la medida de las posibilidades de los acogedores familiares, en el marco del régimen de visitas establecido a favor de aquella, y la reintegración familiar, en su caso;
- 6) colaborar activamente con las Entidades Públicas en el desarrollo de la intervención individualizada con la menor o con el menor y seguimiento de la medida, observando las indicaciones y orientaciones de la misma;
- 7) respetar la confidencialidad de los datos relativos a los antecedentes personales y familiares del menor o de la menor;
- 8) comunicar a la Entidad Pública cualquier cambio en la situación familiar relativo a los datos y circunstancias, que se tomaron en consideración como base para el acogimiento;
- 9) garantizar el derecho a la intimidad, y a la identidad de los menores acogidos, y el respeto a su propia imagen, así como velar por el cumplimiento de sus derechos fundamentales;
- 10) participar en las acciones formativas que se propongan;
- 11) colaborar en el tránsito de la medida de protección del menor a la reintegración a su entorno de origen, la adopción, u otra modalidad del acogimiento, o al entorno que se establezca tras la adopción de una medida de protección más estable.

Los acogedores familiares tendrán las mismas obligaciones respecto del menor acogido o de la menor acogida, que aquellos que la Ley establece para los titulares de la patria potestad.

---

<sup>460</sup> Artículo 20 bis.2 de la Ley Orgánica 1/1995, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.



### 13.8.7. Derechos de los menores en acogimiento familiar.<sup>461</sup>

Además de los derechos de todos los menores acogidos, los menores o las menores, en los supuestos de acogimiento familiar, tienen además, los siguientes derechos:

- a. participar plenamente en la vida del acogedor;
- b. mantener relación con la familia de acogida, tras el cese del acogimiento, si la Entidad Pública entiende que conviene a su interés superior y siempre que lo consintieren el menor o la menor, si tuviese suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, la familia de acogida y la de origen, la familia adoptiva o de acogimiento permanente;
- c. solicitar información o pedir, por sí mismo, si tuviera suficiente madurez, el cese del acogimiento familiar.

## 13.9. EL ACOGIMIENTO RESIDENCIAL.

### 13.9.1. Delimitación conceptual del acogimiento residencial.

El acogimiento residencial, es una forma de ejercicio de la guarda de los menores y las menores que están bajo la guarda de las Entidades Públicas.<sup>462</sup>

La guarda en acogimiento residencial se ejercerá por el Director o responsable del centro donde esté acogido la menor o el menor, conforme a los términos establecidos en la legislación de protección de menores.

Las Entidades Públicas y los servicios y centros donde se encuentren, en relación con los menores y las menores en acogimiento residencial, deberán actuar conforme a los principios rectores de la ley, con pleno respeto a los derechos de los menores acogidos y de las menores acogidas.<sup>463</sup>

### 13.9.2. Limitaciones al acogimiento residencial.<sup>464</sup>

La medida de acogimiento familiar prevalecerá sobre la de acogimiento residencial, para cualquiera menor, especialmente para menores de seis años, con el fin de favorecer que la vida del menor se desarrolle en un entorno familiar.

No se acordará el acogimiento residencial para menores de tres años, salvo en supuestos de imposibilidad, debidamente acreditada, de adoptar en ese momento la medida de acogimiento familiar, o cuando esta medida no convenga al interés superior del menor o de la menor.

Esta limitación para acordar el acogimiento residencial, se aplicará también a los menores de seis años en el plazo más breve posible.

En todo caso, y con carácter general, el acogimiento residencial de estos menores no tendrá una duración superior a tres meses.

---

<sup>461</sup> Artículo 21.bis.2. de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>462</sup> Artículo 172 ter del Código Civil.

<sup>463</sup> Artículo 21.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>464</sup> Artículo 21.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.



### 13.9.3. Obligaciones básicas en el acogimiento residencial.

Las Entidades Públicas y los servicios y centros donde se encuentren los menores en acogimiento residencial, tendrán las siguientes obligaciones básicas:<sup>465</sup>

- 1) asegurar la cobertura de las necesidades de la vida cotidiana;
- 2) garantizar los derechos de los menores y las menores, adaptando su proyecto general a las características personales de cada menor, mediante un proyecto socio-educativo individual, que persiga el bienestar del menor, su desarrollo físico, psicológico, social y educativo, en el marco del plan individualizado de protección que defina la Entidad Pública;
- 3) contar con el plan individual de protección de cada menor, que establezca claramente la finalidad del ingreso, los objetivos a perseguir y el plazo para su consecución, en el cual se preverá la preparación del menor, tanto a la llegada como a la salida del centro;
- 4) adoptar todas sus decisiones, en relación con el acogimiento residencial de los menores y las menores, en interés de los mismos;
- 5) fomentar la convivencia y la relación entre hermanos y hermanas, siempre que ello redunde en interés de los niños y niñas;
- 6) procurar la estabilidad residencial de las menores y los menores, así como que el acogimiento tenga lugar, preferentemente, en un centro ubicado en la provincia de origen del menor;
- 7) promover la relación y colaboración familiar, programándose, al efecto, los recursos necesarios para posibilitar el retorno a su familia de origen, si se considera que ese es el interés del menor;
- 8) potenciar la educación integral e inclusiva de los menores y las menores, con especial consideración a las necesidades de los menores y las menores con discapacidad, y velar por su preparación para la vida plena, de manera especial su escolarización y formación;
- 9) en el caso de los menores de dieciséis a dieciocho años, uno de los objetivos prioritarios, será la preparación para la vida independiente, la orientación e inserción laboral;
- 10) poseer una normativa interna de funcionamiento y convivencia, que responda a las necesidades educativas y de protección, y tener recogido un procedimiento de formulación de quejas y reclamaciones;
- 11) administrar los medicamentos que, en su caso, precisen los menores y las menores, bajo prescripción y seguimiento médico, de acuerdo con la praxis profesional sanitaria; a estos efectos se llevará un registro con la historia médica de cada uno de los menores;
- 12) revisar periódicamente el plan individual de protección, con el objeto de valorar la adecuación del recurso residencial a las circunstancias personales del menor;
- 13) potenciar las salidas de los menores en fines de semana y periodos vacacionales, con sus familias de origen o, cuando ello no fuese posible o procedente, con familias alternativas;
- 14) promover la integración normalizada de los menores, en los servicios y actividades de ocio, culturales y educativas, que transcurran en el entorno comunitario en el que se encuentran;
- 15) establecer los necesarios mecanismos de coordinación con los servicios sociales especializados, para el seguimiento y ajuste de las medidas de protección;
- 16) velar por la preparación para la vida independiente, promoviendo la participación de las decisiones que le afecten, incluida la propia gestión del centro, la autonomía y la asunción progresiva de responsabilidades;
- 17) Establecer medidas educativas y de supervisión, que garanticen la protección de datos personales del menor, al acceder a las tecnologías de la información y de la comunicación y a las redes sociales.

---

<sup>465</sup> Artículo 21.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.



### 13.9.4. Los centros de acogimiento residencial.<sup>466</sup>

Los centros de alojamiento de menores constituyen<sup>467</sup> un recurso de protección, que proporciona un contexto de desarrollo, a los menores y a las menores en situación de guarda o tutela asumida por la Administración del Principado de Asturias.

Todos los centros de acogimiento residencial, que presten servicios dirigidos a menores en el ámbito de la protección, deberán:

- estar siempre habilitados administrativamente por la Entidad Pública,
- respetar el régimen de habilitación lo dispuesto en la Ley de garantía de unidad de mercado;

La unidad de mercado<sup>468</sup> se fundamenta en la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos por todo el territorio español, de forma que cualquier límite o requisito establecido al acceso a una actividad económica, deba ser proporcionada en razón al interés general invocado.

- mantener estándares de calidad y accesibilidad para cada tipo de servicio.

La Entidad Pública:

- regulará el régimen de funcionamiento de los centros de acogimiento residencial;
- inscribirá en el registro correspondiente a las Entidades, de acuerdo con sus disposiciones;
- prestará especial atención a:
  - 1) la seguridad,
  - 2) la sanidad,
  - 3) la accesibilidad para personas con discapacidad,
  - 4) la ratio, número y cualificación profesional de su personal,
  - 5) el proyecto educativo,
  - 6) la participación de los menores en su funcionamiento interno,
  - 7) las demás condiciones que contribuyan a asegurar sus derechos;
- promoverá modelos de acogimiento residencial, con núcleos reducidos de menores, que convivan en condiciones similares a las familiares.

<sup>466</sup> Artículo 21.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>467</sup> Artículo 25 del Decreto 49/2001, de 26 de abril, por el que se regula la organización y funcionamiento de los servicios sociales de la Administración del Principado de Asturias.

<sup>468</sup> Artículos 1 y 5 de Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.



### 13.9.5. Inspección y supervisión de los Centros.<sup>469</sup>

La Entidad Pública deberá realizar la inspección y supervisión de los centros y servicios semestralmente, y siempre que así lo exijan las circunstancias, a los efectos de asegurar la protección de los derechos de los menores.<sup>470</sup>

Asimismo, el Ministerio Fiscal deberá ejercer la vigilancia sobre las decisiones de acogimiento residencial que se adopten, así como la inspección sobre todos los servicios y centros de acogimiento residencial, analizando, entre otros:

- a. los proyectos educativos individualizados,
- b. el proyecto educativo del centro,
- c. el reglamento interno.

La Administración Pública competente, podrá adoptar las medidas adecuadas para garantizar la convivencia del centro, actuando sobre aquellas conductas con medidas de carácter educativo, que no podrán atentar, en ningún caso, contra la dignidad de los menores y las menores.

En esos casos de perturbación de la convivencia, podrán limitarse las salidas del centro de acogida.

Estas medidas deberán ejercerse de forma inmediata y proporcional a la conducta de las menores y los menores, teniendo en cuenta:

- 1) las circunstancias personales de éstos,
- 2) su actitud,
- 3) los resultados derivados de su comportamiento.

Se dará cuenta inmediata a los progenitores, tutores o tutoras, o representantes legales del menor, y al Ministerio Fiscal, de aquellas medidas que se impusieran por conductas o actitudes, que fueran atentatorias contra la convivencia en el ámbito residencial.

---

<sup>469</sup> Artículo 21.4 a 7 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>470</sup> Decreto 43/2011, de 17 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de autorización, acreditación, registro e inspección de centros y servicios sociales.



### 13.9.6. Organización y normas de régimen interior de los centros de acogimiento residencial en el Principado de Asturias.<sup>471 472 473</sup>

Las residencias de menores prestarán el servicio de alojamiento residencial para menores respecto de los cuales se haya adoptado la medida de guarda o tutela.

Su titularidad<sup>474</sup> sólo podrá corresponder a la Administración del Principado de Asturias, o a las instituciones colaboradoras de integración familiar habilitadas para la guarda de menores.<sup>475</sup>

Los centros de alojamiento de menores deberán estar debidamente acreditados y autorizados.

La intervención educativa que se lleve a cabo en los centros de alojamiento de menores se ajustará a los siguientes instrumentos de programación:<sup>476</sup>

- Proyecto marco de centros de menores, aplicable a todos los centros de menores, en el que se establecerán las líneas generales de actuación de los mismos.
- Proyecto socioeducativo del centro, en el que se adaptará el proyecto marco a lo específico de cada centro:
  - a. este proyecto socioeducativo reflejará su organización y delimitará su intervención;
  - b. los centros tendrán una organización flexible, que permita atender las necesidades de los menores, e incorpore a su estructura los cambios necesarios para mantener renovado el proyecto socioeducativo del centro.
- Proyecto socioeducativo individualizado de cada menor usuario del centro, en el que en función de las necesidades y características del mismo, se establecerán objetivos a corto, medio y largo plazo.

Los centros de alojamiento de menores dispondrán de un Reglamento de régimen interior, que regule los aspectos relacionados con la convivencia y recopile las normas y procedimientos de la institución, consecuencia de la organización y modelo de intervención adoptado.

Cada centro elaborará su reglamento de régimen interior, adaptando a sus circunstancias los contenidos comunes definidos.

<sup>471</sup> Proyecto Marco de Centros del Principado de Asturias [B.O.J.G. de 10 de mayo de 2002]. Admitido a trámite por la Mesa de la Cámara en sesión de 7 de mayo de 2002.

<sup>472</sup> Decreto 48/2003 del Principado de Asturias, de 5 de junio, por el que se aprueba el Reglamento sobre normas de régimen interior de centros de alojamiento de menores.

<sup>473</sup> Resolución de 14 de noviembre de 2014, de la consejería de Bienestar Social y Vivienda, por la que se aprueba el programa Operativo de Centros de Menores. [BOPA 17 de diciembre de 2014].

<sup>474</sup> Artículo 3.4 del Decreto del Principado de Asturias 43/2011, de 17 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de autorización, acreditación, registro e inspección de centros y servicios sociales.

<sup>475</sup> Decreto del Principado de Asturias 5/1998, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de instituciones colaboradoras de integración familiar y de entidades colaboradoras de adopción internacional.

<sup>476</sup> Artículo 55 y 56 del Decreto 79/2002, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de autorización, registro, acreditación e inspección de centros de atención de servicios sociales.



Los centros:

- realizarán cada año un plan anual en el que se actualice el proyecto socioeducativo, planteando los cambios necesarios en la organización y las nuevas líneas de actuación,
- dispondrán de personal suficiente y adecuado al servicio que se presta.

El equipo educativo de cada centro estará formado por la dirección y los educadores y educadoras.

Su trabajo se basará en los principios de participación y coordinación, lo que permitirá unificar los criterios de actuación, y proporcionará unidad y continuidad al programa de atención residencial.

En Asturias, se configuran, además de las unidades de régimen general:

- 1) Las unidades de alojamiento de menores de régimen especial<sup>477</sup>, como aquellos recursos residenciales destinados a la atención a menores, que hayan cumplido doce años y que, debido a su conducta reiterada y gravemente disruptiva o antisocial y contraria a normas básicas de convivencia, pongan en serio riesgo su desarrollo integral, o su salud, e imposibiliten la atención adecuada a sus compañeros de alojamiento.

Su configuración normativa actualmente está siendo revisada, al amparo de la reforma de la legislación de infancia de 2015, dado que en estas unidades de régimen especial, se contemplan medidas de contención y de restricción de la libertad personal de los menores y las menores.

- 2) Los servicios de atención residencial para menores también se podrán prestar en pisos u hogares de menores, que cumplen las mismas funciones y deben de responder a los mismos requisitos de titularidad que las residencias de menores.<sup>478</sup>

Como característica diferencial, los pisos u hogares de menores están integrados en comunidades de vecinos.

- 3) Los centros para mujeres con grave problemática sociofamiliar<sup>479</sup>, que son centros de alojamiento temporal, que posibilita la atención integral de mujeres gestantes, o con hijos o hijas a su cargo, en situación de riesgo social, para garantizar el bienestar de los menores, y la salvaguardia de su seguridad e integridad básica, eliminando o aminorando los factores que en cada caso están provocando la situación de riesgo o desprotección. Desde estos centros se prestará el servicio de atención a mujeres gestantes.

---

<sup>477</sup> Artículo 9 del Decreto 48/2003 del Principado de Asturias, de 5 de junio, por el que se aprueba el Reglamento sobre normas de régimen interior de centros de alojamiento de menores.

<sup>478</sup> Artículo 3,4 del Decreto del Principado de Asturias 43/2011, de 17 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de autorización, acreditación, registro e inspección de centros y servicios sociales.

<sup>479</sup> Artículo 3,4 apartado f) del Decreto del Principado de Asturias 43/2011, de 17 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de autorización, acreditación, registro e inspección de centros y servicios sociales.



## 13.10. CENTROS DE PROTECCIÓN ESPECÍFICOS DE MENORES CON PROBLEMAS DE CONDUCTA.<sup>480</sup>

### 13.10.1. Aspectos generales de los centros de protección específicos de menores con problemas de conducta.

Estos centros de protección a la infancia tienen en cuenta las especiales características, complejidad, condiciones y necesidades de estos y estas menores, que requieren de una intervención especializada, cuando se encuentren bajo la protección de la Entidad Pública.<sup>481</sup>

La sociedad española ha sufrido un proceso de cambios acelerados en los últimos años, que ha tenido su manifestación en la aparición de un nuevo perfil de los usuarios y usuarias de los servicios sociales, y de los servicios de protección a la infancia y a las familias.

Es el caso de los menores y las menores que ingresan en los centros de protección, en un número cada vez más elevado, a petición de sus propias familias, ante situaciones muy conflictivas derivadas de problemas de comportamiento agresivo, inadaptación familiar, situaciones de violencia filioparental y graves dificultades para ejercer la responsabilidad parental.

Su situación psicológica y social demanda soluciones diferentes a las que ofrecen los centros de protección ordinarios, o sus familias, y requieren de un ingreso en centros especializados, previo informe sobre su situación social y sobre su estado psíquico.

Su regulación puede, en ocasiones, incidir en los derechos fundamentales de los menores, lo cual exige una normativa en la que se determinen los límites de la intervención.

En todo caso, estos centros, nunca podrán concebirse como instrumentos de defensa social frente a menores conflictivos, teniendo en cuenta, además, que la intervención no deriva de la previa acreditación de la comisión de delitos.

Estos centros, deben proporcionar a los menores y a las menores con problemas de conducta, cuando las instancias familiares y educativas ordinarias no existen o han fracasado, un marco adecuado para:

1. la educación,
2. la normalización de su conducta,
3. el libre y armónico desarrollo de su personalidad.

La justificación de recursos específicos destinados a atender graves problemas del comportamiento, así como situaciones de crisis, radica en la necesidad de proporcionar a estos menores un contexto más estructurado socio-educativo y psicoterapéutico, que solo un programa específico pueda ofrecerles, tratando el problema desde un enfoque positivo y de oportunidades, además de los principios y proyectos educativos diseñados con carácter general.

<sup>480</sup> Capítulo IV del Título II de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. [Artículos 25 a 35].

<sup>481</sup> Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia.



Los ingresos, actuaciones e intervenciones, en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta, dependientes de las Entidades Públicas o de entidades privadas colaboradoras de aquellas, en los que esté prevista la utilización de medidas de seguridad, y de restricción de libertades o derechos fundamentales, se someterán a las disposiciones previstas en la Ley.<sup>482</sup>

Estos centros, sometidos a estándares internacionales y a control de calidad, estarán destinados al acogimiento residencial de menores que:

- estén en situación de guarda o tutela de la Entidad Pública,
- sean diagnosticados con problemas de conducta,
- presenten conductas disruptivas o di-sociales recurrentes, transgresoras de las normas sociales y los derechos de terceros,
- esté justificado por sus necesidades de protección,
- esté determinado por una valoración psicosocial especializada.

El acogimiento residencial en estos centros, se realizará exclusivamente, cuando no sea posible la intervención a través de otras medidas de protección, y tendrá como finalidad:<sup>483</sup>

- proporcionar al menor o a la menor un marco adecuado para su educación,
- la normalización de su conducta,
- su reintegración familiar cuando sea posible,
- el libre y armónico desarrollo de su personalidad, en un contexto estructurado, y con programas específicos en el marco de un proyecto educativo.

Así pues, el ingreso del menor o de la menor en estos centros, y las medidas de seguridad que se apliquen en el mismo, se utilizarán como último recurso y tendrán siempre carácter educativo.

En los supuestos de guarda voluntaria, será necesario el compromiso de la familia a someterse a la intervención profesional.<sup>484</sup>

Estos centros dispondrán de una ratio adecuada, entre el número de menores y el personal destinado a su atención, para garantizar un tratamiento individualizado a cada menor.

En el caso de menores con discapacidad, se continuará con los apoyos especializados que vinieran recibiendo, o se adoptarán otros más adecuados, incorporando en todo caso medidas de accesibilidad en los centros de ingreso y en las actuaciones que se lleven a cabo.

---

<sup>482</sup> Artículo 25.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>483</sup> Artículo 25.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>484</sup> Artículo 25.3, 4 y 5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.



### 13.10.2. Ingreso en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta.<sup>485 486</sup>

La Entidad Pública, que ostente la tutela o guarda de un menor, y el Ministerio Fiscal, estarán legitimados para solicitar la autorización judicial para el ingreso del menor en los centros de protección específicos de menores con problemas de conducta.

Esta solicitud de ingreso estará motivada y fundamentada en informes psicosociales, emitidos previamente por personal especializado en protección de menores.

No podrán ser ingresados en estos centros, las menores o los menores que presenten enfermedades o trastornos mentales, que requieran un tratamiento específico por parte de los servicios competentes en materia de salud mental, o de atención a las personas con discapacidad.

Para el ingreso de un menor en estos centros será necesario, que la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal, recaben previamente la correspondiente autorización judicial, garantizando, en todo caso, el derecho del menor a ser oído.

Dicha autorización se otorgará, tras la tramitación del procedimiento regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>487</sup>, y deberá de pronunciarse sobre la posibilidad de aplicarles medidas de seguridad, así como de limitarles temporalmente el régimen de visitas, de comunicaciones y de salidas que pudiera adoptarse.<sup>488</sup>

No obstante, si razones de urgencia, convenientemente motivadas, hicieren necesaria la inmediata adopción del ingreso, la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal podrán acordarlo previamente a la autorización judicial, debiendo comunicarlo al Juzgado competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación del mismo, para lo que deberá aportar la información de que disponga y justificante del ingreso inmediato.

El Juzgado resolverá en el plazo máximo de setenta y dos horas, desde que reciba la comunicación, dejándose de inmediato sin efectos el ingreso en caso de que no lo autorice.

Los menores recibirán a su ingreso en el centro, información escrita sobre:

- sus derechos y deberes,
- las normas de funcionamiento del centro,
- las cuestiones de organización general,
- el régimen educativo,
- el régimen disciplinario
- los medios para formular peticiones, quejas y recursos.

<sup>485</sup> Artículo 26 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>486</sup> Circular 2/2016, de 24 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos.

<sup>487</sup> Artículo 778 bis de la Ley/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>488</sup> Artículo 26.3, 4 y 5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.



Dicha información se transmitirá, de forma que se garantice su comprensión, en atención a la edad y a las circunstancias del menor o de la menor.

Los menores y las menores no permanecerán en el centro más tiempo del estrictamente necesario, para atender a sus necesidades específicas.

El cese será acordado por el órgano judicial que esté conociendo del ingreso:

- de oficio,
- a propuesta de la Entidad Pública,
- a propuesta del Ministerio Fiscal.

Esta propuesta estará fundamentada en un informe psicosocial.

### **13.10.3.** Medidas de seguridad en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta.<sup>489</sup>

Las medidas de seguridad podrán consistir en:

1. la contención mecánica,
2. la contención física del menor,
3. su aislamiento,
4. registros personales y materiales.

Estas medidas tendrán una finalidad educativa, y deberán:

- responder a los principios de excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad, provisionalidad y prohibición del exceso,
- aplicarse con la mínima intensidad posible, y por el tiempo estrictamente necesario,
- llevarse a cabo con el respeto debido a la dignidad, privacidad y los derechos del menor o de la menor,
- aplicarse por personal especializado y con formación en materia de protección de menores.

Este personal, sólo podrá usar medidas de seguridad con los menores, como último recurso, en:

- a) defensa propia,
- b) intentos de fuga,
- c) resistencia física a una orden,
- d) riesgo directo de autolesión, de lesiones a otros o de daños graves a la propiedad.

---

<sup>489</sup> Artículo 27 de la Ley Orgánica 1/1996, de 27 de enero, de Protección Jurídica del Menor.



Corresponde al Director del Centro, o persona en la que éste haya delegado, la adopción de decisiones sobre las medidas de seguridad, que:

- deberán ser motivadas,
- habrán de notificarse con carácter inmediato a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal,
- podrán ser recurridas por el menor, el Ministerio Fiscal y la Entidad Pública, ante el órgano judicial que esté conociendo del ingreso, el cual resolverá tras recabar informe del centro, y previa audiencia del menor y del Ministerio Fiscal.

Las medidas de seguridad aplicadas, deberán registrarse en el Libro Registro de Incidencias, que será supervisado por la Dirección del centro.

#### **13.10.4.** Medidas de contención en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta.<sup>490</sup>

Las medidas de contención podrán ser:

1. de tipo verbal y emocional,
2. de tipo físico,
3. de tipo mecánico.

El personal de los centros, únicamente podrá utilizar medidas de contención física o mecánica, previo intento de contención verbal y emocional, sin uso de la fuerza física, si la situación lo permite.

La contención física, solo podrá consistir en la interposición entre el menor y la persona o el objeto que se encuentra en peligro, la restricción física de espacios y movimientos y, en última instancia, bajo un estricto protocolo, la inmovilización física.

La contención mecánica:

- solo será admisible, para evitar grave riesgo para la vida, o la integridad física del menor, de la menor o de terceros, y en el caso de que no sea posible, reducir el nivel de estrés o de trastorno del menor por otros medios;
- deberá realizarse con equipos homologados de contención mecánica, bajo un estricto protocolo.

---

<sup>490</sup> Artículo 28 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.



### **13.10.5.** Aislamiento del menor en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta.<sup>491</sup>

El aislamiento de un menor, mediante su permanencia en un espacio adecuado del que se impida su salida, solo podrá utilizarse en prevención de:

- actos violentos,
- autolesiones,
- lesiones a otros menores residentes en el centro,
- lesiones al personal del mismo o a terceros,
- daños graves a sus instalaciones.

Se aplicará puntualmente en el momento en que sea preciso y en ningún caso como medida disciplinaria, y se cumplirá preferentemente en la propia habitación del menor, y en caso de que esto no sea posible, se cumplirá en otro espacio de similar habitabilidad y dimensiones.

### **13.10.6.** Registros personales y materiales en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta.<sup>492</sup>

Los registros personales y materiales se llevarán a cabo con el respeto debido a:

- la dignidad,
- la privacidad,
- los derechos fundamentales de la persona.

El registro personal y cacheo del menor, se efectuará por el personal indispensable, que requerirá al menos dos profesionales del centro del mismo sexo que el menor.

Cuando implique alguna exposición corporal, se realizará en lugar adecuado, sin la presencia de otros menores, y preservando en todo lo posible la intimidad del menor o de la menor.

Se utilizarán preferentemente medios electrónicos.

El personal del centro, podrá realizar el registro de las pertenencias de la menor o del menor, pudiendo retirarle aquellos objetos que se encuentren en su posesión, que:

- pudieran ser de ilícita procedencia,
- puedan resultar dañinos para sí, para otros, o para las instalaciones del centro,
- no estén autorizados para menores de edad.

Los registros materiales se deberán comunicar previamente a la menor o al menor, siempre que no pudieran efectuarse en su presencia.

---

<sup>491</sup> Artículo 29 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del Menor.

<sup>492</sup> Artículo 30 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.



### 13.10.7. Régimen disciplinario en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta.<sup>493</sup>

El régimen disciplinario en estos centros:

- se fundará siempre en el proyecto socio-educativo del centro, y en el individualizado de cada menor, al cual se informará del mismo;
- será el último recurso a utilizar, dando prioridad a los sistemas restaurativos de resolución de conflictos e interacción educativa.

No podrán:

- establecerse restricciones de igual o mayor entidad, que las previstas en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores;
- utilizarse las medidas de seguridad anteriores, -de contención, de aislamiento o registros-, con fines disciplinarios.

La regulación autonómica sobre régimen disciplinario deberá ser suficiente y adecuada a los principios constitucionales y legales, garantizando al menor la asistencia legal de un abogado independiente, respetando en todo momento la dignidad y los derechos de los menores y de las menores, y sin que en ningún caso se les pueda privar de los mismos.

### 13.10.8. Supervisión y control en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta.<sup>494</sup>

La medida de ingreso del menor o de la menor en el centro de protección específico deberá revisarse al menos trimestralmente por la Entidad Pública, debiendo remitir al órgano judicial competente que autorizó el ingreso y al Ministerio Fiscal, con esa periodicidad, el oportuno informe motivado de seguimiento que incluya las entradas del Libro de Registro de Incidencias.

Y ello, con independencia de las inspecciones de los centros, que puedan efectuar:

- el Defensor del Pueblo,
- las instituciones autonómicas equivalentes,
- el Ministerio Fiscal.

A los efectos de las inspecciones e informes a los que se refiere el párrafo anterior, el Libro de Registro de Incidencias deberá respetar, respecto a los cesionarios de datos, la adopción de las medidas de seguridad de nivel medio establecidas en la legislación vigente en materia de protección de datos de carácter personal.

<sup>493</sup> Artículo 31 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>494</sup> Artículo 32 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.



### 13.10.9. Administración de medicamentos en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta.<sup>495</sup>

La administración de medicamentos a los menores y a las menores, cuando sea necesario para su salud, deberá de tener lugar de acuerdo con la praxis profesional sanitaria, respetando las disposiciones sobre consentimiento informado, y en los términos y condiciones previstas en la Ley.<sup>496</sup>

En todo caso, deberá ser un facultativo médico autorizado, quien:

- recete medicamentos sujetos a prescripción médica,
- realice el seguimiento de su correcta administración y de la evolución del tratamiento.

A estos efectos se llevará un registro con la historia médica de cada uno de los menores.

### 13.10.10. Régimen de visitas y permisos de salida en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta.<sup>497</sup>

Las visitas de familiares y otras personas allegadas:

- solo podrán ser restringidas o suspendidas en interés del menor o de la menor, por el Director del Centro, de manera motivada, cuando su tratamiento educativo lo aconseje y conforme a los términos recogidos en la autorización judicial del ingreso;
- no podrán ser restringidas por la aplicación de medidas disciplinarias.

El Director del centro de protección específico de menores con problemas de conducta, podrá restringir o suprimir las salidas de las personas ingresadas en el mismo, siempre en interés del menor y de la menor, y de manera motivada, cuando su tratamiento educativo lo aconseje, conforme a los términos recogidos en la autorización judicial de ingreso.

Las medidas limitativas del régimen de visitas y de los permisos de salida:

1. deberán ser notificadas a las personas interesadas, al menor o a la menor, y al Ministerio Fiscal, de acuerdo con la legislación aplicable;
2. podrán ser recurridas por el Ministerio Fiscal y por la menor o por el menor, al que se garantizará asistencia legal de Abogado o Abogada independiente, ante el órgano judicial que esté conociendo el ingreso, el cual resolverá tras recabar informe del centro y previa audiencia de las personas interesadas, del menor y del Ministerio Fiscal.

---

<sup>495</sup> Artículo 33 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>496</sup> Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

<sup>497</sup> Artículo 34 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.



### 13.10.11. Régimen de comunicaciones del menor en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta.<sup>498</sup>

Los menores ingresados y las menores ingresadas en los centros tendrán derecho a remitir quejas de forma confidencial:

1. al Ministerio Fiscal,
2. a la autoridad judicial competente,
3. al Defensor del Pueblo,
4. ante las instituciones autonómicas homólogas.

Este derecho no podrá ser restringido por la aplicación de medidas disciplinarias.

Las comunicaciones del menor con familiares y otras personas allegadas:

- serán libres y secretas;
- solo podrán ser restringidas o suspendidas por el Director del centro en interés del menor o de la menor, de manera motivada:
  - cuando su tratamiento educativo lo aconseje,
  - en los términos recogidos en la autorización judicial de ingreso.

La restricción o suspensión del derecho a mantener comunicaciones, o del secreto de las mismas, deberá ser adoptada de acuerdo con la legislación aplicable, y notificada a las personas interesadas, al menor y al Ministerio Fiscal, quienes podrán recurrirla ante el órgano jurisdiccional que autorizó el

ingreso, el cual resolverá tras recabar informe del centro, y previa audiencia de las personas interesadas, del menor y del Ministerio Fiscal.

---

<sup>498</sup> Artículo 35 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.



### **13.10.12.** Centros específicos de protección de menores con problemas de conducta de entidades privadas colaboradoras de las entidades públicas competentes.<sup>499 500</sup>

Los centros privados de protección específicos de menores con problemas de conducta de las entidades privadas colaboradoras de las entidades públicas competentes, donde estén previstas la utilización de medidas de seguridad y de restricción de libertades o derechos fundamentales:

- aplicarán el régimen jurídico establecido en la Ley para los centros de protección específicos de menores con problemas de conducta;
- deberán contar con la autorización administrativa para su funcionamiento emitida por la Entidad Pública competente en materia de protección de menores, y estarán sujetos a su régimen de inspección y, en su caso, sanción administrativa.

## **13.11.** OTRAS ACTUACIONES DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS NECESARIAS PARA LA ADECUADA PROTECCIÓN DE LOS MENORES.

### **13.11.1.** El Plan individualizado de protección.<sup>501</sup>

Cuando la Entidad Pública asuma la tutela o guarda del menor, elaborará un plan individualizado de protección, que establecerá:

- los objetivos,
- la previsión,
- el plazo de las medidas de intervención a adoptar con su familia de origen,
- el programa de reintegración familiar, en caso de que proceda.

En el caso de tratarse de un menor con discapacidad, la Entidad Pública garantizará, en el plan individualizado de protección, la continuidad de los apoyos que venía recibiendo, o la adopción de otros más adecuados a sus necesidades.

Las menores y las jóvenes sujetas a medidas de protección, que estén embarazadas, recibirán el asesoramiento y el apoyo adecuados a su situación.

En el plan individual de protección, se contemplará esta circunstancia, así como la protección del recién nacido o de la recién nacida.<sup>502</sup>

<sup>499</sup> Disposición adicional cuarta de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>500</sup> Artículo 25.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>501</sup> Artículo 19 bis 1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>502</sup> Artículo 19 bis 6 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.



### 13.11.2. El programa de reintegración familiar.<sup>503</sup>

Asumida por la Entidad Pública la tutela o guarda del menor, cuando del pronóstico se derive la posibilidad de retorno a la familia de origen, la Entidad Pública aplicará el programa de reintegración familiar.

Para acordar el retorno del niño o de la niña desamparados a su familia de origen, será imprescindible que:

- se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar,
- se hayan mantenido los vínculos,
- concorra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente,
- se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor o la menor a través del correspondiente informe técnico.

En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno:

1. el tiempo trascurrido,
2. la integración en la familia de acogida y su entorno,
3. el desarrollo de vínculos afectivos con la misma.

Cuando se proceda a la reunificación familiar, la Entidad Pública realizará un seguimiento posterior de apoyo a la familia del menor o de la menor.

En el caso de los menores extranjeros no acompañados, se procurará la búsqueda de su familia y el restablecimiento de la convivencia familiar, iniciando el procedimiento correspondiente, siempre que se estime que dicha medida responde a su interés superior, y no coloque al menor, a la menor, o a su familia, en una situación que ponga en riesgo su seguridad.<sup>504</sup>

### 13.11.3. La información a los familiares.

La Entidad Pública que tenga menores bajo su guarda o tutela, deberá informar a los padres, tutores o guardadores, sobre la situación de aquellos, cuando no exista resolución judicial que lo prohíba.<sup>505</sup>

<sup>503</sup> Artículo 19 bis 2, 3 y 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>504</sup> Artículo 19 bis 5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor.

<sup>505</sup> Artículo 22 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.



### 13.11.4. La colaboración entre Comunidades Autónomas en situaciones de desprotección.

Cuando la Administración Pública competente esté desarrollando una intervención ante una situación de riesgo de un menor o de una menor, y tenga noticia de que va a ser trasladado al ámbito de otra Entidad territorial, la Administración Pública de origen, lo pondrá en conocimiento de la de destino, al efecto de que, si procede, ésta continúe la intervención que se venía realizando, con remisión de la información y documentación necesaria.<sup>506 507</sup>

Si la Administración Pública de origen desconociera el lugar de destino, podrá solicitar el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a fin de que procedan a su averiguación.

Una vez conocida la localización del menor o la menor, se pondrá en conocimiento de la Entidad Pública competente en dicho territorio, que continuará la intervención.

En caso de traslado permanente de residencia de un menor, sujeto a una medida de protección, desde la Comunidad Autónoma que la adoptó, a otra distinta, corresponde a ésta asumir aquella medida, o adoptar la que proceda, en un plazo máximo de tres meses desde que ésta última sea informada por la primera de dicho traslado.<sup>508</sup>

No obstante lo anterior, cuando la familia de origen del menor o de la menor, permanezca en la Comunidad Autónoma de origen, y sea previsible una reintegración familiar a corto o medio plazo, se mantendrá la medida adoptada, y la Entidad Pública del lugar de residencia del menor colaborará en el seguimiento de la evolución de éste.

Tampoco será necesaria la adopción de nuevas medidas de protección:

- a) en los casos de traslado temporal de un menor o de una menor a un centro residencial ubicado en otra Comunidad Autónoma,
- b) cuando se establezca un acogimiento con familia residente en ella, con el acuerdo de ambas Comunidades Autónomas.

---

<sup>506</sup> Observatorio estatal del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad: "Protocolo para la coordinación de las Entidades Públicas competentes en materia de protección de personas menores de edad, en supuestos de traslados", de 25 de marzo de 2015.

<sup>507</sup> Artículo 17.7 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>508</sup> Artículo 18.4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.



### 13.11.5. La situación de desprotección de un menor o de una menor de nacionalidad española que se encuentra en el extranjero.<sup>509</sup>

En los supuestos en que se detecte una situación de posible desprotección de un menor o de una menor de nacionalidad española, que se encuentre fuera del territorio nacional, para su protección en España, será competente:

- a. la Entidad Pública correspondiente a la Comunidad Autónoma, en la que residan los progenitores o tutores del menor;
- b. la Entidad Pública correspondiente a la Comunidad Autónoma, con la cual el menor o sus familiares tuvieran mayores vínculos, en defecto de la anterior;
- c. la Entidad Pública de la Comunidad Autónoma, en la que el menor, la menor o sus familiares hubieran tenido su última residencia habitual, cuando, conforme a los anteriores criterios, no pudiera determinarse la competencia;
- d. la Entidad Pública que ostente la guarda o tutela, cuando el menor o la menor que se encuentre fuera de España, hubiera sido objeto de una medida de protección previamente a su desplazamiento.

Los posibles conflictos de competencia que pudieran originarse, habrán de resolverse conforme a los principios de celeridad y de interés superior del menor, evitando dilaciones en la toma de decisiones que pudieran generar perjuicios al mismo.

La Administración General del Estado se encargará del traslado del menor o de la menor a España.

La Comunidad Autónoma que corresponda asumirá la competencia, desde el momento en que la menor o el menor se encuentre en España.

### 13.11.6. Las medidas de protección adoptadas por un Estado extranjero que deban cumplirse en España.<sup>510</sup>

En los supuestos en que las medidas de protección adoptadas en un Estado extranjero, deban cumplirse en España, se atenderá:

- en primer lugar, a lo previsto en la normativa europea,<sup>511</sup>
- en los casos no regulados por la normativa europea, se estará a los tratados y convenios internacionales en vigor para España,<sup>512</sup>
- en defecto de toda normativa internacional, se estará a las normas españolas de producción interna, sobre eficacia en España de medidas de protección de menores.

<sup>509</sup> Artículo 18.5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>510</sup> Artículo 18.6 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>511</sup> Reglamento [CE] nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

<sup>512</sup> En especial, 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, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996.



### 13.11.7. Los planes y programas en materia de infancia.

Actualmente conviven:

- las líneas programáticas contenidas en el Plan estatal<sup>513</sup> y el Plan autonómico<sup>514</sup>, en materia de infancia y de adolescencia,
- otros tres planes de acción, a través de la Comisión Interministerial para la Juventud, dentro de la Estrategia Juventud 2020,
- con planes específicos como:
  - el Plan Integral de apoyo a la familia,
  - el Plan Nacional para la Inclusión social,
  - el Plan Integral contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual,
  - el Plan de inclusión del alumnado con necesidades educativas especiales
- junto con planes generales que inciden también en el bienestar de los menores y de las menores, como:
  - el Plan Integral para la actividad física y el deporte,
  - el Plan Estratégico de igualdad de oportunidades,
  - la Estrategia de promoción de la salud y prevención del Sistema Nacional de Salud, entre otros.

Las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán aprobar planes específicos de protección para los menores de edad de seis años, en los que se recojan medidas concretas de fomento del acogimiento familiar.<sup>515</sup>

Las Entidades Públicas ofrecerán programas de preparación para la vida independiente<sup>516</sup> dirigidos a los jóvenes y las jóvenes que estén bajo una medida de protección, particularmente en acogimiento residencial, o en situación de especial vulnerabilidad, desde dos años antes de su mayoría de edad, una vez cumplida ésta, siempre que lo necesiten, con el compromiso de participación activa y aprovechamiento por parte de los mismos y las mismas.

Los programas deberán propiciar:

1. seguimiento socioeducativo,
2. alojamiento,
3. inserción socio-laboral,
4. apoyo psicológico
5. ayudas económicas.

<sup>513</sup> II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia [2013-2016]. Aprobado por el Consejo de Ministros de 5 de abril de 2013

<sup>514</sup> Plan Integral de Infancia del Principado de Asturias [2013-2016]. Aprobado por el Consejo de Gobierno en su reunión de 6 de noviembre de 2013.

<sup>515</sup> Disposición adicional séptima de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>516</sup> Artículo 22 bis de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.



### 13.11.8. Sistema de información sobre la protección a la infancia y a la adolescencia:<sup>517</sup>

Las Comunidades Autónomas y la Administración General del Estado, establecerán un sistema de información compartido, que permita el conocimiento uniforme de la situación de la protección a la infancia y a la adolescencia en España, y de ofrecimientos para el acogimiento y la adopción, con datos desagregados por género y discapacidad, tanto a efectos de seguimiento de las medidas concretas de protección de menores, como a efectos estadísticos.

A estos mismos efectos se desarrollará el Registro Unificado de Maltrato Infantil.

### 13.11.9. Criterios comunes de cobertura, calidad y accesibilidad.<sup>518</sup>

El Gobierno promoverá con las Comunidades Autónomas el establecimiento de criterios comunes, y mínimos estándares de cobertura y calidad en todo el territorio y, en todo caso, en lo relativo a:

- Composición, número y titulación de los equipos profesionales, de la Entidad Pública de protección de menores competente territorialmente, que deben intervenir, en situaciones tales como:
  - riesgo y desamparo de menores,
  - entrega voluntaria de la guarda,
  - programas para la vida independiente de los jóvenes y las jóvenes que estén bajo una medida de protección,
  - procesos de acogimiento y adopción.
- Elementos esenciales de los procedimientos de acogimiento familiar:
  - valoración de la aptitud educadora de las familias;
  - compensación económica, tanto para el acogimiento especializado como para el ordinario, con especial atención a las necesidades derivadas del acogimiento de menores con discapacidad;
  - medidas de fomento y apoyo al acogimiento familiar;
  - campañas informativas;
  - fomento del asociacionismo de las personas y familias acogedoras.
- Elementos esenciales en los procedimientos de adopción relativos a:
  - preparación preadoptiva;
  - declaración de idoneidad;
  - concepto de menores con necesidades especiales;
  - acreditación de Organismos acreditados para la adopción internacional;
  - campañas informativas, con especial atención a las enfocadas a la adopción de menores con necesidades especiales.

<sup>517</sup> Artículo 22 ter de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>518</sup> Disposición adicional tercera de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.



- Respecto a los centros de acogimiento residencial:
  - estándares de calidad y accesibilidad,
  - instalaciones y dotación de cada tipo de servicio,
  - medidas a adoptar para que su organización y funcionamiento tienda a seguir patrones de organización familiar,
  - incorporación de modelos de excelencia en la gestión.
- Estándares de cobertura, calidad y accesibilidad, instalaciones y dotación de los puntos de encuentro familiar.
- Atención integral a jóvenes ex tutelados:<sup>519</sup>
  - formación en habilidades y competencias para favorecer su madurez, y propiciar su autonomía personal y social, al cumplir dieciocho años de edad;
  - garantía de ingresos suficientes para subsistir;
  - alojamiento;
  - formación para el empleo, que facilite o priorice su participación en ofertas de empleo como medida de discriminación.

### 13.12. EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO DE PROTECCIÓN FAMILIAR Y SOCIAL DE UN MENOR.

Se entiende por expediente administrativo, el conjunto ordenado de documentos y actuaciones, que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla.<sup>520</sup>

Los expedientes tendrán formato electrónico, y se formarán mediante la agregación ordenada de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, informes, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, así como un índice numerado de todos los documentos que contenga cuando se remita.

Asimismo, deberá constar en el expediente copia electrónica certificada de la resolución adoptada.<sup>521</sup>

No formará parte del expediente administrativo:

- la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en aplicaciones, ficheros y bases de datos informáticas, notas, borradores, opiniones, resúmenes;
- las comunicaciones e informes internos, o entre órganos o entidades administrativas,
- los juicios de valor emitidos por las Administraciones Públicas, salvo que se trate de informes, preceptivos y facultativos, solicitados antes de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento.<sup>522</sup>

<sup>519</sup> Observatorio estatal del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad: "Los itinerarios educativos de los jóvenes ex tutelados".

<sup>520</sup> Artículo 70.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>521</sup> Artículo 70.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>522</sup> Artículo 70.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.



En la práctica, en la mayoría de las Comunidades Autónomas, el expediente de cada menor protegido por la Entidad Pública, aglutina varios expedientes administrativos de protección social o familiar de dicho menor, relativos a diferentes medidas de protección adoptadas. La consecuencia propia de ello es el ingente volumen de estos expedientes, que acaban siendo expedientes administrativos de protección, entrelazados con copias de documentos procedentes de expedientes fiscales y judiciales, en especial, en aquellos casos en que haya habido una revisión jurisdiccional de las medidas de protección, y todo ello sin solución de continuidad.

### 13.13. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA LA ADOPCIÓN DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN CONCRETA SOBRE UN MENOR DETERMINADO.<sup>523</sup>

#### 13.13.1. Consideraciones generales respecto al procedimiento.

En el marco normativo de la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en materia de protección de menores, le corresponde a la Administración Autonómica constatar, a través del correspondiente procedimiento, que el menor o la menor necesita la adopción de una medida para su protección y, en su caso, adoptarla, mediante una resolución administrativa.

Por tanto, corresponde a las propias Comunidades Autónomas establecer cuestiones como el órgano competente, o las especialidades del procedimiento a seguir para dictar la referida resolución, partiendo de la legislación básica del Estado en esta materia.

La necesidad de adoptar una medida de protección, habrá de ser declarada por la Administración de cada Comunidad Autónoma, previa instrucción de un expediente encaminado a valorar los hechos que concurren.

Se aleja la legislación en esta materia de pretensiones innecesarias, y se limita a recopilar algunas especialidades que proceden en estos expedientes.

Son así aplicables:

- las leyes administrativas de procedimiento administrativo,
- las especialidades dispersas en varias normas, como por ejemplo:
  - las específicas normas de procedimiento aplicables a los procedimientos administrativos de constatación de situaciones de desamparo y declaración de tutela de los menores,
  - los procedimientos para la formalización de su acogimiento, bien familiar o bien residencial, entre otros.

Estos procedimientos administrativos, dirigidos a verificar una situación de desprotección, se rigen en todas sus fases y trámites por las normas establecidas en la Ley<sup>524</sup> del Procedimiento Administrativo

<sup>523</sup> El desamparo de Menores: Normativa y práctica del Principado de Asturias", publicado en el año 2011 por la Editorial EDIUNO, de Irene Arce Fernández.

<sup>524</sup> Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.



Común de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de las peculiaridades previstas en la legislación de protección del menor referidas a cada una de las medidas de protección concretas.

No está previsto, en el Principado de Asturias, con carácter preceptivo, la posibilidad de reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita en el procedimiento administrativo, como fórmula adecuada para garantizar los derechos de los progenitores y familiares de los menores, y su adecuada comprensión de:

- a. las medidas de protección,
- b. los efectos generados por una resolución administrativa en esta materia.

La ausencia de asistencia letrada que padecen las familias en la fase administrativa, resulta seriamente cuestionable, por la indefensión real que ello supone. Esto es aún más preocupante, si se tiene en cuenta que el perfil educativo y social de estas familias es generalmente bajo, ajenas al conocimiento de los trámites y del lenguaje administrativo, dificultando su propia condición el adecuado ejercicio de sus derechos. Actualmente, son escasos los interesados que acuden a los actos presenciales de instrucción y notificación acompañados de Letrado, siendo más frecuente por el contrario que acudan acompañados de familiares, amigos, u otras personas<sup>525</sup> que, si ellos lo desean, pueden comparecer en dicho acto, a fin de que se utilicen todos los medios al alcance disponibles para hacer verdaderamente comprensible el contenido del procedimiento.<sup>526</sup>

La Administración Pública, con competencia en materia de protección de menores, puede generalmente ejercer sus potestades administrativas mediante dos formas principales de intervención:

1. la tramitación ordinaria, que determina la instrucción completa de un expediente administrativo, y la aprobación de una resolución administrativa desprotección del menor o de la menor a su finalización;
2. el procedimiento de tramitación urgente, que determina la previa declaración de la medida de protección mediante una resolución administrativa de urgencia y la posterior instrucción del expediente administrativo.

Actualmente no existe, como indicábamos, una regulación autonómica detallada en Asturias del procedimiento administrativo en materia de protección de menores.

<sup>525</sup> Artículo 5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>526</sup> El desamparo de Menores: Normativa y práctica del Principado de Asturias”, publicado en el año 2011 por la Editorial EDIUNO, de Irene Arce Fernández.



Ello conlleva, en términos hipotéticos, que se pueda aspirar a plasmar en la futura Ley integral del menor que se llegue a dictar sobre la materia, una regulación completa y mejorada, que superando las prácticas administrativas actuales, permita introducir aquellos cambios y novedades que incidan en una mejor protección de los menores asturianos desprotegidos. Indicamos a continuación dos propuestas procedimentales -algunas de ellas puestas en práctica con notable éxito en nuestra Comunidad Autónoma y en otras Comunidades Autónomas-, que pueden llegar a introducir cambios ampliamente deseados en materia de procedimiento:

- La evaluación inicial de diagnóstico, informe de recepción y asignación de nivel de prioridad.
- La acumulación de procedimientos administrativos conexos relativos a un mismo menor y a menores hermanos o allegados o hermanas y allegadas.<sup>527</sup>
- La posibilidad de reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita, en el procedimiento administrativo de protección.

### 13.13.2. La obligación de denuncia con carácter general y con carácter cualificado.

Toda persona que detecte una situación de maltrato, de riesgo o de posible desamparo de un niño o una niña, lo comunicará a la autoridad o a sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise.<sup>528</sup>

También deberá comunicar a las autoridades públicas competentes la existencia de un menor no escolarizado o la inasistencia de un menor al centro escolar de forma habitual y sin justificación, durante el periodo obligatorio, debiendo estas autoridades adoptar las medidas necesarias para su escolarización.

Si tuviera noticia, a través de cualquier fuente de información, de un hecho que pudiera constituir un delito contra la libertad e indemnidad sexual, de trata de seres humanos, o de explotación de menores, tendrá la obligación de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Y todo ello sin perjuicio de prestar en todos los casos, el auxilio inmediato que precise el menor, y sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación procesal penal.

Esta obligación de denuncia es especialmente cualificada, para aquellas personas que por su profesión y función detecten estas situaciones.

Las autoridades y las personas que por su profesión o función conozcan el caso, actuarán con la consiguiente reserva.

En las actuaciones se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor.

Las Entidades Públicas competentes, en materia de protección de menores, estarán obligadas a verificar la situación denunciada, y a adoptar las medidas necesarias para resolverla, en función del resultado de aquella actuación.<sup>529</sup>

<sup>527</sup> Artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>528</sup> Artículo 13 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>529</sup> Artículo 16 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor.



### 13.13.3. Recogida y tratamiento de datos para valorar la situación del menor o de la menor.<sup>530</sup>

Las Administraciones Públicas, para realizar actuaciones en situaciones de desprotección social de un menor, podrán proceder a la recogida y tratamiento de los datos que resulten necesarios para valorar la situación del menor o de la menor.

No será necesario el consentimiento de la persona interesada o afectada.

Podrán recogerse, tanto datos del menor o de la menor, como de las personas relacionadas con su entorno social y familiar.

Todos los profesionales, las Entidades Públicas y privadas, y en general, cualquier persona, facilitarán a las Administraciones Públicas los informes y antecedentes sobre los menores y las menores, sus progenitores, tutores, guardadores y acogedores, que les sean requeridos por ser necesarios para este fin.

Aquellas personas que, por su profesión o función, detecten una situación de maltrato, de riesgo, o de un posible desamparo de un menor o una menor, podrán tratar sin consentimiento del interesado, la información que resulte imprescindible para el cumplimiento de las obligaciones de denuncia, con la única finalidad de poner dichos datos en conocimiento de las Administraciones Públicas competentes, o del Ministerio Fiscal.

Estos datos recabados, podrán utilizarse única y exclusivamente, para la adopción de medidas de protección de los menores y las menores.

En todo momento, se atenderá a la garantía del interés superior del niño y de la niña.

Estos datos recabados por las Administraciones Públicas, sin consentimiento del interesado, solo podrán comunicarse:

1. a las Administraciones Públicas que hubieran de adoptar las resoluciones administrativas, en materia de actuaciones de protección de menores,
2. al Ministerio Fiscal,
3. a los organismos judiciales.

Los datos podrán ser igualmente cedidos sin consentimiento del interesado, al Ministerio Fiscal, que los tratará para el ejercicio de las funciones establecidas en esta ley, y en la normativa que le es aplicable.

En todo caso, el tratamiento de los mencionados datos quedará sometido a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal.<sup>531</sup>

Es exigible la implantación de medidas de seguridad de nivel alto, previstas en dicha normativa de protección de datos.

<sup>530</sup> Artículo 22 quater de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>531</sup> Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y disposiciones de desarrollo.



### 13.13.4. El procedimiento administrativo ordinario para la declaración de un menor en situación de desamparo

#### 13.13.4.1. La fase de inicio.

Los procedimientos administrativos, en general, se inician por un acto concreto, al que el ordenamiento jurídico atribuye el efecto de poner en marcha toda la actividad de la Administración, en un sector administrativo singular.

Estos procedimientos administrativos podrán iniciarse:<sup>532</sup>

- de oficio,
- a solicitud de persona interesada.

A) La iniciación del procedimiento de oficio.

El procedimiento administrativo de declaración de una medida de protección, se inicia normalmente de oficio, cuando la Administración tiene conocimiento de que un menor o de una menor puede encontrarse en una situación de desprotección, e incoa dicho procedimiento.

Esta incoación de oficio por la Administración, puede deberse también a la previa puesta en conocimiento de dicha situación:

1. por el Ministerio Fiscal
2. por otros servicios sociales, educativos, sanitarios,
3. por Autoridad Judicial o la Policía.

Todos estos casos, pese a la intervención previa de otro órgano distinto que la Administración Autónoma de protección de menores, se consideran incoados de oficio.

La recepción de una orden judicial de protección de menores, determinará siempre la apertura directa de un expediente de protección, haya o no dispuesto el Juzgado la atribución directa de la guarda del menor a la Entidad.

B) La iniciación del procedimiento por denuncia.<sup>533</sup>

El procedimiento también puede iniciarse por denuncia:

1. del propio menor,
2. de un familiar,
3. de un vecino o cualquier otra persona o entidad privada,
4. de los propios padres o tutores del menor.

---

<sup>532</sup> Artículo 54 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>533</sup> Artículo 62 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.



Las demandas de atención, asistencia o protección, efectuadas por los propios menores, cualquiera que fuera la forma en que sean hechas, tendrán siempre un tratamiento preferente, y serán debida e inmediatamente comprobadas.

La denuncia constituye así, un acto del particular, por el que se ponen en conocimiento del órgano administrativo, hechos que pueden determinar la incoación de un procedimiento administrativo.

Las denuncias deberán al menos expresar:

- la identidad de la persona que las formula,
- los datos que permitan la identificación y localización de los menores a los que se refieren,
- los datos de sus padres, tutores o guardadores,
- el relato de los hechos que motiva su presentación.

Formulada una denuncia, el órgano administrativo debe acordar la incoación del procedimiento, siempre que exista una base racional para admitir la veracidad de la misma.

El expreso reconocimiento en nuestra normativa de la absoluta reserva y confidencialidad,<sup>534</sup> de la denuncia o comunicación efectuada, se hace patente en la ocultación a las personas interesadas en el procedimiento, de los propios datos de identificación de los denunciantes:

- cuando así lo hayan solicitado éstos de manera expresa y razonada;
- cuando, atendidas las circunstancias del caso, ello pusiera en riesgo su seguridad.

No obstante, la falta de identificación de los denunciantes, no impedirá en forma alguna, la debida investigación de los hechos denunciados, cuando éstos presenten indicios suficientes de veracidad y credibilidad.

C) Acto administrativo de apertura del procedimiento.

De ordinario, procede la existencia de un concreto y determinado acto administrativo de iniciación<sup>535</sup>, que acuerde la apertura de dicho procedimiento.

Sin perjuicio de ser un acto de trámite en tal sentido, debería de contener, al menos, un pronunciamiento motivado en razones de hecho y de derecho, que contenga, además, de un pronunciamiento en dicho sentido, una delimitación clara y concreta del objeto del procedimiento, en cuanto puede suponer una limitación importante de derechos.

Además, este acto que incoa el procedimiento deberá:

- comunicarse inmediatamente a todos los interesados y al Ministerio Fiscal, facilitándoseles ya desde esta inicial comunicación, la posibilidad de intervenir en el procedimiento, aportando cuantas alegaciones y documentos estimen convenientes;

<sup>534</sup> Artículo 32 de la Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor.

<sup>535</sup> Artículo 64 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.



- informar ya a los padres y madres, tutores o tutoras, guardadoras o guardadores de la posibilidad de intervenir por medio de representante, y sobre los requisitos y trámites a cumplir para el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita, a fin de que puedan actuar durante el procedimiento administrativo asistidos de Letrado o Letrada en defensa de sus intereses.

D) Fase de investigación previa.

La ingente y masiva comunicación de posibles situaciones de desprotección de menores, determina que, en la práctica, no siempre se produzca la apertura de expedientes de protección ante cualquier comunicación.

En estos casos, previamente a la incoación del expediente, se requieren unas comprobaciones iniciales<sup>536</sup>, a fin de determinar la incoación del expediente de protección de un menor o una menor.

Tal práctica administrativa de información y actuaciones previas, sería de hecho deseable que se mantuviera, formalizando la posibilidad de abrir un periodo de investigación previa como precedente al trámite de procedimiento propiamente dicho, en aquellos casos en que se considerase conveniente.

Este trámite, tendría por objeto la finalidad de:

- conocer las circunstancias del caso concreto,
- declarar la conveniencia o no de iniciar el procedimiento,
- evitar así la incoación precipitada de un procedimiento de determinación de medidas de protección de menores, con las consecuencias de orden social que conlleva.

Expresamente se recoge por otras Comunidades Autónomas, la posibilidad de solicitar ya en la fase de iniciación del procedimiento, aquellos informes sociales, médicos, psicológicos o policiales, que se estimen necesarios para el ejercicio de las competencias.

Este tipo de comprobaciones iniciales o investigación previa, resultaría necesaria para reunir toda la información disponible.

Todo ello al objeto de:

- confirmar la posible concurrencia de una situación de desprotección,
- avanzar una primera valoración sobre su entidad e importancia,
- establecer el tipo de actuación procedente.

Todas las comprobaciones iniciales, de las que se deberá dejar completa y puntual constancia por escrito, deberán concluirse en el menor tiempo posible, sobreentendiendo que son siempre suficientes, si se constata una situación crítica de un menor o de una menor, que exija una intervención urgente, en cuyo caso se procederá por el trámite de urgencia.

En otro caso, cuando la situación no se califica como de intervención urgente y no existe riesgo

---

<sup>536</sup> Artículo 55 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.



inmediato para la persona menor de edad, ni se prevé el agravamiento de la situación a corto plazo, esta fase previa podrá prolongarse durante el tiempo necesario, para abordar con garantías la evaluación del caso.

E) La iniciación del procedimiento por solicitud de los progenitores.

Otros expedientes de protección de menores, como el procedimiento de guarda voluntaria de un menor o de una menor, puede ser instado por solicitud de iniciación a instancia de sus progenitores.<sup>537</sup>

### 13.13.4.2. Los actos de instrucción y la fase de prueba.

Del procedimiento administrativo general son aplicables también en esta fase del procedimiento sobre declaración de desprotección de un menor, todas las normas propias de la instrucción y la prueba que con carácter general se regulan en la Ley del Procedimiento Administrativo Común.

A) La instrucción de los expedientes de protección.<sup>538</sup>

La instrucción del expediente de protección, corresponde al órgano competente de la Comunidad Autónoma, complementando toda la información recabada, con los informes de los equipos municipales de los servicios sociales del lugar de residencia del niño o la niña.

Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán de oficio y a través de medios electrónicos, por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados e interesadas a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos.

Las aplicaciones y sistemas de información utilizados para la instrucción de los procedimientos deberán garantizar:

- el control de los tiempos y plazos,
- la identificación de los órganos responsables,
- la tramitación ordenada de los expedientes,
- la simplificación y la publicidad de los procedimientos.

Los actos de instrucción que requieran la intervención de las personas interesadas habrán de practicarse en la forma que resulte más conveniente y sea compatible, en la medida de lo posible, con sus obligaciones laborales o profesionales.

En cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados e interesadas en el procedimiento.

---

<sup>537</sup> Artículo 66 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>538</sup> Artículo 75 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.



Los interesados e interesadas podrán presentar alegaciones<sup>539</sup> y documentos y otros elementos de juicio, en cualquier momento durante su tramitación, incluso con carácter previo al trámite de audiencia, siempre que sean referentes a la investigación abierta.

Es importante precisar, en este punto, que el concepto de persona interesada<sup>540</sup> en un expediente administrativo de desprotección infantil, debe ser interpretado con la mayor amplitud, favoreciendo la participación activa de todas aquellas personas, que muestren no solo un derecho subjetivo, sino también cualquier interés legítimo en el bienestar del menor o de la menor.

B) El periodo de prueba.<sup>541</sup>

Se podrá abrir un periodo de prueba a instancias del propio menor que hubiera cumplido los doce años, o de quienes ejercieran sobre él cualesquiera potestad, o guarda, a fin de acreditar cualquier circunstancia personal o familiar que le afecte, y que sea de interés en la tramitación del expediente de protección.

El instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados e interesadas, cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.

Cuando la valoración de las pruebas practicadas pueda constituir el fundamento básico de la decisión que se adopte en el procedimiento, por ser pieza imprescindible para la correcta evaluación de los hechos, deberá incluirse en la propuesta de resolución.

Será admisible cualquier medio de prueba admitido en derecho que sirva para acreditar la situación real de los menores y las menores.

No obstante, en materia de protección de menores, actualmente resultan escasos los procedimientos administrativos en que formalmente se abre el periodo de prueba como tal. Resulta más común la incorporación de documentos e informes de forma individualizada, y en el preciso momento en que van siendo aportados al procedimiento, sin específicas formalidades de prueba. Esta praxis viciada, determina que, en muchos casos, la instrucción de los procedimientos se alargue más de lo debido. Sin embargo, en pro de la misma y, avalando su mantenimiento como práctica a seguir, se alzan muchas opiniones técnicas y muy notables de los órganos instructores, que consideran que esta práctica "indebida" desde un punto de vista propiamente procedimental, favorece, sin embargo, la amplitud de pruebas para la adopción de la resolución final. Y su laxitud en la forma de proposición de las pruebas, permite que las mismas se vayan proponiendo y practicando de forma sucesiva, a medida que se profundice en el conocimiento de los hechos motivadores del expediente.<sup>542</sup>

Todo el procedimiento, pretende valorar la situación de un menor o de una menor, a efectos de considerar si está desprotegido.

Ello conlleva verificar y valorar las circunstancias específicas que caracterizan:

---

<sup>539</sup> Artículo 76 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>540</sup> Artículo 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>541</sup> Artículo 77 y 78 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>542</sup> El desamparo de Menores: Normativa y práctica del Principado de Asturias", publicado en el año 2011 por la Editorial EDIUNO, de Irene Arce Fernández.



1. su situación personal,
2. sus necesidades,
3. sus circunstancias socio-familiares,

A estos efectos, son oportunas y pertinentes las pruebas:

- documentales,
- testificales,
- periciales que se consideren necesarias.

Entrevistas, exploraciones, informes<sup>543</sup> y visitas domiciliarias constituyen actos típicos en esta fase de instrucción.

Podrán ser oídas o presentar informes, cuantas personas puedan dar razón de los hechos, o aportar información sobre la situación del menor o de la menor, o de su familia o guardadores.

El estudio pormenorizado de la situación del niño o de la niña y de su entorno familiar, que lleven a cabo los agentes sociales intervinientes, deberá realizarse en las condiciones menos perturbadoras para la persona menor de edad, y con respeto a todos sus derechos.

Se estima interesante, de cara a la futura promulgación de una norma sobre procedimiento administrativo en materia de protección de menores, que el testimonio de los técnicos y técnicas de protección de menores, en el ejercicio de sus funciones, recogido con las garantías legales establecidas, tenga valor de presunción probatoria con la misma predominancia y preferencia que la que se otorga en la actualidad a los agentes de la autoridad, o a los inspectores y las inspectoras de trabajo, u otras autoridades administrativas. En contra de esta “presunción de veracidad” de los informes y documentos técnicos de los profesionales intervinientes en el procedimiento de declaración de desamparo, se alzan vivamente otras voces muy autorizadas. Argumentan que, en nuestra práctica procesal, la regulación del nuevo procedimiento judicial de oposición a la resolución administrativa de desamparo, ha producido ya de hecho una verdadera inversión de la carga de la prueba, haciendo recaer todo el peso probatorio en la parte demandante, no siendo imprescindible dicha presunción.<sup>544</sup>

C) El objeto de la fase de instrucción.

El principal objetivo en esta fase de instrucción, se centra en verificar si se produce la situación de desprotección infantil, que ha sido notificada por cualquier agente o persona, y que ha determinado la incoación y apertura del expediente.

Se pretende así identificar la causa o causas principales de desprotección a través de los indicadores que recogen la información sobre las necesidades básicas del niño o niña, que están siendo desatendidas, o insuficientemente cubiertas, recogiendo toda la información que sea precisa.

<sup>543</sup> Artículo 79 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>544</sup>El desamparo de Menores: Normativa y práctica del Principado de Asturias”, publicado en el año 2011 por la Editorial EDIUNO, de Irene Arce Fernández.



La Administración del Principado de Asturias con competencia en materia de protección de menores, actúa en esta fase de forma coordinada, con los distintos entes públicos que intervienen en la atención social a la infancia, y especialmente con la Administración sanitaria, educativa, laboral y de seguridad social.<sup>545</sup>

Ello conlleva a que convivan en la fase instructora un conjunto de actividades administrativas encaminadas a la petición y obtención de:

- informes escolares;
- sanitarios;
- policiales, referidos tanto al propio menor como a las personas que componen su entorno familiar;
- informes elaborados por los propios técnicos y técnicas de la Administración del Principado, que permiten recoger de manera sistematizada y completa datos relevantes sobre las áreas a evaluar.

La utilización de instrumentos técnicos estandarizados, tanto para la recogida y obtención de información, como para su análisis y valoración, permite favorecer la agilidad en esta fase instructora, y el contraste de la información obtenida corroborando su veracidad, y su fiabilidad mediante distintas fuentes de obtención independientes y actualizadas.

Documentos imprescindibles, como la partida o certificado de nacimiento del menor o de la menor, su historial sanitario y su currículo escolar, se incorporan de forma automática y simultánea en la instrucción del expediente.

Deberán igualmente solicitarse, cualesquiera informes de cuantas personas u organismos puedan facilitar datos relevantes para el conocimiento, y la valoración de la situación socio-familiar vigente del menor.

Especialmente se procurará obtener información de los servicios sociales municipales, correspondientes al domicilio familiar del niño o de la niña.

El informe del equipo municipal de los servicios sociales, contendrá:

- un análisis completo de la situación personal del menor o de la menor, de sus circunstancias socio-familiares y de su entorno inmediato,
- una valoración de las actuaciones realizadas, y de las medidas, en su caso, previamente adoptadas por la Entidad local en el ejercicio de sus competencias.

Todas las instituciones públicas o privadas y todos los profesionales que por su actividad tengan relación con la menor o el menor, están obligados a colaborar con el órgano instructor competente en materia de protección de menores, proporcionándole toda la información que pueda ser relevante, para la instrucción y resolución de estos procedimientos.

---

<sup>545</sup> La Disposición Adicional Segunda de la Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor del Principado de Asturias.



Actualmente, ni las autoridades sanitarias, ni las policiales, ni las educativas de las Comunidades Autónomas, dificultan las actividades dirigidas a la instrucción de estos expedientes, favoreciendo la intervención de las Administraciones protectoras de menores y cursando con la agilidad precisa la información requerida en cualesquiera expedientes de protección. Antaño han quedado aquellas contestaciones de ciertas instituciones en que, amparándose en una pretendida confidencialidad de los datos relativos a la intimidad personal, enervaban esta competencia y dificultaban la instrucción.

De todas las manifestaciones efectuadas por las personas a que se hace referencia anteriormente, quedará constancia escrita, así como de la imposibilidad de oírlos, de los motivos a que ello obedezca y de las notificaciones cursadas en su caso en legal forma para su comparecencia.

### 13.13.4.3. El trámite de audiencia.

El trámite de audiencia se articula, con carácter general, en todos los procedimientos administrativos.

En sí, la audiencia permite a las personas interesadas presentar aquellos documentos<sup>546</sup>, y referir cuantas manifestaciones consideren relevantes, a efectos del procedimiento.

Las personas interesadas:

- deberán aportar al procedimiento administrativo los datos y documentos exigidos por las Administraciones Públicas, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa aplicable;
- podrán aportar cualquier otro documento que estimen conveniente;
- no estarán obligados a aportar documentos que hayan sido elaborados por cualquier Administración, con independencia de que la presentación de los citados documentos tenga carácter preceptivo o facultativo en el procedimiento de que se trate, siempre que la persona interesada haya expresado su consentimiento a que sean consultados o recabados dichos documentos.

Se presumirá que la consulta u obtención es autorizada por las personas interesada, salvo que conste en el procedimiento su oposición expresa o la ley especial aplicable requiera consentimiento expreso.

En ausencia de oposición, las Administraciones Públicas deberán recabar los documentos:

- electrónicamente a través de sus redes corporativas,
- mediante consulta a las plataformas de intermediación de datos, u otros sistemas electrónicos habilitados al efecto.

Cuando se trate de informes preceptivos ya elaborados por un órgano administrativo distinto al que tramita el procedimiento, éstos deberán ser remitidos en el plazo de diez días a contar desde su solicitud.

---

<sup>546</sup> Artículo 28 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.



Las Administraciones:

- no exigirán a los interesados la presentación de documentos originales, salvo que, con carácter excepcional, la normativa reguladora aplicable establezca lo contrario;
- no requerirán a los interesados datos o documentos no exigidos por la normativa reguladora aplicable, o que hayan sido aportados anteriormente por el interesado a cualquier Administración.

A estos efectos, la persona interesada deberá indicar en que momento y ante que órgano administrativo presentó los citados documentos, debiendo las Administraciones Públicas recabarlos electrónicamente a través de sus redes corporativas o de una consulta a las plataformas de intermediación de datos u otros sistemas electrónicos habilitados al efecto.

Se presumirá que esta consulta es autorizada por los interesados, salvo que conste en el procedimiento su oposición expresa o la ley especial aplicable requiera consentimiento expreso, debiendo, en ambos casos, ser informados previamente de sus derechos en materia de protección de datos de carácter personal. Excepcionalmente, si las Administraciones Públicas no pudieran recabar los citados documentos, podrán solicitar nuevamente al interesado o interesada su aportación.

Cuando con carácter excepcional, y de acuerdo con lo previsto en esta Ley, la Administración solicitara la presentación de un documento original y éste estuviera en formato papel, la persona interesada deberá obtener una copia auténtica, con carácter previo a su presentación electrónica.

La copia electrónica resultante reflejará expresamente esta circunstancia.

Excepcionalmente, cuando la relevancia del documento en el procedimiento lo exija, o existan dudas derivadas de la calidad de la copia, las Administraciones podrán solicitar de manera motivada el cotejo de las copias aportadas, para lo que podrán requerir la exhibición del documento o de la información original.

Las copias que aporten los interesados al procedimiento administrativo tendrán eficacia, exclusivamente en el ámbito de la actividad de las Administraciones Públicas.

Los interesados e interesadas se responsabilizarán de la veracidad de los documentos que presenten.

A) Especialidades del trámite de audiencia en el procedimiento administrativo para la protección de menores.

En el procedimiento administrativo para la protección de menores, este trámite de audiencia, se articula con ciertas especialidades que deben exponerse.

Se cita, en muchas ocasiones, a las personas interesada en las propias dependencias de la Administración autonómica, con la finalidad de ponerles de manifiesto el expediente y explicarles, con el lenguaje y las formas más apropiadas, el contenido del expediente, y las medidas de protección que pudieran llegar a adoptarse, así como sus efectos y sus posibles consecuencias.



Efectuado el trámite de comparecencia<sup>547</sup>, se levanta acta de sus manifestaciones, y se reseñan de forma meticulosa sus alegaciones.

La participación en el procedimiento de todas las personas implicadas en la protección del menor, no resulta sólo un propósito posible, sino que debe ser entendido como un derecho más de los menores protegidos, siendo así que cualquier menor tiene derecho a que se informe a él mismo, y a sus padres, tutores o guardadores legales, de las acciones de protección que se pretenden llevar a cabo con ellos.

#### B) La audiencia del menor.

El menor y la menor tienen derecho a ser oídos y escuchados sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, en que esté afectado, y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.

Para ello, el niño y la niña deberán recibir la información que les permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

En los procedimientos administrativos, las comparecencias o audiencias del menor y de la menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él y para ella, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias, informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

Se garantizará que el menor y la menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo, o a través de la persona que designe para que le represente.

La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto su desarrollo evolutivo, como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso.

Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Para garantizar que el menor y la menor puedan ejercitar este derecho por sí mismo o misma, serán asistidos y asistidas, en su caso, por intérpretes.

El niño y la niña podrán expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga a su interés, se podrá conocer la opinión del menor por medio:

1. de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos;
2. a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

---

<sup>547</sup> Artículo 19 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.



Siempre que en vía administrativa se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores y las menores directamente o por medio de persona que les represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al niño y a la niña y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión.

En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración.

La audiencia del propio niño o niña, en los procedimientos administrativos conducentes a su declaración en situación de riesgo o de desamparo, así como para la adopción de las concretas medidas de protección que pretendan aplicársele, su modificación o cese, será así siempre necesaria, cuando sus condiciones de madurez lo permitan, y siempre si fuere mayor de doce años.

Esta audiencia será con independencia de los casos en que, según la ley, resulte preciso que preste su consentimiento.

Nadie duda ya de la necesidad de escuchar a los niños, niñas y adolescentes, en la tramitación de los procedimientos administrativos que les afecten. Sin embargo, no siempre esta audiencia se plasma de forma efectiva en una intervención activa y directa del menor en el proceso real de toma de decisiones tan importantes, que afectan y repercuten en sus vidas, como las decisiones que se adoptan en este tipo de procedimientos. Avanzar en esta línea es una aspiración más de cara al futuro.

Cuando el procedimiento tenga su causa en una situación de abuso sexual, y siempre que por la naturaleza de los hechos, o por las condiciones del menor o de la menor se entienda necesario, las entrevistas o comparecencias del niño o de la niña, se realizarán en la forma adecuada, con el apoyo profesional que el caso exija y preservando al máximo su intimidad.

C) La audiencia de los responsables de la menor o del menor.

Siempre que sea posible, serán igualmente escuchados los padres y las madres, los tutores o las tutoras, o los guardadores o las guardadoras de hecho o de derecho, quienes podrán realizar aquellas alegaciones que estimen convenientes.

En caso de no ser posible, se harán constar los motivos en el expediente.

Su oposición o incomparecencia en la instrucción de los procedimientos para la adopción de medidas de protección de un menor o una menor, no impide dictar la resolución procedente.

Si existe obstrucción por parte de los responsables de la persona menor de edad, en estas actuaciones o comprobaciones, o la falta de colaboración ponga en riesgo su seguridad, o pueda agravar la situación de desprotección, dicha negativa será suficiente para fundamentar la resolución, cuando ello se hiciera necesario para preservar la integridad del menor o de la menor.



#### 13.13.4.4. La propuesta de resolución.

Celebrado el trámite de audiencia y vista del expediente, el órgano instructor del expediente administrativo de protección, elaborará la propuesta de resolución<sup>548</sup> sobre la medida de protección que, en su caso, se considere más adecuada.

Emitirá así un informe en el que, si procede, propondrá la adopción de las medidas de protección adecuadas a dicho caso.

La evaluación de la situación del niño y de la niña, significa llevar a cabo dos tipos de valoración, una de presente y la otra hacia el futuro.

La propuesta técnica debe abarcar, razonadamente y de forma clara y concisa:

1. la valoración sobre la severidad del daño previsible, o sufrido por el menor o la menor, que se encuentre en una potencial situación de desprotección infantil;
2. la propuesta de las medidas de protección adecuadas, con la consiguiente propuesta de separación de su núcleo familiar, si ello fuera necesario;
3. el alcance de la medida;
4. la previsión de su duración y de la forma en que se ha de ejercer;
5. los objetivos concretos a alcanzar por los cuales se propone dicha medida.

En el ámbito del Principado de Asturias, la Comisión del Menor<sup>549</sup> elevará propuestas al órgano decisor, respecto a las medidas de protección que, se consideren más idóneas en orden al interés primordial del niño o de la niña.

#### 13.13.4.5. La terminación del procedimiento.

Existen varias formas de terminación del procedimiento.

A) Resolución administrativa de protección.

En el supuesto de verificarse una situación de desprotección de una persona menor de edad, el procedimiento finalizará por resolución<sup>550</sup> administrativa motivada de tal situación.

La resolución administrativa que finaliza el procedimiento administrativo de determinación de una posible situación de desprotección de un menor o una menor, debe:

- aunar, formalmente, todas y cada una de las características propias de estos actos administrativos;

---

<sup>548</sup> Artículo 89 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>549</sup> Artículo 23 de la Ley 1/1995, del Principado de Asturias, de Protección del Menor.

<sup>550</sup> Artículo 21.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.



- redactarse con esmero y diligencia;
- precisar todas y cada una de las posibles circunstancias personales, familiares y sociales de desamparo de un menor o una menor;
- estar debidamente motivada<sup>551</sup>, con relación de hechos y fundamentos de derecho, que justifiquen la decisión adoptada.

Su atenta lectura, permite conocer y valorar las condiciones reales en que se desenvuelve la vida del niño o de la niña, que comporta su desamparo.

Esta motivación favorece un adecuado control inicial por el Ministerio Fiscal.

B) Resolución de archivo y cierre del expediente de protección.

En caso contrario, de no constatarse dicha situación, el procedimiento puede terminar mediante una resolución de archivo y el cierre del expediente de protección abierto al menor o a la menor, o la desestimación de la petición de guarda instada.

C) Caducidad del procedimiento.

Además, al transcurrir el plazo máximo establecido en la Ley, sin que la resolución sea dictada de manera expresa y notificada, se entenderá producida la caducidad del procedimiento, debiendo declararse la misma mediante resolución que ordenará el archivo de las actuaciones.

No se establece en la actualidad en el Principado de Asturias, un plazo expreso para la duración de los procedimientos administrativos de declaración de situaciones de desprotección, a diferencia de otras Comunidades Autónomas, ya que no existe una regulación reglamentaria de los mismos.

Ante esta laguna legal, debe entenderse aplicable, el plazo general para dictar la resolución de tres meses<sup>552</sup>, desde el inicio del expediente, transcurridos los cuales debiera entenderse éste caducado, sin perjuicio de que pueda iniciarse de nuevo si hubiera causa para ello.

Sin embargo, en la práctica, dicho plazo no se aplica y, pese al transcurso del plazo máximo establecido en la Ley, sin que la resolución sea dictada de manera expresa y notificada, y pese a que debiera entenderse producida la caducidad del procedimiento, debiendo declararse la misma mediante resolución que ordenará el archivo de las actuaciones, no se produce realmente esta caducidad, ni el archivo del expediente, continuándose la tramitación del mismo durante meses. Y ello, aún a sabiendas de que el plazo ha transcurrido, y todo ello amparado siempre por la posibilidad existente, de iniciar siempre de nuevo otro expediente de protección respecto del mismo o de la misma menor, en concordancia con el principio de economía procesal.<sup>553</sup>

<sup>551</sup> Artículo 35 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>552</sup> Artículo 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>553</sup> El desamparo de Menores: Normativa y práctica del Principado de Asturias", publicado en el año 2011 por la Editorial EDIUNO, de Irene Arce Fernández.



D) Finalización del procedimiento por silencio administrativo.

Recientes legislaciones autonómicas, indican expresamente la imposibilidad de finalizar el procedimiento administrativo por silencio administrativo.

### **13.13.4.6.** La notificación de las resoluciones administrativas.

A) Requisitos de la notificación.

Las resoluciones administrativas que determinen la adopción de cualesquiera medidas de protección, deberán ser notificadas<sup>554</sup>:

- al Ministerio Fiscal,
- a los padres y madres, tutores o tutoras y a guardadoras o guardadores del menor,
- al propio menor o la propia menor.

Asimismo, la resolución dictada deberá ser notificada a todas las demás personas interesadas en el procedimiento, si las hubiera.

En el caso de que los menores o las menores fueran extranjeros o extranjeras, resultaría conveniente introducir la previsión legal, ya recogida en algunas Comunidades Autónomas, de comunicar la resolución administrativa de desamparo, a la Autoridad Consular del Estado de que sean nacionales, a fin facilitar la aplicación de los tratados internacionales suscritos por España<sup>555</sup>, y de la aplicación también de la legislación en materia de extranjería.

Dicha notificación deberá de realizarse en los plazos establecidos.

También el menor protegido y la menor protegida, una vez sometidos a la acción protectora, deben ser informados por la Administración sobre:

- su situación personal,
- las medidas y actuaciones a adoptar,
- su duración y contenido,
- los derechos que le corresponden y asisten.

---

<sup>554</sup> Artículo 40 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>555</sup> A título ilustrativo, hay que destacar el Acuerdo entre Rumanía y España firmado sobre cooperación, en el ámbito de la protección de los menores de edad rumanos no acompañados en España, su repatriación y lucha contra la explotación de los mismos, hecho en Madrid a 15 de diciembre de 2005 y, que entró en vigor el día 21 de agosto de 2006, tras el cumplimiento de todos los requisitos legales necesarios para ello.



Dicha información será:

1. veraz,
2. comprensible,
3. adecuada a sus condiciones,
4. continua,
5. lo más completa posible a lo largo de todo el proceso de intervención.

B) La notificación presencial.

Recoge el Código Civil la notificación presencial de las medidas de declaración de desamparo y asunción de tutela, delimitando su procedencia, siempre que ello sea posible, y acotando que se hará de modo claro y comprensible.

Dicha notificación personal es especialmente necesaria, cuando se trata de comunicar la resolución administrativa a los menores a los que afecta.

Actualmente la Administración del Principado de Asturias, realiza dichas comunicaciones de forma presencial en múltiples ocasiones, y en más situaciones de las exigidas legalmente, tanto a los padres y madres, tutoras o tutores, como a los propios y a las propias menores, redundando así en una mejora en la calidad de la protección de los derechos fundamentales en Asturias. En el caso de estos últimos, ello se lleva a cabo siempre que tengan un grado de madurez suficiente para comprender dicha circunstancia, teniendo en cuenta que la notificación se realiza en las dependencias de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales, por personal educador altamente cualificado. En cuanto a la comunicación a los progenitores, ésta se realiza por el personal técnico que conoce dicho expediente, asesorados cuando resulta necesario, por un profesional cualificado en derecho, perteneciente a la oficina del Letrado del Menor. De dicha comunicación, queda constancia escrita en el expediente, mediante la redacción de un acta, cuya lectura se realiza al final del acto, siendo firmada por todos los comparecientes<sup>556</sup>

La notificación se extenderá a la explicación de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración, y de los posibles efectos de la decisión adoptada.

Se informa:

- a. de las medidas de protección acordadas,
- b. de sus efectos,
- c. de los medios a su alcance para impugnar la decisión acordada.

---

<sup>556</sup>El desamparo de Menores: Normativa y práctica del Principado de Asturias”, publicado en el año 2011 por la Editorial EDIUNO, de Irene Arce Fernández.



También se extremará cuidadosamente, en este acto de notificación presencial, la información completa y en lenguaje comprensible, para los receptores de dichas comunicaciones, de las acciones legales que se pueden ejercer contra dichas resoluciones administrativas, y de la existencia y disposición a su alcance del servicio de asistencia jurídica gratuita del Colegio de Abogados.

La Administración hará constar, en su caso, dentro del expediente administrativo, los intentos de notificación realizados.

En los casos en que no pueda practicarse la notificación a las personas interesadas, y ésta se deba sustituir por la inserción de anuncios, y la publicación de la resolución administrativa de declaración de desamparo en el Boletín Oficial del Principado de Asturias, el contenido de esta publicación se limitará a expresar una somera indicación del contenido de la resolución, y del lugar y plazo en que los interesados podrán comparecer, para conocer el texto íntegro de la resolución.<sup>557</sup>

### **13.13.5.** Eficacia inmediata de la resolución administrativa de desamparo.

Resuelto por la Administración Pública, que el menor o la menor debe ser separado o separada de su familia, el primer paso a seguir sería asumir su guarda.

En la mayoría de las ocasiones, esto tiene que tener lugar pese a la clara oposición de las madres y de los padres.

En estos casos, si tras el examen de todos los datos disponibles, se determina que la separación es necesaria, antes de ejecutar dicha decisión, la misma deberá ser debidamente notificada<sup>558</sup>, –salvo que se trate de situaciones de extrema urgencia–, procediendo, si los padres o las madres persisten en manifestar su oposición a la ejecución voluntaria de la medida, la ejecución forzosa de dicha resolución administrativa.

En algunos supuestos, las personas menores de edad son recogidas directamente:

- en los centros sanitarios tras el alumbramiento,
- cuando se encuentran ingresadas para cualquier tratamiento médico,
- en los centros escolares con el auxilio policial necesario.

Cualquiera de estas actuaciones de ejecución compulsiva<sup>559</sup> de esta medida será legítima, siempre que quede motivada su necesidad y la proporcionalidad de la medida, y las autoridades procedan, sin exlramitarse de ninguna forma, en sus funciones y atribuciones.

Se presenta, por tanto, como un contenido esencial de la notificación, en aquellas resoluciones que contienen la ejecución de medidas de tutela, y provocan la separación del menor o de la menor

---

<sup>557</sup> Artículo 46 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>558</sup> Artículo 97 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>559</sup> Artículo 104 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.



respecto a su familia, la comunicación efectiva del plazo dentro del cual los padres y madres, tutores y tutoras, o guardadores o guardadoras, deben entregar al menor o a la menor a la Entidad Pública de forma voluntaria, evitando así la tan difícil ejecución forzosa.

No se estipula generalmente un plazo concreto para esta entrega, siendo en la práctica estos y estas guardadores requeridos a hacerlo a la mayor brevedad, y viniendo determinado el periodo de espera en función de las circunstancias de cada caso en concreto, así como de la disposición de los padres y madres, a colaborar voluntariamente en dicha ejecución.

Es evidente, en todo caso, que cuando esta ejecución compulsiva de una medida de protección, conlleva necesariamente la entrada en el domicilio<sup>560</sup> del menor o de la menor, sería necesario contar con la preceptiva autorización para la entrada en el mismo.

La autorización para la entrada en el domicilio puede y debe ser denegada, si existe una desproporción entre el fin pretendido por dicha resolución y el derecho fundamental en juego, como ocurrirá en el supuesto concreto de que la finalidad de la resolución pueda ser conseguida por otros medios que, aunque sean muy gravosos para la Administración, dejan indemnes el derecho a la intimidad personal y familiar, y a la inviolabilidad del domicilio.

### 13.13.6. El procedimiento administrativo para la adopción de una medida de protección con carácter de urgencia.

La tramitación de urgencia se produce en aquellas ocasiones que demandan una actuación inmediata, y en las que resulta evidente la situación de desprotección de un menor o de una menor.

Nos encontramos ante supuestos que exigen una protección urgente y provisional<sup>561</sup> del menor o de la menor, por lo que la tramitación del expediente, se hará con posterioridad a la resolución de la medida de protección.<sup>562</sup>

Esto supone que la medida de protección se formalice de forma inmediata:

- sin realizar actos de instrucción,
- sin prueba,
- sin alegaciones.

Esta actuación urgente se llevará a cabo, sin perjuicio de poner los hechos en conocimiento de los padres o madres, tutoras o tutores del niño o niña, si fueran conocidos, de forma inmediata, una vez adoptada la medida de protección.

Comprende la adopción de cualquier medida que resulte necesaria para preservar la vida, la integridad física o moral, o la salud del menor o de la menor.

Estas intervenciones, caracterizadas por la gravedad y urgencia de la situación, tienen su fundamento legal en la omisión de socorro como infracción penal.

---

<sup>560</sup> Artículo 778 ter de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>561</sup> Artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>562</sup> Artículo 33 de la Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor del Principado de Asturias.



Ello no obsta a que la Administración deba ejercer esta competencia, con la medida y responsabilidad, que la gravedad de la medida conlleva.

El necesario sometimiento a la superior vigilancia del Ministerio Fiscal, de la actuación de las Administraciones Públicas competentes en materia de protección de menores, hace participar necesariamente a la Fiscalía de Menores de la resolución de estas medidas urgentes, dado que se le notifican de forma inmediata, debiendo dicho órgano, de considerarlas indebidas, inadecuadas o excesivas, solicitar inmediatamente su revocación a la Entidad Pública, o impugnarlas de forma inmediata ante la Autoridad Judicial.

# 14 LA ADOPCIÓN NACIONAL.

## 14.1. LA ADOPCIÓN EN LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.<sup>563</sup>

Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción, cuidarán de que el interés superior del niño y la niña sea la consideración primordial y:

- velarán porque la adopción del niño o la niña solo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del menor en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción, sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario.

## 14.2. LA ADOPCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.<sup>564</sup>

### 14.2.1. Constitución.

La adopción se constituirá por resolución judicial<sup>565</sup>, que tendrá en cuenta siempre:

1. el interés del adoptando,
2. la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad.

<sup>563</sup> Artículo 20.3 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>564</sup> Artículos 175 a 180 del Código Civil.

<sup>565</sup> Artículo 176 del Código Civil.





España ha ratificado el Convenio Europeo en materia de adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008.<sup>566</sup>

Este convenio, se refiere a las instituciones de adopción de menores de dieciocho años, que tengan establecido un vínculo de filiación, regulándose en el mismo los principios generales de esta institución, así como los elementos esenciales para su validez y sus efectos.

Para iniciar el expediente de adopción, será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública, a favor del adoptante o adoptantes que dicha Entidad Pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad.

No obstante, no se requerirá tal propuesta, cuando en el adoptando concurra alguna de las circunstancias siguientes:<sup>567</sup>

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

### 14.2.2. Requisitos para la adopción.

La adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años.<sup>568</sup> Si son dos los adoptantes bastará con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad.

En todo caso, la diferencia de edad entre adoptante y adoptando será de:

- al menos, dieciséis años, y no podrá ser superior a cuarenta y cinco años, salvo cuando no se requiera propuesta de la Entidad Pública;
- cuando fueran dos los adoptantes, será suficiente con que uno de ellos tenga esa diferencia máxima de edad con el adoptando;
- si los futuros adoptantes están en disposición de adoptar grupos de hermanos, o menores con necesidades especiales, la diferencia máxima de edad podrá ser superior.

No pueden ser adoptantes los que no puedan ser tutores.<sup>569</sup>

---

<sup>566</sup> Instrumento de Ratificación de fecha 16 de julio de 2010, del Convenio Europeo en materia de adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, y publicado en el BOE de fecha 13 de julio de 2011.

<sup>567</sup> Artículo 176.2 del Código Civil.

<sup>568</sup> Artículo 175 del Código Civil.

<sup>569</sup> Remisión a lo dispuesto en los artículos 241, 243 y 244 del Código Civil.



Únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados o las menores no emancipadas.

Por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad, o de un menor emancipado o una menor emancipada, cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes, o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año.<sup>570</sup>

No puede adoptarse:

- 1) a un descendiente,
- 2) a un pariente en segundo grado de línea colateral por consanguinidad o afinidad,
- 3) a un pupilo por su tutor, hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.

Nadie podrá ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges, o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal.

El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción, permitirá al cónyuge la adopción de los hijos e hijas de su consorte. Esta previsión será también de aplicación a las parejas que se constituyan con posterioridad.

En caso de muerte del adoptante, será posible una nueva adopción del adoptando.

En caso de que el adoptando se encontrara en acogimiento permanente o guarda con fines de adopción de dos cónyuges, o de una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, la separación o divorcio legal, o ruptura de la relación de los mismos, que conste fehacientemente con anterioridad a la propuesta de adopción, no impedirá que pueda promoverse la adopción conjunta, siempre y cuando se acredite la convivencia efectiva del adoptando con ambos cónyuges, o con la pareja unida por análoga relación de naturaleza análoga a la conyugal, durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción.<sup>571</sup>

### 14.2.3. Idoneidad de los adoptantes.<sup>572</sup>

Se entiende por idoneidad, la capacidad, aptitud y motivación adecuadas:

- para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar,
- para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción.

---

<sup>570</sup> Artículo 175.2 del Código Civil.

<sup>571</sup> Artículo 175.5 del Código Civil.

<sup>572</sup> Artículo 176.3 del Código Civil.



La declaración de idoneidad deberá ser previa a la propuesta de la Entidad Pública necesaria para la constitución de la adopción.

La declaración de idoneidad por la Entidad Pública, requerirá una valoración psicosocial, sobre:

1. la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes,
2. su capacidad para establecer vínculos estables y seguros,
3. sus habilidades educativas,
4. su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias.

Dicha declaración de idoneidad, se formalizará mediante la correspondiente resolución.

No podrán ser declarados idóneos para la adopción:

- quienes se encuentren privados de la patria potestad,
- quienes tengan suspendido su ejercicio,
- quienes tengan confiada la guarda de un hijo a la Entidad Pública.

Las personas que se ofrezcan para la adopción, deberán asistir a las sesiones informativas y de preparación organizadas por la Entidad Pública, o por la Entidad colaboradora autorizada.

Las Administraciones Públicas realizarán las actuaciones necesarias para establecer un mecanismo eficaz, que permita la asignación a familias adecuadas, de aquellos y aquellas menores con un perfil determinado, en cuya Comunidad Autónoma no existan ofrecimientos de familias para adopciones.<sup>573</sup>

#### **14.2.4.** Consentimientos, asentimientos y audiencias necesarias.

a) Habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez:<sup>574</sup>

1. el adoptante o adoptantes,
2. el adoptando mayor de doce años.

b) Deberán asentir la adopción:<sup>575</sup>

- a) el cónyuge o persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, salvo que medie separación, o divorcio legal, o ruptura de la pareja que conste fehacientemente, excepto en los supuestos en que la adopción se vaya a formalizar de forma conjunta;

---

<sup>573</sup> Disposición adicional quinta de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>574</sup> Artículo 177.1 del Código Civil.

<sup>575</sup> Artículo 177.2 del Código Civil.



b) los progenitores del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme, o incurso en causa legal para tal privación; esta situación solo podrá apreciarse en el procedimiento judicial contradictorio que se tramitará conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No será necesario el asentimiento, cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello, imposibilidad que se apreciará motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción.

Tampoco será necesario el asentimiento de los progenitores que tuvieren suspendida la patria potestad, cuando hubiera transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de situación de desamparo:

- sin oposición a la misma,
- cuando, interpuesta en plazo, hubiera sido desestimada.

El asentimiento de la madre no podrá prestarse, hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto.<sup>576 577</sup>

En las adopciones que exijan propuesta previa, no se admitirá que el asentimiento de los progenitores se refiera a adoptantes determinados.

c) Deberán ser oídos por el Juez:

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

d) Los consentimientos y asentimientos deberán otorgarse:

1. libremente,
2. en la forma legal requerida,
3. por escrito,
4. previa información de sus consecuencias.

---

<sup>576</sup> Artículo 177.2 del Código Civil.

<sup>577</sup> Convenio Europeo de adopción hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008 y ratificado por España.



### 14.2.5. Efectos de la adopción.

La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptando y su familia de origen.<sup>578</sup>

Por excepción, subsisten los vínculos jurídicos con la familia del progenitor que según el caso, corresponda:

- cuando el adoptado sea hijo o hija del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, aunque el consorte o la pareja hubiera fallecido;
- cuando uno solo de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiera sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir.

Lo establecido en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales.

### 14.2.6. Extinción de la adopción.

La adopción es irrevocable.<sup>579</sup>

El Juez acordará la extinción de la adopción a petición de cualquiera de los progenitores que, sin culpa suya, no hubieran intervenido en el expediente en los términos expresados.

Será también necesario que la demanda se interponga dentro de los dos años siguientes a la adopción, y que la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor.

Si el adoptado fuera mayor de edad, la extinción de la adopción requerirá su consentimiento expreso.

La extinción de la adopción:

- no es causa de la pérdida de la nacionalidad,
- ni de la vecindad civil adquirida,
- ni alcanza a los efectos patrimoniales anteriormente producidos.

La determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado, no afecta a la adopción.

---

<sup>578</sup> Artículo 178 del Código Civil.

<sup>579</sup> Artículo 180 del Código Civil.



### 14.3. LA ADOPCIÓN ABIERTA.<sup>580</sup>

Cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad, o cualquier otra circunstancias significativa valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto, a través de visitas o comunicaciones entre el menor o la menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos.

En estos casos, el Juez o la Jueza, al constituir la adopción, podrá acordar el mantenimiento de dicha relación:

- determinando su periodicidad, duración y condiciones,
- a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal,
- con el consentimiento de la familia adoptiva y del adoptando si tuviera suficiente madurez, y siempre si fuere mayor de doce años.

En todo caso, será oído el adoptando menor de doce años de acuerdo a su edad y madurez.

Si fuere necesario, dicha relación se llevará a cabo con la intermediación de la Entidad Pública o entidades acreditadas a tal fin.

El Juzgado podrá acordar, también, su modificación o finalización en atención al interés superior del menor o de la menor.

La Entidad Pública remitirá a la Jueza o al Juez, informes periódicos sobre el desarrollo de las visitas y comunicaciones, así como propuestas de mantenimiento o modificación de las mismas durante los dos primeros años y, transcurridos estos a petición del Juzgado.

Están legitimados para solicitar la suspensión o supresión de dichas visitas o comunicaciones:

- la Entidad Pública,
- la familia adoptiva,
- la familia de origen
- el menor si tuviese suficiente madurez y en todo caso, si fuere mayor de doce años.

En la declaración de idoneidad deberá hacerse constar si las personas que se ofrecen a la adopción, aceptarían adoptar a una menor o a un menor que fuese a mantener la relación con la familia de origen.

Esta figura de adopción abierta está establecida con diferente amplitud y contenido en la legislación de otros países<sup>581</sup>.

---

<sup>580</sup> Artículo 178.4 del Código Civil.

<sup>581</sup> Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.



La oportunidad de introducir esta figura en nuestro ordenamiento jurídico, en la reforma de la legislación de infancia de 2015, obedece a la búsqueda de alternativas consensuadas, familiares y permanentes que permitan dotar de estabilidad familiar a algunos menores, especialmente los más mayores, cuya adopción presenta más dificultades.

A través de la adopción abierta, se flexibiliza la institución de la adopción, posibilitando que:

- la familia de origen acepte mejor la pérdida,
- que el menor o la menor pueda beneficiarse de una vida estable en su familia adoptante,
- que el menor o la menor mantenga vínculos con la familia de la que proviene, en especial con sus hermanas y hermanos, y con la que, en muchos casos, ha mantenido relación durante el acogimiento.

#### **14.4.** EXCLUSIÓN DE LAS FUNCIONES TUTELARES DEL ADOPTANTE.<sup>582</sup>

El Juzgado, a petición del Ministerio Fiscal, del adoptado o de su representante legal, acordará que el adoptante que hubiere incurrido en causa de privación de la patria potestad, quede excluido de las funciones tutelares, y de los derechos que por ley le correspondan, respecto del adoptado o sus descendientes, o en sus herencias.

Una vez alcanzada la plena capacidad, la exclusión sólo podrá ser pedida por el adoptado, dentro de los dos años siguientes.

Dejarán de producir efecto estas restricciones, por determinación del propio hijo o de la propia hija, una vez alcanzada la plena capacidad.

#### **14.5.** LA DELEGACIÓN DE GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN.<sup>583</sup>

La previsión legal de delegación de guarda con fines de adopción permite que<sup>584</sup>, con anterioridad a que la Entidad Pública formule la correspondiente propuesta al Juez o Jueza para la constitución de la adopción, pueda iniciarse la convivencia provisional entre el menor o la menor y las personas consideradas idóneas para la adopción, hasta que se dicte la oportuna resolución judicial, con el fin de evitar que el niño o la niña tenga que permanecer durante ese tiempo, en un centro de protección o con otra familia.

La Entidad Pública podrá delegar la guarda de un menor declarado en situación de desamparo en las personas que, reuniendo los requisitos de capacidad para adoptar<sup>585</sup>, y habiendo prestado su consentimiento, hayan sido preparadas, declaradas idóneas y asignadas para su adopción.

---

<sup>582</sup> Artículo 179 del Código Civil.

<sup>583</sup> Artículo 176 bis del Código Civil.

<sup>584</sup> Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>585</sup> Artículo 175 del Código Civil.



A tal efecto, la Entidad Pública, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, delegará la guarda con fines de adopción hasta que se dicte la resolución judicial de adopción, mediante resolución administrativa debidamente motivada, previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, que se notificará a los progenitores o tutores no privados de la patria potestad o tutela.

Los guardadores con fines de adopción tendrán los mismos derechos y obligaciones que los acogedores familiares.

Salvo que convenga otra cosa al interés del menor o la menor, la Entidad Pública procederá a suspender el régimen de visitas y relaciones con la familia de origen, cuando se inicie el periodo de convivencia a que se refiere el apartado anterior, excepto en los casos previstos<sup>586</sup>.

La propuesta de adopción al Juez tendrá que realizarse en el plazo más breve posible y, en todo caso, antes de transcurridos tres meses desde el día en el que se hubiera acordado la delegación de guarda con fines de adopción.

No obstante, cuando la Entidad Pública considere necesario, en función de la edad y circunstancias de la menor o del menor, establecer un periodo de adaptación a la familia, dicho plazo de tres meses podrá prorrogarse hasta un máximo de un año.

En el supuesto de que el Juzgado no considerase procedente esa adopción, la Entidad Pública deberá determinar la medida protectora más adecuada para el menor o la menor.

## 14.6. EL DERECHO A CONOCER LOS DATOS SOBRE SUS ORÍGENES BIOLÓGICOS.<sup>587 588</sup>

Las Entidades Públicas asegurarán la conservación de la información de que dispongan relativa a los orígenes del menor o la menor, en particular la información respecto de la identidad de sus progenitores, así como la historia médica del niño o de la niña y de su familia, y se conservarán durante al menos cincuenta años con posterioridad al momento en que la adopción se haya hecho definitiva.

La conservación se llevará a cabo a los solos efectos de que la persona adoptada pueda ejercitar el derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos.

Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos.

Las Entidades Públicas, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados, el asesoramiento y la ayuda que precisen para hacer efectivo este derecho.

A estos efectos, cualquier Entidad Pública o privada, tendrá obligación de facilitar a las Entidades Públicas y al Ministerio Fiscal, cuando les sean requeridos, los informes y antecedentes necesarios sobre el menor o la menor y su familia de origen.

---

<sup>586</sup> Artículo 178.4 del Código Civil.

<sup>587</sup> Artículo 180.5 y 6 del Código Civil.

<sup>588</sup> Observatorio estatal de la Infancia del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad: "Proyecto de investigación sobre la normativa sobre la búsqueda de orígenes de los adoptados en España y el derecho comparado", en colaboración con la Universidad Complutense de Madrid.



# 15 LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL.

## 15.1. LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.<sup>589</sup>

Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción, cuidarán de que el interés superior del niño y de la niña sea la consideración primordial y:

- reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar a la niña y al niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda, o entregado a una familia adoptiva, o no pueda ser atendido de manera adecuada en su país de origen;
- velarán porque el niño o la niña que vaya a ser adoptado en otro país, goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;
- adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;
- promoverán, cuando corresponda, los objetivos anteriores mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales, y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del menor en otro país, se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

---

<sup>589</sup> Artículo 20.3 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.





## 15.2. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA LEY DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL.

Las circunstancias económicas y demográficas de determinados países, en los que muchos niños y niñas no han podido encontrar un ambiente propicio para su desarrollo, unido al descenso de la natalidad en España, han originado que, en los últimos años, el número de menores extranjeros adoptados por españoles o residentes en España se haya incrementado notablemente.<sup>590</sup>

En dicha situación, surgen nuevas necesidades y demandas sociales de las que se han hecho eco numerosas instituciones, tanto públicas como privadas, que han trasladado la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico a la realidad social actual.

El aumento de adopciones constituidas en el extranjero, supone, a su vez, un desafío jurídico de grandes proporciones para el legislador, que debe facilitar los instrumentos normativos precisos para que la adopción tenga lugar con las máximas garantías y respeto a los intereses de los menores a adoptar, posibilitando el desarrollo armónico de la personalidad de la niña y del niño en el contexto de un medio familiar propicio.

Todo ello en el marco de la más escrupulosa seguridad jurídica, que redundará siempre en beneficio de todos los participantes en la adopción internacional, especialmente, y en primer lugar, en beneficio del menor adoptado.

El trascurso de los años ha proporcionado perspectiva suficiente para apreciar la oportunidad de una ley, que pusiera fin a la dispersión normativa característica de la legislación anterior, y reuniera una regulación completa de las cuestiones de derecho internacional privado, necesariamente presentes en todo proceso de adopción internacional.

Esta nueva norma concibe la adopción internacional como una medida de protección de los menores, que no pueden encontrar una familia en sus países de origen, y establece las garantías necesarias y adecuadas para:

- asegurar que las adopciones internacionales se realicen, ante todo, en interés superior del menor y con respeto a sus derechos;
- evitar y prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños y niñas;
- asegurar, al mismo tiempo, la no discriminación del menor por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social.

---

<sup>590</sup> Exposición de Motivos de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.



### 15.3. REFERENCIAS JURÍDICAS DE LA LEY DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL.

La ley de Adopción Internacional conjuga los principios y valores de nuestra Constitución, con las disposiciones de los instrumentos internacionales en materia de adopción que son parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Esta ley tiene por objeto una regulación normativa sistemática, coherente y actualizada, que permite dar respuesta al fenómeno de la adopción internacional en España.

La finalidad de la ley es:<sup>591</sup>

- proteger los derechos de los menores que van a ser adoptados,
- considerar los derechos de las personas que se ofrecen para la adopción y demás personas implicadas en el proceso de adopción internacional.

Además, la presente ley, ha de ser siempre interpretada con arreglo al principio del interés superior de los menores y las menores, que prevalecerá sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir en los procesos de adopción internacional.

La comunicación entre las autoridades centrales españolas competentes y las autoridades competentes de otros Estados, se coordinará de acuerdo con lo previsto en el Convenio de la Haya<sup>592</sup>, aunque no sean parte en el mismo.

La Ley regula además, aspectos claves de derecho internacional privado<sup>593</sup> relativos a la adopción internacional, tales como:

- A) la competencia judicial internacional para:
  1. la constitución de las adopciones en supuestos internacionales,
  2. la declaración de nulidad de una adopción en supuestos internacionales,
  3. la conversión en adopción plena de una adopción no plena,
  4. la constitución de las demás medidas de protección;
- B) la competencia de los cónsules en la constitución de adopciones internacionales;
- C) la ley aplicable a las adopciones:
  - a) la ley española,
  - b) la ley extranjera;
- D) la cooperación internacional de autoridades;
- E) los efectos en España de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras.

Esta Ley deslinda las competencias de las diversas Administraciones Públicas.<sup>594</sup>

<sup>591</sup> Artículo 2 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

<sup>592</sup> 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.

<sup>593</sup> Título II de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

<sup>594</sup> Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.



Así, se determinan ciertas competencias:

- competencias de la Administración General del Estado, como la política exterior,
- competencias que se mantienen como competencias autonómicas, a través de la intervención de las Entidades Públicas autonómicas.

## 15.4. CONCEPTO DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL.

Se entiende por adopción internacional<sup>595</sup>, aquella en la que, un menor considerado adoptable por la autoridad extranjera competente, y con residencia habitual en el extranjero, es o va a ser desplazado a España por adoptantes con residencia habitual en España:

- después de su adopción en el Estado de origen,
- con la finalidad de constituir tal adopción en España.

La tramitación de ofrecimientos para la adopción de aquellos menores extranjeros que hayan sido desplazados a España en programas humanitarios de estancia temporal por motivo de vacaciones, estudios o tratamiento médico, requerirá que tales estancias hayan finalizado, y que en su país de origen hayan sido declarados adoptables.<sup>596</sup>

En las adopciones internacionales, nunca podrán producirse beneficios financieros distintos de aquellos que fueran precisos para cubrir estrictamente los gastos necesarios de la intermediación, y aprobados por la Administración General del Estado y por las Entidades Públicas.<sup>597</sup>

Cuando la adopción internacional se haya constituido en el extranjero y los adoptantes tengan su residencia habitual en España, deberán solicitar la inscripción del nacimiento del menor y de adopción conforme a las normas contenidas en la Ley del Registro Civil, para que la adopción se reconozca en España.<sup>598</sup>

## 15.5. SUPUESTOS EN QUE NO CABE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL.

No se tramitarán ofrecimientos para la adopción de menores nacionales de otro país, o con residencia habitual en otro Estado, en las siguientes circunstancias:<sup>599</sup>

1. cuando el país en que el menor adoptando tenga su residencia habitual se encuentre en conflicto bélico o inmerso en un desastre natural;

---

<sup>595</sup> Artículo 1 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

<sup>596</sup> Artículo 4.4 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

<sup>597</sup> Artículo 6.6 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

<sup>598</sup> Artículo 29 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

<sup>599</sup> Artículo 4.2 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.



2. si no existe en el país una autoridad específica que controle y garantice la adopción, y que remita a las autoridades españolas la propuesta de asignación, con información sobre la posibilidad de adopción del menor, y el resto de la información necesaria;
3. cuando en el país no se den las garantías adecuadas para la adopción, y las prácticas y trámites de la misma no respeten el interés del menor o de la menor, o no cumplan los principios éticos y jurídicos internacionales.

## 15.6. POLÍTICA EXTERIOR.

La Administración General del Estado, en colaboración con las Entidades Públicas, determinará:<sup>600</sup>

- La iniciación de la tramitación de adopciones con cada país de origen de los menores y las menores, así como la suspensión o paralización de la tramitación de adopciones:
  - la Administración General del Estado, antes de determinar la iniciación, suspensión o paralización de la tramitación de adopciones con cada país de origen de los menores, recabará información de los organismos acreditados, si los hubiera;
  - también podrá recabar información de aquellos terceros países que hayan iniciado, suspendido o paralizado la tramitación de adopciones con el citado país de origen, así como con la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.
- Los países que están incurso en alguna de las circunstancias que imposibilitan la tramitación de adopciones internacionales, a efectos de decidir si procede iniciar o suspender la tramitación de adopciones con ellos.
- El número de expedientes<sup>601</sup> de adopción internacional que remitirá anualmente a cada país de origen de los menores, teniendo en cuenta la media de adopciones constituidas en los últimos dos años, y el número de expedientes que se encuentran pendientes de asignación de un menor.
  - a tal efecto, no podrá tramitarse con cada país un número de expedientes superior a tres veces la media de adopciones constituidas en dicho periodo, salvo que los cambios de legislación, prácticas y políticas sobre adopción internacional de los países lo justifiquen;
  - en el supuesto de inicio de la tramitación con un nuevo país, se fijará este número en función de la información disponible sobre expectativas de adopción con ese país;
  - la distribución de este número máximo entre Comunidades Autónomas y organismos acreditados se fijará por acuerdo con las Entidades Públicas;
  - no se establecerá cupo alguno para la tramitación de adopciones de menores con necesidades especiales, salvo que existan circunstancias que lo justifiquen.

<sup>600</sup> Artículo 4 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

<sup>601</sup> Artículo 4.5 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.



## 15.7. INTERVENCIÓN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS.

En materia de adopción internacional, corresponde a las Entidades Públicas:<sup>602</sup>

- A) organizar y facilitar la información sobre legislación, requisitos y trámites necesarios en España, y en los países de origen de los menores y las menores, velando para que esa información sea lo más completa, veraz y actualizada posible, y de libre acceso para las familias interesadas, y por los organismos acreditados;
- B) facilitar a las familias la formación necesaria a lo largo de todo el proceso, que les permita comprender y afrontar las implicaciones de la adopción internacional, preparándolas para el adecuado ejercicio de sus responsabilidades parentales una vez constituida aquella; podrán delegar esta función en organismos acreditados o en instituciones o entidades debidamente autorizadas;
- C) recibir los ofrecimientos para la adopción en todo caso, y su tramitación, ya sea directamente o a través de organismos acreditados;
- D) expedir, en todo caso, los certificados de idoneidad, previa elaboración, bien directamente o a través de instituciones o entidades debidamente autorizadas, del informe psicosocial de las personas que se ofrecen para la adopción, y cuando lo exija el país de origen del adoptando, el compromiso de seguimiento;
- E) recibir la asignación del menor de las autoridades competentes del país de origen en la que figure información sobre su identidad, su posibilidad de adopción, su medio social y familiar, su historia médica y necesidades particulares; así como la información relativa al otorgamiento de los consentimientos de personas, instituciones y autoridades requeridas por la legislación del país de origen.
- F) dar la conformidad respecto a la adecuación de las características del menor asignado por el organismo competente del país de origen, con las que figuren en el informe psicosocial, que acompaña el certificado de idoneidad;
- G) ofrecer a lo largo del proceso de adopción internacional apoyo técnico dirigido a los menores, a las menores y a las personas que se ofrecen para la adopción, prestándose particular atención a las personas que vayan a adoptar, o hayan adoptado menores con características o necesidades especiales; durante la estancia de los adoptantes en el extranjero, podrán contar con la colaboración del Servicio Exterior;
- H) realizar los informes de los seguimientos requeridos por el país de origen del menor, que podrán encomendarse a los organismos acreditados o a otras entidades autorizadas;
- I) establecer recursos de apoyo post-adoptivo y de mediación para la búsqueda de orígenes, para la adecuada atención de adoptados y adoptantes, que podrán encomendarse a organismos acreditados o a entidades autorizadas;
- J) informar preceptivamente a la Administración General del Estado sobre la acreditación de los organismos, así como controlar, inspeccionar y elaborar las directrices de seguimiento de los organismos que tengan su sede en su ámbito territorial, para aquellas actividades de intermediación que se lleven a cabo en su territorio;
- K) promover medidas para lograr la máxima coordinación y colaboración entre ellas; en particular, procurarán la homogeneización de procedimientos, plazos y costes;
- L) las Entidades Públicas facilitarán a la Administración General del Estado información estadística sobre la tramitación de expedientes de adopción internacional.

---

<sup>602</sup> Artículo 5 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.



## 15.8. LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN EN LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL.

Se entiende por intermediación en adopción internacional, toda actividad que, tenga por objeto intervenir, poniendo en contacto o en relación a las personas que se ofrecen para la adopción, con las autoridades, organizaciones e instituciones del país de origen o residencia del menor, susceptible de ser adoptado, y prestar la asistencia suficiente para que la adopción se pueda llevar a cabo.<sup>603</sup>

La función de intermediación en la adopción internacional podrá efectuarse:

1. por las Entidades Públicas directamente con las Autoridades Centrales en los países de origen de los menores,
2. por los organismos debidamente acreditados.

Siguiendo la terminología del Convenio de la Haya, las Entidades Colaboradoras de adopción internacional pasan a denominarse organismos acreditados para la adopción internacional.<sup>604</sup>

Ninguna otra persona o Entidad, podrá intervenir en funciones de intermediación para adopciones internacionales.

Las funciones que pueden realizar los organismos acreditados para la intermediación, son las siguientes:<sup>605</sup>

- A) información a los interesados en materia de adopción internacional;
- B) asesoramiento, formación y apoyo a las personas que se ofrecen para la adopción, en el significado e implicaciones de la adopción, en los aspectos culturales relevantes, y en los trámites que necesariamente deben realizar en España, y en los países de origen de los menores;
- C) intervención en la tramitación de expedientes de adopción ante las autoridades competentes, tanto españolas como extranjeras;
- D) intervención en la tramitación y realización de las gestiones correspondientes para el cumplimiento de las obligaciones post-adoptivas establecidas para los adoptantes en la legislación del país de origen del menor adoptado, que les serán encomendadas en los términos fijados por la Entidad Pública española, donde resida la familia que se ofrece para la adopción.

Para la adopción internacional solo podrán ser acreditadas las entidades sin ánimo de lucro:<sup>606</sup>

1. inscritas en el Registro correspondiente,
2. que tengan como finalidad en sus estatutos la protección de menores,
3. que dispongan en territorio nacional de los medios materiales y equipos pluridisciplinares necesarios para el desarrollo de las funciones encomendadas,
4. que estén dirigidas y administradas por personas cualificadas por su integridad moral, por su formación y por su experiencia en el ámbito de la adopción internacional.

<sup>603</sup> Artículo 6.1. de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

<sup>604</sup> Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>605</sup> Artículo 6.3 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

<sup>606</sup> Artículo 7 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.



A la Administración General del Estado le compete:

- la acreditación de los organismos, previo informe de la Entidad Pública en cuyo territorio tengan su sede, así como su control y seguimiento respecto a las actividades de intermediación que vayan a desarrollar en el país de origen de los menores;
- un Registro público nacional específico de organismos acreditados;
- establecer, en colaboración con las Comunidades Autónomas, un número máximo de organismos acreditados para intermediación en un país concreto, en función de las necesidades de adopción internacional en ese país, las adopciones constituidas u otras cuestiones sobre la previsión de posibilidades de adopción internacional en el mismo.

El control, inspección y seguimiento de estos organismos con respecto a las actividades que se vayan a desarrollar en el territorio de cada Comunidad Autónoma corresponderá a la Entidad Pública competente en cada una de ellas.

Las personas que se ofrecen para la adopción, podrán contratar los servicios de intermediación de cualquier organismo que se encuentre acreditado por la Administración General del Estado.

El organismo y las personas que se ofrecen para la adopción, formalizarán un contrato<sup>607</sup> referido exclusivamente a las funciones de intermediación que aquélla asume con respecto a la tramitación del ofrecimiento de adopción.

El modelo básico de contrato ha de ser previamente homologado por la Administración General del Estado y las Entidades Públicas.

## 15.9. LA DECLARACIÓN DE IDONEIDAD DE LOS ADOPTANTES PARA LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL.

La declaración de idoneidad requerirá una valoración psicosocial sobre:<sup>608</sup>

- la situación personal, familiar y relacional de las personas que se ofrecen para la adopción,
- su capacidad para establecer vínculos estables y seguros,
- sus habilidades educativas,
- su aptitud para atender a un menor o a una menor en función de sus particulares circunstancias,
- cualquier otro elemento útil relacionado con la singularidad de la adopción internacional.

Asimismo, en dicha valoración psicosocial se deberá escuchar a los hijos e hijas de quienes se ofrecen para la adopción.

---

<sup>607</sup> Artículo 8.2 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

<sup>608</sup> Artículo 10 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.



La declaración de idoneidad y los informes psicosociales referentes a la misma, tendrán una vigencia máxima de tres años desde la fecha de su emisión por la Entidad Pública, siempre que no se produzcan modificaciones sustanciales, en la situación personal y familiar de las personas que se ofrecen para la adopción, que dieron lugar a dicha declaración.

Esta Ley define a los futuros adoptantes, no como solicitantes, sino como personas que se ofrecen para la adopción.<sup>609</sup>

Así mismo, la Ley detalla con claridad las obligaciones de los adoptantes.

Las personas que se ofrecen para la adopción deben asistir a las sesiones informativas y de preparación organizadas por la Entidad Pública, o por el organismo acreditado, con carácter previo y obligatorio a la solicitud de la declaración de idoneidad.<sup>610</sup>

Los adoptantes deben facilitar, en el tiempo previsto, la información, documentación y entrevistas que la Entidad Pública, organismo acreditado o entidad autorizada precisen, para la elaboración de los informes de seguimiento post-adoptivo exigidos por la Entidad Pública, o por la autoridad competente del país de origen.

Los adoptantes deberán cumplir en el tiempo previsto los trámites post-adoptivos establecidos por la legislación del país de origen del menor adoptado, recibiendo para ello la ayuda y asesoramiento preciso, por parte de las Entidades Públicas y los organismos acreditados.

## 15.10. EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS.<sup>611</sup>

Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de la legislación de los países de procedencia de los menores.

Este derecho se hará efectivo con el asesoramiento, la ayuda y mediación de los servicios especializados de:

- la Entidad Pública,
- los organismos acreditados o entidades autorizadas para tal fin.

Las Entidades Públicas competentes, asegurarán la conservación de la información de que dispongan, relativa a los orígenes del niño o de la niña, en particular la información respecto a la identidad de sus progenitores, así como la historia médica del menor y de su familia.

Los organismos acreditados que hubieran intermediado en la adopción, deberán informar a las Entidades Públicas de los datos de los que dispongan sobre los orígenes del menor.

<sup>609</sup> Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>610</sup> Artículo 11 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

<sup>611</sup> Artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.



# 16

## LA TUTELA ORDINARIA, Y OTRAS MEDIDAS CIVILES DE GUARDA Y PROTECCIÓN DE LOS MENORES.

### 16.1. LA GUARDA DE HECHO.

El Código Civil <sup>612</sup> dispone que, si la autoridad judicial tiene conocimiento, de la existencia de un guardador de hecho, podrá:

- requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor,
- establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

Cautelarmente, se podrá:

- constituir un acogimiento temporal del menor por los guardadores,
- si procediere, otorgarles judicialmente facultades tutelares a los guardadores.

Estas medidas judiciales de control y vigilancia se adoptarán, previa comparecencia, citando al menor o a la menor, si procediese, al guardador y al Ministerio Fiscal, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela. <sup>613</sup>

Si además de la situación de guarda de hecho, se dan los presupuestos objetivos de falta de asistencia moral o material, procederá la declaración de desamparo del menor.

<sup>612</sup> Artículo 303 del Código Civil.

<sup>613</sup> Artículo 52 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.



En los demás casos, el guardador de hecho podrá promover su nombramiento como tutor y:

- la privación o suspensión de la patria potestad,
- la remoción de la tutela.

Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor, no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad.<sup>614</sup>

Antes de la reforma de la legislación de infancia de 2015, la doctrina del Tribunal Supremo<sup>615</sup> en relación a la guarda de hecho, era distinta, a lo regulado actualmente por el Código Civil tras la reforma. Así, cuando un guardador de hecho prestaba a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, antes de la reforma, ni se excluía ni se imponía declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección.

## 16.2. OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES DE EDAD.

La guarda y protección de la persona y bienes de los menores se realizará, en los casos en que proceda, mediante<sup>616</sup>:

- 1º. la tutela,
- 2º. la curatela,
- 3º. el defensor judicial.

### 16.2.1. Características generales de los cargos tutelares.

Las funciones tutelares:<sup>617</sup>

- constituyen un deber,
- se ejercerán en beneficio del tutelado y,
- estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial.

Solo se admitirá la excusa de los cargos tutelares en los supuestos legalmente previstos.

<sup>614</sup> Artículo 304 del Código Civil.

<sup>615</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala Primera de lo Civil, de 27 de octubre de 2014 [LA LEY 149443/2014].

<sup>616</sup> Artículo 215 del Código Civil.

<sup>617</sup> Artículo 216 del Código Civil.



La persona que en el ejercicio de una función tutelar sufra daños y perjuicios, sin culpa por su parte, tendrá derecho a la indemnización de éstos con cargo a los bienes del tutelado o tutelada, de no poder obtener por otro medio su resarcimiento.

Se prohíbe a quien desempeñe algún cargo tutelar:<sup>618</sup>

1. recibir liberalidades del tutelado, de la tutelada o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión;
2. representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero, y existiera conflicto de intereses;
3. adquirir por título oneroso bienes del tutelado, o transmitirle por su parte bienes por igual título.

### 16.2.2. Inscripción de los cargos tutelares en el Registro Civil.

Las resoluciones judiciales sobre cargos tutelares y de curatela habrán de inscribirse en el Registro Civil.<sup>619</sup>

Dichas resoluciones no serán oponibles a terceros mientras no se hayan practicado las oportunas inscripciones.

La inscripción de estas resoluciones se practicará en virtud de testimonio remitido al Encargado del Registro Civil.

### 16.2.3. Disposiciones comunes de los expedientes de tutela, curatela y guarda de hecho.<sup>620</sup>

Será competente para el conocimiento de este expediente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor.

El órgano judicial que haya conocido de un expediente sobre tutela, curatela o guarda de hecho, será competente para conocer de todas las incidencias, trámites y adopción de medidas posteriores, siempre que el menor o la menor resida en la misma circunscripción.

En caso contrario, para conocer de alguna de esas incidencias, será preciso que se pida testimonio completo del expediente al Juzgado que anteriormente conoció del mismo.

En estos expedientes no será preceptiva la intervención de Abogado o Abogada, ni Procuradora ni Procurador, salvo en el relativo a la remoción del tutor o curador, en el que será necesaria la intervención de Abogado o Abogada.

---

<sup>618</sup> Artículo 221 del Código Civil.

<sup>619</sup> Artículos 218 y 219 del Código Civil.

<sup>620</sup> Artículo 43 y ss de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.



## 16.3. LA TUTELA.

### 16.3.1. Menores sujetos a tutela.

Estarán sujetos a tutela:<sup>621</sup>

- 1º/ los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad,
- 2º/ los menores incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido,
- 3º/ los menores que se hallen en situación de desamparo.

### 16.3.2. Nombramiento del tutor en testamento.

Los padres en testamento, o documento público notarial, podrán:<sup>622</sup>

- nombrar tutor,
- establecer órganos de fiscalización de la tutela,
- designar las personas que hayan de integrarlos,
- ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos e hijas menores.

Estos documentos públicos se comunicarán de oficio por el Notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.

Estas disposiciones vincularán al Juez o a la Jueza al constituir la tutela, salvo que el beneficio del menor exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada.

Cuando existieren disposiciones en testamento o documento público notarial del padre y de la madre, se aplicarán unas y otras conjuntamente, en cuanto fueran compatibles.

De no serlo, se adoptarán por el Juez, en decisión motivada, las que considere más convenientes para el tutelado o tutelada.

Serán ineficaces las disposiciones hechas en testamento o documento público notarial, sobre la tutela, si, en el momento de adoptarlas, el disponente hubiese sido privado de la patria potestad.

El que disponga bienes a título gratuito en favor de un menor, podrá establecer las reglas de administración de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercerla.

Las funciones no conferidas al administrador corresponden al tutor.

---

<sup>621</sup>Artículo 222 del Código Civil.

<sup>622</sup> Artículos 223 a 227 del Código Civil.



### 16.3.3. Promoción y constitución de la tutela.<sup>623</sup>

Si el Ministerio Fiscal o el Juzgado competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción, alguna persona que deba ser sometida a tutela, pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela.

Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor, y si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la Autoridad Judicial el hecho determinante de la tutela.

La Jueza o el Juez constituirá la tutela, previa audiencia de los parientes más próximos, de las personas que considere oportuno, y en todo caso, del tutelado o tutelada si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años.

La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado.

En cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe sobre:

- la situación del menor o de la menor,
- el estado de la administración de la tutela.

El Juzgado podrá establecer, en la resolución por la que se constituya la tutela o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas, en beneficio del tutelado.

### 16.3.4. Nombramiento, remoción y excusas del tutor o tutora.

A) Para el nombramiento del tutor o tutora del menor de edad se preferirá:<sup>624</sup>

- 1º al cónyuge que conviva con el tutelado,
- 2º a los padres,
- 3º a la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad,
- 4º al descendiente, ascendiente o hermano o hermana que designe el Juez.

<sup>623</sup> Artículos 228 a 233 del Código Civil.

<sup>624</sup> Artículos 234 y 235 del Código Civil.



Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o de la menor así lo exigiere.

Se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor.

En defecto de las personas anteriormente mencionadas, el Juzgado designará tutor o tutora a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, considere más idóneo.

B) La tutela se ejercerá por un solo tutor, salvo:<sup>625</sup>

- 1) cuando por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor o tutora de la persona y el de los bienes, cada uno de los cuales actuará independientemente en el ámbito de su competencia, si bien las decisiones que conciernan a ambos deberán tomarlas conjuntamente;
- 2) si se designa a alguna persona tutor o tutora de los hijos o hijas de su hermano o hermana, y se considera conveniente que el cónyuge del tutor o de la tutora ejerza también la tutela,
- 3) cuando el Juez nombre tutores a las personas que los padres del tutelado hayan designado en testamento o documento público notarial para ejercer la tutela conjuntamente.

Si el testador lo hubiese dispuesto de modo expreso, podrá el Juez, al efectuar el nombramiento de tutores, resolver que éstos puedan ejercitar las facultades de la tutela con carácter solidario.

Si hubiera que designar tutor para varios hermanos<sup>626</sup>, el Juez procurará que el nombramiento recaiga en una misma persona.

C) Podrán ser tutores las personas jurídicas<sup>627</sup> que no tengan finalidad lucrativa, y entre cuyos fines figure la protección de menores.

Podrán también ser tutores todas las personas que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, y en quienes no concurra alguna de las causas de inhabilidad siguientes:<sup>628</sup>

1. los que estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad, o total o parcialmente de los derechos de guarda y educación, por resolución judicial;
2. los que hubieran sido legalmente removidos de una tutela anterior;
3. los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo la condena;
4. los condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela;

---

<sup>625</sup> Artículo 236 del Código Civil.

<sup>626</sup> Artículo 240 del Código Civil.

<sup>627</sup> Artículo 242 del Código Civil.

<sup>628</sup> Artículos 241, 243 y 244 del Código Civil.



5. las personas en quienes concurra imposibilidad absoluta de hecho;
6. los que tuvieren enemistad manifiesta con el menor;
7. las personas de mala conducta o que no tuvieran manera de vivir conocida; 8. los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor, mantengan con él pleito, o actuaciones sobre el estado civil, o sobre la titularidad de los bienes, o los que le adeudaren sumas de consideración;
9. los quebrados y concursados no rehabilitados, salvo que la tutela lo sea solamente de la persona;
10. tampoco pueden ser tutores los excluidos expresamente por el padre o por la madre, en sus disposiciones en testamento o documento notarial, salvo que el Juez o la Jueza en resolución motivada estime otra cosa en beneficio de la menor o del menor.

D) Serán removidos de la tutela<sup>629</sup> los que después de deferida:

- incurran en causa legal de inhabilidad,
- se conduzcan mal en el desempeño de la tutela,
  - por incumplimiento de los deberes propios del cargo,
  - por notoria ineptitud de su ejercicio,
- cuando surgieren problemas de convivencia graves y continuados.

El Juzgado, de oficio, o a solicitud del Ministerio Fiscal, del tutelado o de otra persona interesada, decretará la remoción del tutor, previa audiencia de éste sí, citado, compareciere.

Asimismo, se dará audiencia al tutelado si tuviere suficiente juicio.

E) Será excusable el desempeño de la tutela cuando por:<sup>630</sup>

- razones de edad,
- enfermedad,
- ocupaciones personales o profesionales,
- falta de vínculos de cualquier clase entre tutor y tutelado,
- cualquier otra causa, resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo.

Las personas jurídicas podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela.

Declarada judicialmente la remoción o admitida la excusa, se procederá al nombramiento de nuevo tutor.<sup>631</sup>

---

<sup>629</sup> Artículos 247 y 248 del Código Civil.

<sup>630</sup> Artículo 251 del Código Civil.

<sup>631</sup> Artículo 258 del Código Civil.



### 16.3.5. Del ejercicio de la tutela.

A) El Secretario Judicial o la Secretaria Judicial dará posesión de su cargo al tutor nombrado.<sup>632</sup>

B) La Jueza o el Juez podrá exigir al tutor o a la tutora la constitución de fianza<sup>633</sup> que asegure el cumplimiento de sus obligaciones, y determinará la modalidad y cuantía de la misma.

No obstante, la Entidad Pública que asuma la tutela de un menor por ministerio de la Ley, o la desempeñe por resolución judicial, no precisará prestar fianza.

También podrá el Juzgado, en cualquier momento y con justa causa, dejar sin efecto o modificar en todo o en parte la garantía que se hubiese prestado.

C) El tutor o la tutora está obligado a hacer inventario de los bienes del tutelado o de la tutelada, dentro del plazo de sesenta días, a contar de aquel en que hubiese tomado posesión de su cargo.<sup>634</sup>

El Secretario Judicial podrá prorrogar este plazo en resolución motivada si concurriere causa para ello.

D) El tutor es el representante del menor<sup>635</sup>, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí sólo.

Los tutores ejercerán su cargo de acuerdo con la personalidad de sus pupilos y pupilas, respetando su integridad física y psicológica.

Cuando sea necesario para el ejercicio de la tutela, podrán recabar el auxilio de la autoridad.

E) El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular:<sup>636</sup>

1. a procurarle alimentos,
2. a educar al menor y procurarle una formación integral,
3. a promover su mejor inserción en la sociedad,
4. a informar al Juez o Jueza anualmente sobre la situación del menor o de la menor, y rendirle cuenta anual de su administración.

El tutor único y, en su caso, el de los bienes, es el administrador legal del patrimonio de los tutelados, y está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia.

---

<sup>632</sup> Artículo 259 de Código Civil.

<sup>633</sup> Artículos 260 y 261 del Código Civil.

<sup>634</sup> Artículos 262 y 263 del Código Civil.

<sup>635</sup> Artículos 267 y 268 del Código Civil.

<sup>636</sup> Artículo 269 del Código Civil.



F) El tutor necesita autorización judicial para:<sup>637</sup>

- 1) internar al tutelado, en un establecimiento de salud mental, en un establecimiento de educación o formación especial,
- 2) enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados;
- 3) celebrar contratos;
- 4) realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción;
- 5) renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado;
- 6) aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades;
- 7) hacer gastos extraordinarios en los bienes;
- 8) entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes, o de escasa cuantía;
- 9) ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años;
- 10) dar y tomar dinero a préstamo;
- 11) disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado;
- 12) ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado.

No necesitarán autorización judicial, la partición de la herencia, ni la división de cosa común, realizadas por el tutor, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial.

Antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos comprendidos en los apartados anteriores, el Juez o la Jueza oír al Ministerio Fiscal y al tutelado y a la tutelada, si fuese mayor de doce años o lo considera oportuno, y recabará los informes que le sean solicitados, o estime pertinentes.

G) El tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita.<sup>638</sup>

Corresponde al Juzgado fijar su importe y el modo de percibirlo, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar, y el valor y la rentabilidad de los bienes.

Solo los padres, y en sus disposiciones de última voluntad, podrán establecer que el tutor haga suyos los frutos de los bienes del tutelado, a cambio de prestarle los alimentos, salvo que el Juez, en resolución motivada, disponga otra cosa.

---

<sup>637</sup> Artículo 271 del Código Civil.

<sup>638</sup> Artículos 274 y 275 del Código Civil.



### 16.3.6. Extinción de la tutela.

La tutela se extingue:<sup>639</sup>

- A) cuando el menor de edad cumple los dieciocho años, a menos que con anterioridad hubiera sido judicialmente incapacitado;
- B) por la adopción del tutelado o tutelada menor de edad;
- C) por fallecimiento de la persona sometida a tutela;
- D) por la concesión al menor o a la menor del beneficio de la mayor edad;
- E) cuando habiéndose originado por privación o suspensión de la patria potestad, el titular de ésta la recupere.

El tutor o la tutora, al cesar en sus funciones, deberá rendir la cuenta general justificada de su administración ante la Autoridad Judicial en el plazo de tres meses, prorrogables por el tiempo que fuere necesario si concurre justa causa.

### 16.3.7. La tutela de los menores incapacitados.<sup>640</sup>

Continuará el tutor en el ejercicio de su cargo, si el menor sujeto a tutela, hubiese sido incapacitado antes de la mayoría de edad, conforme a lo dispuesto en la sentencia de incapacitación.

### 16.3.8. La tutela de los menores que se encuentran en situación de desamparo.<sup>641</sup>

La tutela de los menores que se encuentran en situación de desamparo corresponderá por ministerio de la Ley a la Entidad Pública.

No obstante, se procederá al nombramiento de tutor o tutora conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o con la menor, o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en su interés.

En estos supuestos, previamente a la designación judicial de tutor ordinario o en la misma resolución, deberá acordarse:

- la suspensión o la privación de la patria potestad,

---

<sup>639</sup> Artículo 276 del Código Civil.

<sup>640</sup> Artículo 278 del Código Civil.

<sup>641</sup> Artículo 239 del Código Civil.



- la remoción del tutor, en su caso.

Estarán legitimados para el ejercicio de las acciones de privación de patria potestad, remoción del tutor y para la solicitud de nombramiento de tutor o tutora de los menores y de las menores en situación de desamparo:

- A. el Ministerio Fiscal,
- B. la Entidad Pública,
- C. los llamados al ejercicio de la tutela.

## 16.4. LA CURATELA.

Están sujetos a curatela:<sup>642</sup>

- 1) los emancipados cuyos padres fallecieren, o quedaren impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley;
- 2) los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad;
- 3) los declarados pródigos.

La curatela no tendrá otro objeto que la intervención del curador en los actos que los menores o pródigos no puedan realizar por si solos.

## 16.5. EL DEFENSOR JUDICIAL.<sup>643</sup>

Se nombrará un defensor judicial o defensora judicial que represente y ampare los intereses de los menores que se hallen en alguno de los siguientes supuestos:

- A. Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores y sus representantes legales.
  - En el caso de que el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los padres, corresponderá al otro por Ley, y sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor.
- B. En el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante, o se designe otra persona para desempeñar el cargo.
- C. Para litigar contra sus padres, tutor o curador.
  - No procederá la solicitud si el otro progenitor o tutor, si lo hubiera, no tuviera un interés

<sup>642</sup> Artículos 286 y 288 del Código Civil.

<sup>643</sup> Artículos 299 a 302 del Código Civil.



opuesto al menor.

D. Cuando el menor o la menor de edad no emancipados sean demandados en juicio, o les siga un gran perjuicio de no promover la demanda, y además:

- se hallen sus progenitores, tutor o curador ausentes ignorándose su paradero, sin que haya motivo racional bastante para creer próximo su regreso;
- se nieguen ambos progenitores, tutor o curador a representar o asistir en juicio al menor;
- se hallen los progenitores, tutor o curador en una situación de imposibilidad de hecho para la representación o asistencia en juicio.

E. En todos los demás casos previstos por la Ley.

Cuando se tenga conocimiento de que una persona menor de edad deba ser sometida a tutela o curatela, y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal.

En tal caso, cuando además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el Secretario Judicial podrá designar un defensor judicial, que administre los mismos, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluida.

En expediente de jurisdicción voluntaria<sup>644</sup>, se nombrará defensor a quien se estime más idóneo para el cargo:

- de oficio,
- a petición del Ministerio Fiscal,
- a petición del propio menor,
- a petición de cualquier persona capaz de comparecer en juicio.

Serán aplicables al defensor judicial o defensora judicial, las causas de inhabilidad, excusas y remoción de los tutores y curadores.

El defensor judicial tendrá las atribuciones que se le hayan concedido, debiendo rendir cuentas de su gestión una vez concluida.

---

<sup>644</sup> Capítulo II del Título II de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, [artículos 27 a 32: sobre el nombramiento de defensor judicial].



## 17 MENORES DE EDAD Y EL DERECHO PENAL.

### 17.1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO PENAL.

#### 17.1.1. Ámbito internacional penal en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Los Estados partes de la Convención sobre los Derechos del Niño se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales.<sup>645</sup>

Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias, para impedir:

- a) la incitación o la coacción para que un niño o una niña se dedique a cualquier actividad sexual ilegal,
- b) la explotación del niño o de la niña en prostitución u otras prácticas sexuales ilegales,
- c) la explotación del niño o de la niña en espectáculos o materiales pornográficos,
- d) el secuestro, la venta o la trata de niños o niñas para cualquier fin o en cualquier forma,
- e) las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar.

---

<sup>645</sup> Artículo 34, 35 y 36 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.



## 7.1.2. El derecho penal en nuestro ordenamiento jurídico.

El Código Penal<sup>646</sup> y las leyes penales especiales, definen los delitos que constituyen los presupuestos de la aplicación de la forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado: la pena criminal.

El derecho penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social.

En este ámbito de los principios, el Derecho Penal se caracteriza por la antinomia existente entre el principio de intervención mínima, y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja.

Se da especial relieve a la tutela de los derechos fundamentales, y se avanza en el camino de la igualdad real y efectiva, sin discriminación alguna.

## 7.1.3. Las garantías penales en la aplicación de la Ley penal.

Son delitos, las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley.<sup>647</sup>

Actualmente han desaparecido<sup>648</sup> del Código Penal español las faltas y existen tres tipos de delitos:

- delitos graves,
- delitos menos graves,
- delitos leves.

Además:

- No se castigará ninguna acción ni omisión, que no esté prevista como delito, por una ley anterior a su perpetración.<sup>649</sup>
- las leyes penales, no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas,<sup>650</sup>
- no hay pena, sin dolo o imprudencia,<sup>651</sup>
- son punibles el delito consumado y la tentativa de delito.<sup>652</sup>

Las penas que pueden imponerse con arreglo al Código Penal, bien con carácter principal, o bien como accesorias, son:

- penas privativas de libertad,
- penas privativas de derechos,

---

<sup>646</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>647</sup> Artículo 10 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>648</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>649</sup> Artículo 1.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>650</sup> Artículo 4.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>651</sup> Artículo 5 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>652</sup> Artículo 15 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.



- penas de multa.<sup>653</sup>

La pena de multa consistirá en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria.<sup>654</sup>

La acción penal:

- es pública<sup>655</sup> y todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a la Ley,
- podrá ejercitarse por los menores de edad víctimas, a través de sus representantes legales,
- podrá ejercerla el Ministerio Fiscal, en los delitos perseguibles a instancias de la persona agraviada, si ésta fuera menor de edad.<sup>656</sup>

#### **17.1.4.** Exención de responsabilidad criminal conforme al Código Penal.

Son responsables criminalmente de los delitos, los autores y los cómplices.<sup>657</sup>

Los menores y las menores de dieciocho años, no serán responsables criminalmente, con arreglo al Código Penal.<sup>658</sup>

Cuando un menor o una menor de dicha edad, cometa un hecho delictivo, podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule la responsabilidad penal del menor.<sup>659</sup>

#### **17.1.5.** La circunstancia mixta del parentesco.

El Código penal recoge diversas circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal (atenuantes), y otras circunstancias que agravan esta responsabilidad criminal (agravantes).

Una circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, es ser o haber sido el agraviado, cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción, del ofensor o de su cónyuge o conviviente.<sup>660</sup>

<sup>653</sup> Artículo 32 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>654</sup> Artículo 50 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>655</sup> Artículo 101 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

<sup>656</sup> Artículo 105.2 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

<sup>657</sup> Artículo 27 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>658</sup> Artículo 19 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>659</sup> Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

<sup>660</sup> Artículo 23 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.



## 17.1.6. Las penas privativa de derechos.

A) La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la patria potestad, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena.<sup>661</sup>

B) La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo o hija, respecto del penado.

El Juez o Tribunal podrá acordar estas penas, respecto de todos o alguno de los menores o las menores que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso.

C) La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado:

- acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren,
- acercarse a su domicilio y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos e hijas, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.<sup>662</sup>

D) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.<sup>663</sup>

El Juzgado o Tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan.<sup>664</sup>

## 17.2. DELITOS DEL CÓDIGO PENAL Y MINORÍA DE EDAD.

### 17.2.1. Los delitos en el Código Penal.

En el Código Penal vigente, se regulan en diversos títulos, diferentes tipos de delitos que pueden ser cometidos contra menores de edad.

Cabe destacar:

- Delitos de homicidio en sus distintas formas<sup>665</sup>, de aborto<sup>666</sup>, de lesiones<sup>667</sup> y lesiones al feto

---

<sup>661</sup> Artículo 46 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>662</sup> Artículo 48.2 de la ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

<sup>663</sup> Artículo 48.3 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>664</sup> Artículo 48.4 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>665</sup> Artículos 138 y ss de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>666</sup> Artículos 144 y ss de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>667</sup> Artículos 147 y ss de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.



- <sup>668</sup> y delitos relativos a la manipulación genética.<sup>669</sup>
- Delitos contra la libertad<sup>670</sup>, de las torturas y otros delitos contra la integridad moral<sup>671</sup>, de la trata de seres humanos<sup>672</sup>, delitos contra la libertad e indemnidad sexuales<sup>673</sup> y de la omisión del deber de socorro<sup>674</sup>.
  - Delitos contra la intimidad<sup>675</sup>, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio<sup>676</sup>, delitos contra el honor<sup>677</sup> y delitos contra las relaciones familiares<sup>678</sup>.
  - Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico<sup>679</sup>.
  - Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social<sup>680</sup>, delitos contra los derechos de los trabajadores<sup>681</sup> y contra los derechos de los ciudadanos extranjeros<sup>682</sup>.
  - Delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo<sup>683</sup> y la protección del patrimonio histórico<sup>684</sup>.
  - Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente<sup>685</sup>.
  - Delitos contra la seguridad colectiva.<sup>686</sup>
  - Delitos de falsedades.<sup>687</sup>
  - Delitos contra la Administración Pública<sup>688</sup> y contra la Administración de Justicia.<sup>689</sup>
  - Delitos contra la Constitución<sup>690</sup> y contra el orden público.<sup>691</sup>
  - Delitos contra la Comunidad Internacional.<sup>692</sup>

<sup>668</sup> Artículo 157 y ss de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>669</sup> Artículos 159 y ss de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>670</sup> Artículos 163 y ss de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>671</sup> Artículos 173 y ss de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>672</sup> Artículo 177 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>673</sup> Artículos 178 y ss de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>674</sup> Artículos 195 y ss de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>675</sup> Artículos 197 y ss de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>676</sup> Artículos 202 y ss de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>677</sup> Artículos 205 y ss de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>678</sup> Artículos 217 y ss de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>679</sup> Artículos 234 y ss de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>680</sup> Artículos 305 y ss de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>681</sup> Artículos 311 y ss de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>682</sup> Artículo 318 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>683</sup> Artículos 319 y ss de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>684</sup> Artículos 321 y ss de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>685</sup> Artículos 325 y ss de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>686</sup> Artículos 341 y ss de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>687</sup> Artículos 386 y ss de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>688</sup> Artículos 404 y ss de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>689</sup> Artículos 446 y ss de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>690</sup> Artículos 472 y ss de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>691</sup> Artículos 544 y ss de la Ley Orgánica 1/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>692</sup> Artículos 605 y ss de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.



## **17.2.2.** Los delitos de mayor interés jurídico en relación a los menores de edad.

A continuación señalaremos especialidades de algunos de estos delitos, de interés en relación a la minoría de edad, y sus especiales consecuencias.

### **17.2.2.1.** Delitos de homicidio en sus diferentes formas.

El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable, cuando la víctima sea menor de dieciséis años.<sup>693</sup>

### **17.2.2.2.** Delito de aborto.<sup>694</sup>

A) El que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión e inhabilitación especial para:

- ejercer cualquier profesión sanitaria,
- prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados.

B) Las mismas penas se impondrán al que practique el aborto, habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño.

C) El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la Ley, será castigado con la pena de prisión e inhabilitación especial para:

- ejercer cualquier profesión sanitaria,
- prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados.

El Juez o la Jueza podrá imponer la pena en su mitad superior, cuando los actos descritos en este apartado, se realicen fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado.

D) La mujer que produjera su aborto, o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la Ley, será castigada con multa.

En todo caso, el Juez o Tribunal impondrá las penas respectivamente previstas en este artículo en

---

<sup>693</sup> Artículo 140 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>694</sup> Artículos 144 y ss de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.



su mitad superior, cuando la conducta se llevare a cabo a partir de la vigésimo segunda semana de gestación.

E) Será castigado con la pena de multa e inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, el que dentro de los casos contemplados en la Ley, practique un aborto:

- sin haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad,
- sin haber transcurrido el periodo de espera contemplado en la legislación,
- sin contar con los dictámenes previos preceptivos,
- fuera de un centro, o establecimiento público o privado acreditado.

La embarazada no será penada en estos casos.

F) El que por imprudencia grave ocasionare un aborto, será también castigado con la pena de prisión.

Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional, se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo.

La embarazada no será penada, en caso del delito de aborto por imprudencia.

### 17.2.2.3. Delito de lesiones.<sup>695</sup>

El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico.

La pena de prisión será más elevada si la víctima fuera menor de doce años.

No será válido el consentimiento para las lesiones otorgado por una persona menor de edad.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña<sup>696</sup> condena a la Generalitat a indemnizar con trescientos mil euros (a dividir entre los padres y sus dos hijos), a los padres a los que se les privó de la custodia de sus dos hijos durante veinticinco meses, por confundir las lesiones cerebrales derivadas del complicado y largo parto del mayor de los hermanos con una agresión de los progenitores (síndrome del niño zarandeado), y por mantener en el tiempo las medidas adoptadas, a pesar de disponer de informes médicos que atestiguaban la

<sup>695</sup> Artículos 147 y ss. de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>696</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, de fecha 2 de marzo de 2016.



inexistencia de los maltratos.

Las niñas y las chicas víctimas de la ablación o la mutilación genital, deben recibir el apoyo necesario para evitar los daños físicos o psíquicos que puedan derivarse de las mismas o, si procede, para repararlos.

La Audiencia Nacional ha condenado a una mujer por la ablación de la que fue víctima su hija antes de venir a España, como consecuencia de motivos religiosos y culturales.<sup>697</sup>

Este fallo condena a los progenitores que perpetraron o toleraron esta práctica antes de llegar a España con sus hijas, a diferencia de otras resoluciones en las que se condena a padres que viajaron con sus hijas a África, para que se les practicara la ablación de clítoris.

#### **7.2.2.4.** Delito de lesiones al feto.<sup>698</sup>

El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años, e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.

Los hechos descritos pueden ser realizados también por imprudencia grave o por imprudencia profesional, en cuyo caso, las penas serán inferiores, y la embarazada no será penada en ese caso.

#### **7.2.2.5.** Delitos relativos a la manipulación genética.<sup>699</sup>

El delito puede consistir en:

- la manipulación de genes humanos, de manera que se altere el genotipo con una finalidad distinta, a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves,
- la fecundación de óvulos humanos, con fines distintos a la procreación humana,
- la clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de raza.

La práctica de la reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigada como delito.

Para proceder por este delito, será precisa la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

<sup>697</sup> marzo de 2016.

<sup>698</sup> Artículo 157 y ss. de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>699</sup> Artículos 159 y ss. de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.



Cuando aquella sea menor de edad, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

### **17.2.2.6.** Detenciones ilegales y secuestro.<sup>700</sup>

El delito de detención ilegal, que consiste en detener a otro o privarle de su libertad y el secuestro de una persona, exigiendo alguna condición para ponerla en libertad, será castigado con penas mayores, si la víctima fuera menor de edad.

### **17.2.2.7.** Amenazas y coacciones.<sup>701</sup>

Las amenazas de un mal que no constituya delito, realizadas de modo leve con armas u otros instrumentos peligrosos, a menores que convivan con el autor de las amenazas, o que se hallen amparados en cualquier relación por la que se encuentren integrados en su núcleo de convivencia familiar, tendrán además de las penas de prisión que se establezcan, penas de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

En los delitos de coacciones, si se compele a otra persona que sea menor de edad, a contraer matrimonio con intimidación grave o violencia, las penas serán superiores.

También son superiores las penas de prisión en los delitos de acoso, cuando se trate de personas especialmente vulnerables por su edad.

### **17.2.2.8.** Las torturas y otros delitos contra la integridad moral.<sup>702 703</sup>

El que habitualmente ejerza, violencia física o psíquica sobre:<sup>704</sup>

- los menores o las menores que con él o con ella convivan,
- personas de especial vulnerabilidad, que se encuentren sometidas a su guarda y custodia, en centros públicos o privados, será castigado con penas superiores a las propias de los delitos genéricos por trato degradante, y menoscabo de la integridad moral, realizados sobre personas mayores edad no discapacitadas ni necesitadas de una mayor protección.

También se impondrán penas superiores, cuando los actos de tortura, o los actos violentos contra la integridad moral, se realicen en presencia de menores.

<sup>700</sup> Artículos 163 y ss. de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>701</sup> Artículos 169 y ss., y 172 y ss. de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>702</sup> Artículos 173 y ss de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, el Código Penal.

<sup>703</sup> Artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>704</sup> Observatorio estatal de la Infancia del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad: "Protocolo Básico de intervención contra el maltrato infantil en el ámbito familiar", de 9 de junio de 2014.



El culpable de un delito de tortura, incurrirá en penas superiores, si es:

- una autoridad,
- un funcionario, de un centro de protección o de corrección de menores.

La Audiencia Provincial de Castellón<sup>705</sup>, ha condenado por violencia doméstica, la bofetada de una madre para imponer su criterio, en el curso de una discusión, que supera el deber de corrección que le correspondía, y haciendo valer su mayor fuerza física. La menor declaró que, se interpuso entre sus padres, quienes estaban discutiendo, habiendo consumido bebidas alcohólicas. Sea como fuere, se trató de un acto violento hacia la menor, de carácter agresivo, sin justificación alguna, acreedor de reproche penal.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos,<sup>706</sup> declara vulnerado el derecho a la prohibición de la tortura y los tratos degradantes, reconocido en el artículo 3 del convenio, derivado del sometimiento a una menor detenida a exámenes ginecológicos sin su consentimiento, y sin las garantías fundamentales para su práctica.

## 17.2.2.9. La trata de seres humanos.<sup>707 708 709 710 711</sup>

La captación, el transporte, el traslado, o el control que se lleve a cabo, sobre menores de edad, con fines de explotación, se considerarán un delito de trata de seres humanos, en todo caso, y será penado como tal, con penas superiores a las ordinarias, por los delitos de trata, por ser las víctimas menores de edad.

El delito de trata de seres humanos<sup>712</sup>, obliga a sancionar tantos delitos como víctimas, con arreglo a las normas que regulan el concurso real. Y ello porque el bien jurídico protegido en este tipo de delitos es la dignidad, que “está caracterizada por ser una cualidad que adorna y protege a la persona individualmente, no siendo por consiguiente un concepto global, y ello entraña lo personalísimo de tal bien jurídico protegido”.

<sup>705</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 21 de septiembre de 2016, [LA LEY 130755/2016].

<sup>706</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, Sección Segunda, de fecha 1 de febrero de 2011, [LA LEY 6676/2011].

<sup>707</sup> Artículo 177 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>708</sup> El 25 de mayo de 2000, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de los niños contra el tráfico de niños, la prostitución infantil y el uso de los niños en la pornografía.

<sup>709</sup> El 25 de mayo del año 2000, también se aprobó por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en conflictos armados.

<sup>710</sup> Artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>711</sup> Observatorio estatal de Infancia del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad: “Trata de menores, aspectos jurídicos, perspectivas de derecho comparado y propuestas de “lege ferenda” en relación con el marco normativo español”.

<sup>712</sup> Así lo acordó el Pleno no jurisdiccional para la unificación de criterios de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2016 y ha sido aplicado ahora por la Sentencia 538/2016, de 17 de junio [LA LEY 63237/2016].



La Organización de los Estados Americanos aprobó el 18 de marzo de 1994, la Convención interamericana sobre el tráfico internacional de menores. Esta Convención establece un marco normativo para la prevención y sanción del tráfico de niños y niñas, sobre la base de la protección de sus derechos fundamentales y de la garantía del principio del superior interés del niño. Los Estados parte se comprometen a tomar las medidas oportunas, legislativas y administrativas, tanto en el ámbito penal como en el civil, para prevenir y sancionar estos actos, así como a cooperar con los demás Estados parte en esta cuestión.

### 17.2.2.10. La omisión del deber de socorro.<sup>713</sup>

El que no socorriere a una persona, que se hallare desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo, sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses.

En las mismas penas incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno.

Si la víctima lo fuera por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a dieciocho meses, y si el accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a cuatro años.

El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas anteriores en su mitad superior y con la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años.

### 17.2.2.11. El delito de la suposición de parto.<sup>714 715</sup>

La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años.

La misma pena se impondrá, al que ocultare o entregare a terceros un hijo o una hija, para alterar o modificar su filiación.

<sup>713</sup> Artículo 195 y ss de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>714</sup> Artículos 220 y ss de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>715</sup> Orden JUS/968/2016, de 25 de mayo, por el que se modifica la Orden JUS/2146/2012, de 1 de octubre, por la que se crean determinados ficheros de datos de carácter personal relacionados con los supuestos de posible sustracción de recién nacidos y se aprueban los modelos oficiales de solicitud de información.



La sustitución de un niño por otro, será castigada con las penas de prisión de uno a cinco años.

Los ascendientes, por naturaleza o adopción, que cometieran los hechos descritos en los tres apartados anteriores, podrán ser castigados, además, con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad que tuvieran sobre el hijo, o descendiente supuesto, ocultado, entregado o sustituido y, en su caso, sobre el resto de hijos o descendientes, por tiempo de cuatro a diez años.

Las sustituciones de un niño por otro, que se produjere en centros sanitarios o socio-sanitarios, por imprudencia grave de los responsables de su identificación y custodia, serán castigadas con la pena de prisión de seis meses a un año.

Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor, aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de la filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda de cuatro a diez años.

Con la misma pena, será castigado la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.

Si los hechos se cometieren utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños o niñas, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de dos a seis años, y se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años.

El educador, facultativo, autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su profesión o cargo, realice las conductas descritas en los dos artículos anteriores, incurrirá en la pena en ellos señalada, y además, en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a seis años.

A los efectos de este artículo, el término facultativo comprende:

- los médicos,
- las matronas,
- el personal de enfermería,
- cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria.



### 17.2.2.12. Los hurtos y robos.<sup>716</sup>

A) El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño, será castigado, como reo de hurto.

El hurto será castigado, con la pena de prisión de uno a tres años, cuando se den especiales circunstancias. Entre éstas, cuando se utilice a menores de dieciséis años para la comisión del delito.

B) Son reos de delito de robo, los que, con ánimo de lucro, se apoderaran de las cosas muebles ajenas, empleando:

- fuerza en las cosas para acceder o abandonar el lugar donde éstas se encuentran,
- violencia o intimidación en las personas, sea al cometer el delito, para proteger la huida, o sobre los que acudiesen en auxilio de la víctima, o que le persiguieren.

El robo, será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años, cuando se den especiales circunstancias. Entre éstas, cuando se utilice a menores de dieciséis años para la comisión del delito.

C) Están exentos de responsabilidad criminal, y sujetos únicamente a la civil<sup>717</sup>, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad:

- 1) los cónyuges que no estuvieran separados legalmente o de hecho, o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio;
- 2) los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o adopción;
- 3) los afines en primer grado, si viviesen juntos.

Esta disposición, no es aplicable a los extraños que participaren en el delito.

### 17.2.2.13. Los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores.<sup>718</sup>

Será castigado, con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente o de cualquier otro modo explote económicamente, en todo o parte una obra o prestación literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de

<sup>716</sup> Artículos 234 y ss de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de enero, del Código Penal.

<sup>717</sup> Artículo 268 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>718</sup> Artículo 270 y ss. de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.



propiedad intelectual o de sus cesionarios.

La misma pena se impondrá a quien, en la prestación de servicios de la sociedad de la información, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, facilite de modo activo y no neutral, sin limitarse a un tratamiento meramente técnico, el acceso o la localización en internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos o de sus cesionarios, en particular, ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos referidos anteriormente, aunque dichos enlaces, hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios.

Se impondrá la prisión de dos a seis años, multa de dieciocho a treinta y seis meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un periodo de dos a cinco años, cuando se cometa el delito anterior concurriendo alguna de las circunstancias que se indican, entre ellas, que se utilice a menores de dieciocho años para cometer estos delitos.

## **17.3.** ESPECIAL REFERENCIA A LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS Y DEBERES FAMILIARES.

### **17.3.1.** El delito de quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de menores al abandono de domicilio.

El que, teniendo a su cargo la custodia de un menor o una menor de edad, no le presentara a sus padres o guardadores sin justificación para ello, cuando fuere requerido por ellos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, sin perjuicio de que los hechos constituyan otro delito más grave.<sup>719</sup>

El que indujera a un menor de edad a que abandone el domicilio familiar, o lugar donde resida con anuencia de sus padres, tutores o guardadores, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.<sup>720</sup>

En la misma pena incurrirá el progenitor, que induzca a su hijo o una hija menor, a infringir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa.

Cuando el responsable de los delitos previstos en los dos artículos anteriores restituya al menor de edad a su domicilio o residencia, o lo deposite en lugar conocido y seguro, sin haberle hecho objeto de vejaciones o acto delictivo alguno, ni haber puesto en peligro su vida, salud, integridad física o libertad sexual, el hecho será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año, o multa de seis a veinticuatro meses, siempre y cuando el lugar de estancia del menor de edad, haya sido comunicado a sus padres, tutores o guardadores, o la ausencia no hubiera sido superior a veinticuatro horas.<sup>721</sup>

---

<sup>719</sup> Artículo 223 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>720</sup> Artículo 224 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>721</sup> Artículo 225 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.



### 17.3.2. El delito de la sustracción de menores.<sup>722 723</sup>

El progenitor que, sin causa justificada para ello, sustrajera a su hijo o hija menor, será castigado con:

- la pena de prisión de dos a cuatro años,
- inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.<sup>724</sup>

A los efectos de este delito, se considera sustracción:

- el traslado de un menor o una menor de su lugar de residencia, sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente, o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia,
- la retención de un menor, incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.

Cuando el menor sea trasladado fuera de España, o fuese exigida alguna condición para su restitución, la pena señalada anteriormente se impondrá en su mitad superior.

Cuando el sustractor ha comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o, a quien corresponda legalmente su cuidado, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción, con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena.

Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años.

Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción.

Las penas señaladas en este artículo, se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que incurran en las conductas anteriormente descritas.

La Sentencia de la Audiencia Nacional<sup>725</sup>, quiebra la doctrina hasta entonces unánime, que sostenía la no idoneidad del cónyuge o progenitor custodio en el momento de los hechos, para ser sujeto activo del delito. Así, con esta Sentencia, < puede ser sujeto activo del delito de sustracción de menores el progenitor custodio, y no es requisito indispensable la existencia de una resolución previa que regule el régimen de potestad y custodia del menor. La decisión de traslado desde su lugar de residencia, para que no tenga trascendencia penal, ha de ser tomada en interés del menor, pero de mutuo acuerdo >.

<sup>722</sup> Circular de la Fiscalía General del Estado 6/2015, de 17 de noviembre, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

<sup>723</sup> Artículo 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>724</sup> Artículo 225 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>725</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, de 15 de marzo de 2016. [LA LEY 60407/2016]



### 17.3.3. El delito de abandono de familia y menores.

A) El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia, inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses.<sup>726</sup>

El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.

B) Será castigado, con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses<sup>727</sup>, el que dejare de pagar por dos meses consecutivos, o cuatro meses no consecutivos, cualquier tipo de prestación económica, en favor de su cónyuge o en favor de sus hijos, establecida en:

- convenio judicialmente aprobado,
- resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos en favor de sus hijos o hijas.

La reparación del daño procedente del delito, comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas.

Los delitos previstos en los apartados anteriores, sólo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

También podrá denunciar el Ministerio Fiscal, cuando la persona agraviada sea menor de edad.<sup>728</sup>

C) El abandono de un menor o una menor de edad, será castigado:<sup>729</sup>

1. si el abandono es realizado por la persona encargada de su guarda, con la pena de prisión de uno o dos años,
2. si el abandono fuera realizado por sus padres, tutores o guardadores legales, se impondrá la pena de prisión de dieciocho meses a tres años,
3. se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave,
4. el abandono temporal de un menor o una menor de edad será castigado, con las penas inferiores en grado a las anteriores.<sup>730</sup>

D) El que, teniendo a su cargo la crianza o educación de un menor de edad, lo entregare a un tercero o a un establecimiento público sin la anuencia de quien se lo hubiere confiado, o de la autoridad, en su defecto, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.<sup>731</sup>

<sup>726</sup> Artículo 226 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>727</sup> Artículo 227 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>728</sup> Artículo 228 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>729</sup> Artículo 229 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>730</sup> Artículo 230 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>731</sup> Artículo 231 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.



Si con la entrega se hubiere puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor o de la menor de edad, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años. E) Los que utilizaren o prestaren a menores de edad para la práctica de la mendicidad, incluso si ésta es encubierta, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.<sup>732</sup>

Se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años, si para los fines del apartado anterior:

- se traficare con menores de edad,
- se empleare con ellos violencia o intimidación,
- se les suministrare sustancias perjudiciales para su salud.

F) El Juez, la Jueza o el Tribunal, si lo estima oportuno en atención a las circunstancias del menor, podrá imponer a los responsables de los delitos anteriores:<sup>733</sup>

1. la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, o de los derechos de guarda, tutela, curatela o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años,
2. la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, por tiempo de dos o seis años, si el culpable ostentare la guarda del menor por su condición de funcionario público.

G) En todo caso, el Ministerio Fiscal instará de la autoridad competente las medidas pertinentes para la debida custodia y protección del menor o de la menor.

## 17.4. ESPECIAL REFERENCIA A LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES CON VÍCTIMAS MENORES DE EDAD.<sup>734</sup>

El Tribunal Supremo<sup>735</sup>, ha absuelto a un trabajador de un centro de acogida, por agresión sexual a una menor durante una fuga del mismo. La tardía denuncia de la Administración, produjo una casi inexistente instrucción penal, que conllevó una acusación aventurada, la formulación de una proposición de débiles elementos probatorios de cargo de los hechos imputados, y una insuficiente expresión de los de convicción tomados en cuenta por el Tribunal, para entender desvirtuada la presunción de inocencia, que amparaba al acusado.

<sup>732</sup> Artículo 232 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>733</sup> Artículo 233 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>734</sup> Artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>735</sup> Sentencia de 13 de octubre de 2016 del Tribunal Supremo, [LA LEY 137204/2016].



## 17.4.1. Abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.

El Código Penal recoge que, el que realizara actos de carácter sexual, con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con pena de prisión de dos a seis años.<sup>736</sup>

El responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años, cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación. Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación, compeliere a un menor de dieciséis años:

- a) a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero,
- b) a realizarlos sobre sí mismo.

Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos, por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con las penas de prisión, que se establecen en dicho Código, que serán aún más elevadas cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1. escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima, o el hecho de tener un trastorno mental, la hubiera colocado en una situación de total indefensión y en todo caso, cuando sea menor de cuatro años,
2. los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas,
3. la violencia o intimidación ejercidas, revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio,
4. el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.
5. el culpable hubiera puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima,
6. la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.

El que, con fines sexuales, determine a un menor o a una menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o le haga presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, tendrá también penas de prisión.

También si le hubiera hecho presenciar abusos sexuales, aunque el autor tampoco participe de ellos.<sup>737</sup>

El Código Penal también recoge que, el que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y de la comunicación<sup>738</sup>, contacte con un menor o una menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo, a fin de cometer cualquiera de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual descritos, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con penas de prisión o multa por ello, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos.

<sup>736</sup> Artículo 183 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>737</sup> Artículo 183 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>738</sup> Artículo 183 ter de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.



Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación, contacte con un menor o una menor de dieciséis años, y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico, o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión.

El consentimiento del menor o de la menor de dieciséis años, excluirá la responsabilidad penal por estos delitos, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.<sup>739</sup>

El Tribunal Supremo 740 ha absuelto al acusado de un delito continuado de abusos sexuales, porque los acontecimientos juzgados no son legalmente constitutivos de delito alguno, y no existe prueba suficiente que logre desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia. Siendo la única prueba de cargo, la declaración testifical de la menor afectada, la misma presenta fisuras que merman su capacidad para desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al acusado y la grabación de las entrevistas con una de las psicólogas no se ha conservado, lo que ha impedido al Tribunal y a las partes, comprobar cómo se desarrollaron, las entonaciones, reacciones y otros aspectos no perceptibles en la mera transcripción del diálogo.

## **T7.4.2.** Abusos sexuales a mayores de dieciséis años y menores de dieciocho.

El que, interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realice actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, será castigado con penas de prisión.<sup>741</sup>

La pena de prisión será mayor, cuando los actos consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías.

## **T7.4.3.** Acoso sexual.

El que solicitara favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado con penas superiores al acoso sexual a adultos, si la víctima es especialmente vulnerable por razón de su edad.<sup>742</sup>

<sup>739</sup> Artículo 183 quater de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>740</sup> Sentencia de 21 de septiembre de 2016 del Tribunal Supremo. [LA LEY 125667/2016].

<sup>741</sup> Artículo 182 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>742</sup> Artículo 184 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.



#### **17.4.4.** Delitos de exhibicionismo y provocación sexual.

El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad, y el que, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad, será castigado con penas de prisión o multa.<sup>743</sup>

#### **17.4.5.** Delitos relativos a la prostitución, a la explotación sexual y corrupción de menores.<sup>744</sup>

A) El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de un menor de edad, o se lucre con ello, o explote de algún otro modo a un menor, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.<sup>745</sup>

a) Si la víctima fuera menor de dieciséis años, se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años, y multa de doce a veinticuatro meses.

b) Si los hechos descritos anteriormente se cometieren con violencia o intimidación, además de las penas de multa previstas, se impondrá la pena de prisión de cinco a diez años si la víctima es menor de dieciséis años, y la pena de prisión de cuatro a seis años en los demás casos.

B) El que solicite, acepte u obtenga, a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con una persona menor de edad, será castigado con una pena de uno a cuatro años de prisión.

- Si el menor no hubiera cumplido dieciséis años de edad, se impondrá una pena de dos a seis años de prisión.
- Las penas señaladas se impondrán, en sus respectivos casos, sin perjuicio de las que correspondan, por las infracciones contra libertad o indemnidad sexual cometidas sobre los menores.

C) Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años:<sup>746</sup>

1. El que capture o utilizare menores de edad con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucre con ellas.

2. El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

<sup>743</sup> Artículos 185 y 186 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>744</sup> Artículo 34 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

<sup>745</sup> Artículo 188 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>746</sup> Artículo 189 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.



A los efectos de este título se considera pornografía infantil:<sup>747</sup>

- Todo material que represente de manera visual a un menor, participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada.
- Toda representación de los órganos sexuales de un menor o de una menor, con fines principalmente sexuales.
- Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más, en el momento de obtenerse las imágenes.
- Imágenes realistas de un menor o de una menor participando en una conducta sexualmente explícita, o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales.

Serán castigados con la pena de prisión de cinco a nueve años, los que realicen actos previstos en los apartados anteriores, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1. se utilice a menores de dieciséis años,
2. los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio,
3. el material pornográfico represente a menores que sean víctimas de violencia física o sexual,
4. el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima,
5. el material pornográfico fuera de notoria importancia,
6. el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades,
7. el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho, aunque fuera provisionalmente, o de derecho, del menor, o se trate de cualquier otro miembro de su familia que conviva con él o de otra persona que haya actuado abusando de su posición reconocida de confianza o autoridad,
8. concurra la agravante de reincidencia.

Si los hechos en que se utilice a menores de dieciséis años, se hubieran cometido con violencia o intimidación, se impondrá la pena superior en grado.

D) El que asistiere a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad, será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión.

E) El que para su propio uso, adquiera o posea pornografía infantil, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión, o con multa de seis meses a dos años.

La misma pena se impondrá, a quien acceda a sabiendas a pornografía infantil, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación.

---

<sup>747</sup> Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2015, de 19 de junio, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015.



F) El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor o a una menor de edad y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin, si carece de medios para la custodia del menor o de la menor, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses.

G) El Ministerio Fiscal promoverá las acciones pertinentes, con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas anteriormente.

Los Jueces y Tribunales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de las páginas web, o aplicaciones de internet que contengan o difundan pornografía infantil o, en su caso, para bloquear el acceso a las mismas a los usuarios de internet que se encuentren en territorio español.

Estas medidas podrán ser acordadas con carácter cautelar, a petición del Ministerio Fiscal.

## **17.4.6.** Disposiciones comunes en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales con víctimas menores de edad.

A. Será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia, para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales.

Cuando la víctima sea menor de edad, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal.<sup>748</sup>

B. En estos delitos, el perdón del ofendido o del representante legal, no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase.

C. A los condenados a pena de prisión por uno o más por delitos de los anteriores, se les impondrá además, la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad.

La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años si se trata de uno o más delitos menos graves.

En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor.<sup>749</sup>

D. Los ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor, que intervengan como autores o cómplices en la perpetración de los delitos anteriores, serán castigados con la pena que les corresponda, en su mitad superior.

No se aplicará esta regla cuando la circunstancia en ella contenida, esté específicamente contemplada en el tipo penal de que se trata.

<sup>748</sup> Artículo 191 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>749</sup> Artículo 192 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.



- E. El Juez, la Jueza o el Tribunal podrá imponer razonablemente, además, la pena de privación de la patria potestad, o la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por tiempo de seis meses a seis años.
- F. A los responsables de la comisión de alguno de los delitos anteriores, se les impondrá, en todo caso, y sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad:
- por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia,
  - por un tiempo de dos a diez años cuando no se hubiera impuesto una pena de prisión atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurren al condenado.
- G. En las sentencias condenatorias por delitos contra la libertad sexual, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, se harán, en su caso, los que procedan en orden a la filiación y fijación de alimentos.<sup>750</sup>
- H. En los supuestos anteriores, cuando en la realización de los actos se utilizaren establecimientos o locales, abiertos o no al público, podrá decretarse en la sentencia condenatoria su clausura temporal o definitiva.

La clausura temporal, que no podrá exceder de cinco años, podrá adoptarse también con carácter cautelar.<sup>751</sup>

## 17.5. MENORES VÍCTIMAS DE DELITOS Y MENORES TESTIGOS.

La Convención sobre los Derechos de los Niños<sup>752</sup> dispone que los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño o niña víctima de cualquier forma de:

- abandono,
- explotación o abuso,
- tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes,
- conflictos armados.

Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad de la niña y del niño.

<sup>750</sup> Artículo 193 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>751</sup> Artículo 194 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>752</sup> Artículo 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.



## 17.5.1. La protección de los menores de edad víctimas de delitos en los procedimientos judiciales penales.

A. La finalidad de elaborar una ley<sup>753</sup> constitutiva del estatuto jurídico de la víctima del delito, es ofrecer desde los poderes públicos, una respuesta lo más amplia posible:

- no sólo jurídica, sino también social, a las víctimas de los delitos, tanto directas como indirectas;
- no solo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también que minimice otros efectos traumáticos en lo moral, que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal.

B. En el caso de las víctimas menores de edad<sup>754</sup>, además de las medidas previstas con carácter general en dicho Estatuto, se adoptarán, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se convierten en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito.

En particular, serán aplicables las siguientes:

- a) las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales, y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal,
- b) la declaración podrá recibirse por medio de expertos.

C. El Fiscal recabará del Juzgado la designación de un defensor o defensora judicial de la víctima, para que la represente en la investigación y en el proceso penal, en los siguientes casos:

- cuando valore que los representantes legales de la víctima menor de edad, tienen con ella un conflicto de intereses, derivado o no del hecho investigado, que no permite confiar en una gestión adecuada de sus intereses en la investigación, o en el proceso penal;
- cuando el conflicto de intereses exista con uno de los progenitores, y el otro no se encuentre en condiciones de ejercer adecuadamente sus funciones de representación y asistencia de la víctima menor;
- cuando la víctima menor de edad no esté acompañada, o se encuentre separada de quienes ejerzan la patria potestad o cargos tutelares.

D. Cuando existan dudas sobre la edad de la víctima y no pueda ser determinada con certeza, se presumirá que se trata de una persona menor de edad.

E. Los menores de edad, también podrán ser beneficiarios del sistema de ayudas públicas en beneficio de las víctimas directas o indirectas de los delitos dolosos y violentos cometidos en España, con el resultado de muerte, o de lesiones corporales graves, o de daños graves en la salud física o mental, establecidas en la Ley y en el Reglamento que las desarrolla<sup>755 756</sup>

Se beneficiarán asimismo de estas ayudas las víctimas de los delitos contra la libertad sexual, aun cuando éstos se perpetraran sin violencia.

<sup>753</sup> Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

<sup>754</sup> Artículo 26 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito

<sup>755</sup> Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

<sup>756</sup> Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.



## 17.5.2. La prueba testifical de los menores de edad en los procedimientos judiciales penales.

En el caso de los testigos menores de edad, el Juez o la Jueza de Instrucción<sup>757</sup> podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario, para evitar causarles graves perjuicios, que:

- se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal,
- las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos,
- excluya o limite la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima.

En estos casos, el Juez o la Jueza dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible.

El Juzgado ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales.

## 17.6. EL ACOSO ESCOLAR.

A) Los menores tienen que respetar a los profesores y otros empleados de los centros educativos, así como al resto de sus compañeros, evitando situaciones de conflicto y acoso escolar en cualesquiera de sus formas, incluyendo el ciberacoso.<sup>758</sup>

El acoso escolar, o “bullying”, se define como una forma de maltrato físico, verbal o psicológico que se produce entre escolares, de forma reiterada y a lo largo del tiempo.

El ciberacoso, es el uso de información electrónica y medios de comunicación, tales como el correo electrónico, redes sociales, teléfonos móviles, etc, para acosar mediante ataques personales.

B) No existe artículo alguno en el Código Penal que individualice y trate este problema de forma individualizada, y en sus precisas dimensiones.

El acoso escolar es tratado como parte integrante del trato degradante o menoscabo a la integridad moral.<sup>759</sup>

En el ámbito judicial penal, el acoso escolar puede llegar a ser un delito de:

- acoso,
- lesiones,
- amenazas,
- coacciones,
- injurias,
- calumnias,
- agresiones y abusos sexuales,
- homicidio o asesinato, en los casos más graves.

<sup>757</sup> Artículo 433 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

<sup>758</sup> Artículo 9 quater 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>759</sup> Artículo 173.1 de de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.



Desgraciadamente, en estos casos de más gravedad, la situación de hostigamiento puede llegar a desembocar en el suicidio de los menores acosados.

E incluso podría llegar a calificarse como un delito de inducción al suicidio, si concurren los requisitos necesarios para que se de este tipo delictivo.

C) Si el acoso proviene de:

- un menor de catorce años, y llega denuncia al Ministerio Fiscal, procederá a remitir lo actuado a la Dirección del centro donde se están produciendo los abusos, adoptar las medidas procedentes para poner fin a los abusos denunciados y proteger al menor acosado;
- un menor mayor de catorce años y menor de dieciocho años, se le podrá exigir responsabilidad penal y civil conforme a la regulación de la responsabilidad penal de los menores;
- si el acosador es mayor de dieciocho años, se le podrá exigir responsabilidad penal y civil, por el proceso penal ordinario regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

D) La Administración educativa y los órganos de dirección del centro docente, son los agentes responsables de frenar el acoso escolar.<sup>760</sup>

El acoso físico o moral a los compañeros, es una infracción disciplinaria, y puede acarrear la aplicación de medidas correctoras en el ámbito educativo, e incluso la expulsión del centro del menor acosador o la menor acosadora.

Todos los centros deben incluir en su proyecto educativo un plan de convivencia escolar, así como establecer normas que garanticen su cumplimiento.

Las Administraciones educativas deben:

- asegurar la escolarización inmediata de las alumnas o alumnos que se vean afectados por cambios de centro, derivados de actos de violencia escolar;
- facilitar que los centros presten una especial atención a dichos alumnos.

E) La acción civil, que persigue la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios causados, puede llegar a exigirse a:

- un profesor, por no evitarlo y no adoptar medidas para paliar esa situación (culpa in vigilando),
- los padres del menor o menores acosadores,
- la Administración educativa, como titular del centro, por la vía de la responsabilidad patrimonial,
- los centros privados o concertados.

F) Calatayud<sup>761</sup> sostiene que:

- ya se ha condenado a colegios como responsables civiles subsidiarios en casos de acoso, de los que llegan “menos” al Juzgado de los que “parece haber”;
- a él se han dirigido bastantes padres “desesperados” por el acoso a “niños muy pequeños”, de ocho, nueve y diez años;

<sup>760</sup> Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, por el que se establecen los derechos y deberes de los alumnos y las normas de convivencia en los centros.

<sup>761</sup> Declaraciones por Europa Press del Juez Emilio Calatayud. Diario LA LEY, 8 de noviembre de 2016.



- aunque solo se puede intervenir judicialmente cuando el acosador tiene catorce años, ya que antes no existe delito, se muestra contrario a modificar la edad penal en este o en cualquier otro supuesto, abogando por reforzar la educación, la concienciación, la intervención de los servicios sociales y de los propios centros;
- se muestra contrario a que “al final, sea la víctima la que se tiene que ir del colegio cuando los que deben marcharse son los agresores”;
- cree que, al margen de las medidas judiciales, este asunto debe abordarse desde la educación y la autoridad que deben imponer los padres a sus hijos e hijas.

## 17.7. LA VIOLENCIA DE GÉNERO ENTRE ADOLESCENTES.

En noviembre de 2016, el entonces Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial<sup>762</sup>, pidió “especial atención” a la incidencia de la violencia de género entre los adolescentes, entre los que observa, “con gran preocupación, que se producen con frecuencia situaciones cercanas al maltrato físico o psicológico, sin que muchas veces las víctimas sean conscientes de ello”.

“La educación, la prevención y la divulgación son fundamentales”, añade.

Para combatir la violencia sobre la mujer entre los más jóvenes, ha apostado por utilizar “sus propias armas: las nuevas tecnologías, las redes sociales, en donde con tanta soltura se mueven los jóvenes y que podemos aprovechar para entrar en sus conciencias, haciendo divulgación del rechazo social que debe producir la violencia de género”.

“Hemos de educar en la igualdad y en el respeto, desde los primeros años de vida de nuestros hijos; tenemos que ayudar a los más jóvenes a que, de manera espontánea y por propia convicción, consideren rechazables los comportamientos violentos de dominación y control, sean éstos explícitos o sutiles.”

## 17.8. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES.

### 17.8.1. Ámbito internacional en la Convención de los Derechos del Niño.

Los Estados Partes de la Convención sobre los Derechos de los Niños<sup>763</sup>, reconocen el derecho de todo niño y niña, de quien se alegue que ha infringido las leyes penales, o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto de la niña y del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, y en la que se tenga en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del menor, y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

<sup>762</sup> Carlos Lesmes, [9 de noviembre de 2016]. Fuente: Diario LA LEY. Intervención en el acto de inauguración del VI Congreso del Observatorio contra la violencia doméstica y de género que se celebró en el antiguo Salón de Plenos del Senado.

<sup>763</sup> Artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.



En particular, los Estados Partes velarán para que:<sup>764</sup>

- 1) ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;
- 2) no se imponga la pena capital ni la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación, por delitos cometidos por menores de dieciocho años de edad;
- 3) ningún niño o niña sean privados de su libertad ilegal o arbitrariamente.
- 4) la detención, encarcelamiento o la prisión de una niña o un niño, se lleve a cabo de conformidad con la ley y se utilice tan solo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda;
- 5) todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad;
- 6) todo niño privado de libertad esté separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del menor, y tenga derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;
- 7) todo niño privado de su libertad tenga derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un Tribunal u otra Autoridad competente, independiente e imparcial, y a una pronta decisión sobre dicha acción;
- 8) se le presuma inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley;
- 9) no sea obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que pueda interrogar o hacer interrogar a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;
- 10) cuente con la asistencia gratuita de intérprete, si no comprende o no habla el idioma utilizado;
- 11) se establezca una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;
- 12) se disponga de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción, tanto con las circunstancias como con la infracción.

---

<sup>764</sup> Artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.



## 17.8.2. Aspectos generales de la responsabilidad penal de los menores.<sup>765</sup>

A. Los menores mayores de catorce años serán responsables penalmente:

- cuando hayan cometido hechos tipificados como delitos en el Código Penal, o en las leyes penales especiales,
- no concurra en ellos ninguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal prevista en dichas normas.

B. Para exigirles esta responsabilidad penal a los menores y los menores mayores de catorce años y menores de dieciocho años, se aplicará la Ley reguladora de la responsabilidad penal de menores<sup>766</sup> y su Reglamento<sup>767</sup> de desarrollo.

Cuando el autor de los hechos mencionados anteriormente sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a esa Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes.

El Ministerio Fiscal deberá remitir a la Entidad Pública de protección de menores, testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha Entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél.

C. Los Jueces y las Juezas de Menores serán competentes para conocer de los hechos cometidos por las personas a las que resulta aplicable la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Las personas a las que se aplique la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores, gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico.

D. Corresponde al Ministerio Fiscal:

- a) la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes,
- b) la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento,
- c) dirigir personalmente la investigación de los hechos,
- d) ordenar que la Policía Judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de los hechos delictivos y de la participación del menor en los mismos,
- e) impulsar el procedimiento.

La actuación instructora del Ministerio Fiscal tendrá como objeto:

- valorar la participación del menor o de la menor en los hechos para expresarle el reproche que merece su conducta,

<sup>765</sup> Observatorio estatal del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad: "Factores de éxito asociados a los programas de intervención con menores infractores".

<sup>766</sup> Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad de los menores.

<sup>767</sup> Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad de los menores.



- proponer las concretas medidas de contenido educativo y sancionador, adecuadas a las circunstancias del hecho y de su autor y, sobre todo, al interés del propio menor valorado en la causa.

El Ministerio Fiscal incoará un procedimiento por cada hecho delictivo, salvo cuando se trate de hechos delictivos conexos.

Todos los procedimientos tramitados a un mismo menor se archivarán en el expediente personal que del mismo se haya abierto en la Fiscalía.

- E. El Ministerio Fiscal y el Juez o la Jueza de Menores, velarán en todo momento, por la protección de los derechos de las víctimas y de los perjudicados, por las infracciones cometidas por los menores.

Los menores sospechosos o acusados en procesos penales, deben poder comprender y seguir dichos procesos, a fin de permitirles ejercer su derecho a un juicio justo, prevenir su reincidencia y fomentar su inserción social.

A tal fin, el Parlamento Europeo y el Consejo han dictado una Directiva<sup>768</sup>, sobre garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, debiendo los Estados miembros velar siempre por el interés superior del menor como consideración primordial.

### 17.8.3. Medidas susceptibles de ser impuestas a los menores.<sup>769</sup>

A. Las medidas que pueden imponer los Jueces de Menores, ordenadas según la restricción de derechos que suponen, son las siguientes:

1. internamiento en régimen cerrado,
2. internamiento en régimen semiabierto,
3. internamiento en régimen abierto,
4. internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto,
5. tratamiento ambulatorio,
6. asistencia a un centro de día,
7. permanencia en fin de semana,
8. libertad vigilada,
9. prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez,
10. convivencia con otra persona, familia o grupo educativo,
11. prestaciones en beneficio de la comunidad,
12. realización de tareas socio-educativas,
13. amonestación,

<sup>768</sup> Directiva [UE] 2016/800, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales. [DOCE de 21 de mayo de 2016].

<sup>769</sup> Artículo 7 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad de los menores.



14. privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas,
15. inhabilitación absoluta.

El Juzgado de Menores de Jaén <sup>770</sup> ha condenado a un menor de dieciséis años, a un año de libertad vigilada con tratamiento psicológico y a una indemnización, por las lesiones causadas al profesor que amenazó y agredió golpeándole en la cabeza.

Al menor se le condena como culpable de tres delitos:

- amenazas,
- atentado <sup>771</sup>,
- lesiones leves.

B. Para la elección de la medida o medidas adecuadas, se deberá atender de modo flexible, no solo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a:

- la edad,
- las circunstancias familiares y sociales,
- la personalidad,
- el interés del menor.

El Juez o la Jueza deberá motivar en la sentencia, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor:

- las razones por las que se aplica una determinada medida,
- el plazo de duración de la misma,

C. Además, cuando el menor o la menor a quien se hubiera impuesto una medida, alcanzase la mayoría de edad, continuará el cumplimiento de la medida hasta alcanzar los objetivos propuestos en la sentencia en que se le impuso.

No obstante, si se trata de una medida de internamiento en régimen cerrado, y el menor o la menor alcance la edad de dieciocho años sin haber finalizado su cumplimiento, podrá ordenarse en determinadas situaciones que su cumplimiento se lleve a cabo en un centro penitenciario.

El Tribunal Supremo <sup>772</sup> ha declarado que el régimen de cumplimiento imperativo de una medida de internamiento, constituye una disposición especial que siempre deberá aplicarse en los supuestos de delitos de extrema gravedad, en los términos definidos por la Ley, siendo obligatorio para hacer uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta, que haya transcurrido al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.

<sup>770</sup> Sentencia de 21 de octubre de 2016.

<sup>771</sup> Artículo 124.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

<sup>772</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala Segunda de lo Penal, de 12 de febrero de 2014, [LA LEY 6931/2014].



#### **17.8.4.** Medidas cautelares.

El Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de quien haya ejercitado la acción penal, cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito, y el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor, o de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima, podrá solicitar del Juez de menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado, o para la debida protección de la víctima.

Para la adopción de la medida cautelar de internamiento, se atenderá a:

- la gravedad de los hechos,
- las circunstancias personales y sociales del menor,
- la existencia de un peligro cierto de fuga,
- el que el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos graves de la misma naturaleza.

El Juez de Menores resolverá, a instancia del Ministerio Fiscal o de la acusación particular, en una comparecencia a la que asistirán también el Letrado o Letrada del Menor, las demás partes personadas, el representante o la representante del Equipo Técnico y de la Entidad Pública, los cuales informarán al titular del Juzgado sobre la conveniencia de la adopción de la medida solicitada.

El tiempo máximo de la medida cautelar de internamiento será de seis meses, con posibilidad de prórroga.

Las medidas cautelares se documentarán en el Juzgado de Menores en pieza separada del expediente.

El tiempo de cumplimiento de las medidas cautelares se abonará en su integridad, para el cumplimiento de las medidas que se puedan imponer en la misma causa o, en su defecto, en otras causa que hayan tenido por objeto hechos anteriores a la adopción de aquéllas.

#### **17.8.5.** Ejecución de las medidas.

No podrá ejecutarse ninguna de las medidas establecidas en esta Ley, sino en virtud de sentencia firme.

La ejecución de las medidas previstas en la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores de edad, se realizará con carácter general, bajo el control del Juez de Menores que haya dictado la sentencia correspondiente.

La ejecución de las medidas adoptados por los Jueces de Menores en sus sentencias firmes, es competencia de las Comunidades Autónomas.



Dichas Entidades Públicas:

- llevarán a cabo, de acuerdo con sus respectivas normas de organización, la creación, dirección, organización y gestión de los servicios, instituciones y programas adecuados para garantizar la correcta ejecución de las medidas previstas en la Ley;<sup>773</sup>
- podrán establecer los convenios o acuerdos de colaboración necesarios con otras entidades, bien sean públicas, de la Administración del Estado, Local o de otras Comunidades Autónomas, o privadas sin ánimo de lucro, para la ejecución de las medidas de su competencia, bajo su directa supervisión, sin que ello suponga en ningún caso la cesión de la titularidad y responsabilidad derivada de dicha ejecución.

La ejecución de las medidas privativas de libertad, la detención y las medidas cautelares de internamiento, que se impongan de conformidad con la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores de edad, se ejecutarán en centros específicos para menores infractores<sup>774</sup>, diferentes de los previstos en la legislación penitenciaria para la ejecución de las condenas penales y medidas cautelares privativas de libertad impuestas a los mayores de edad penal.

Los centros de responsabilidad penal de menores:

- constituyen el recurso de internamiento en régimen abierto, semiabierto y cerrado para la ejecución de las medidas adoptadas por el Juzgado de Menores en materia de responsabilidad penal,
- estarán divididos en módulos adecuados a la edad, madurez, necesidades y habilidades sociales de los menores internados,
- se regirán por una normativa de funcionamiento interno, cuyo cumplimiento tendrá como finalidad la consecución de una convivencia ordenada,
- permitirán la ejecución de los diferentes programas de intervención educativa y las funciones de custodia de los menores internados.

## 17.9. LOS HIJOS MALTRATADORES O LA VIOLENCIA FILIO-PARENTAL.

El abuso de hijos a padres pretende ganar poder y control sobre uno de los progenitores.

El abuso puede ser:

- Físico.
- Psicológico.
- Financiero.

<sup>773</sup> Servicio de Justicia del Menor de la Dirección General de Justicia e Interior de la Consejería de Presidencia y Participación Ciudadana del Principado de Asturias. [Decreto 62/2015 del Principado de Asturias de 13 de agosto].

<sup>774</sup> En Asturias, la Casa Juvenil de Sograndio.



La violencia intergeneracional:

- ha sido entendida, hasta ahora, como una relación de fuerza, dominación y sumisión ejercida por aquella persona situada en una posición familiar dominante, conforme al modelo social establecido;
- rompe este concepto tradicional de violencia, pues es ejercida de modo inverso, erigiéndose los hijos e hijas en dominadores de la relación familiar mediante:
  - la coacción.
  - la amenaza.
  - la fuerza.

La idea de que la violencia es más cosa de chicos, es decir, que la violencia es una cuestión de género, se relativiza en los estudios realizados, destacando un acercamiento entre géneros en este terreno.

Y si bien las madres tienen una mayor probabilidad de ser víctimas de abusos por parte de sus hijos e hijas adolescentes, los estudios reflejan pocas diferencias de género en estos actos violentos, pudiendo ser también agredidos los padres.

A juicio del Magistrado Emilio Calatayud<sup>775</sup>:

- es precisamente la pérdida de esa autoridad sobre los hijos lo que se vincula con un delito que está en auge en los últimos años, el maltrato de menores a sus padres;
- aquí “no hay un único perfil”, y en algunos casos se vinculan con la adicción a las nuevas tecnologías o con el crecimiento en una familia desestructurada, donde el menor ha convivido con el maltrato;
- también es frecuente el caso del niño al que “se le ha consentido todo desde pequeño”, sin pedirle ninguna responsabilidad, y que acaba por “convertir la vida familiar en un infierno”;
- la mayoría de estos menores agresores, responden ante la Justicia porque han sido denunciados por sus propios padres, “y cuando lo hacen es porque están muy quemados” y “han agotado todas sus posibilidades”;
- reconoce que ha internado a muchos jóvenes por maltratar a sus padres,-aunque a primera opción suele ser la libertad vigilada-, pero también que existe un alto grado de reinserción y, que en muchas ocasiones, estos mismos menores acaban por “darle las gracias”;
- agrega que “nuestro trabajo también es acompañarles en la madurez”, matizando que aunque puedan “ir de duros”, “cuando encierras a un chaval” lejos de su casa y a las diez de la noche se apagan las luces y se cierran las celdas, “allí no se oyen voces de maltratadores o delincuentes”, sino “llantos de niños”, que al fin y al cabo, es lo que son.

---

<sup>775</sup> Declaraciones por Europa Press del Juez Emilio Calatayud. Diario LA LEY, 8 de noviembre de 2016.



## 17.10. EL REGISTRO CENTRAL DE DELINCUENTES SEXUALES.<sup>776 777</sup>

### 17.10.1. Ámbito conceptual.

Para el acceso y ejercicio a las profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores, es un requisito no haber sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual, que incluye:

- la agresión y abuso sexual,
- el acoso sexual,
- el exhibicionismo y provocación sexual,
- la prostitución y explotación sexual,
- la corrupción de menores,
- la trata de seres humanos.

A tal efecto, quien pretenda el acceso a tales profesiones, oficios o actividades, deberá acreditar esta circunstancia mediante la aportación de una certificación negativa del Registro Central de Delincuentes Sexuales.

El principio inspirador al que responde el Registro Central de Delincuentes Sexuales, se estructura sobre la base del derecho fundamental del menor a que su interés superior sea prioritario.

El fin primordial de este Registro, es dar respuesta al clamor social de proteger el interés de los menores, potenciales víctimas de estos delitos especialmente reprochables, y que afectan de una manera fundamental al desarrollo normal de la personalidad de los niños.

Se pretende con este Registro:

- la prevención y protección de los menores frente a la delincuencia de naturaleza sexual;
- el desarrollo de un sistema para conocer si, quienes pretenden acceder y ejercer profesiones, oficios y actividades que impliquen un contacto habitual con menores carecen de condenas, tanto en España como en otros países, por los delitos a los que se refiere este Real Decreto;
- facilitar la investigación e identificación de los autores de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, así como de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, incluyendo la pornografía, con independencia de la edad de la víctima;
- la incorporación a este Registro de los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de las personas condenadas por los delitos objeto del mismo;
- posibilitar un seguimiento y control de las personas condenadas por estos delitos, no solo en España, sino también en otros países, así como colaborar con las autoridades competentes de otros Estados, para facilitar el intercambio de información en este sentido.

<sup>776</sup> Artículo 13.5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor-

<sup>777</sup> Observatorio estatal del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad: "Recomendaciones para la aplicación en el ámbito de los Servicios Sociales de las medidas de protección de los menores de edad previstas en el artículo 13.5 de la Ley Orgánica 1/1996 y el artículo 8.4 de la Ley 4/2015 de Voluntariado", de 16 de febrero de 2016.



### **17.10.2.** Objeto <sup>778</sup>, naturaleza, finalidad, <sup>779</sup> y organización. <sup>780</sup>

La organización y funcionamiento del Registro Central de Delincuentes Sexuales se crea y regula en un Real Decreto <sup>781</sup>, que a su vez, regula el régimen de inscripción, consulta, certificación y cancelación de los datos contenidos en él.

El Registro Central de Delincuentes Sexuales constituye un sistema de información, de carácter no público y gratuito, relativo a :

- la identidad,
- perfil genético,
- las penas y medidas de seguridad impuestas a aquellas personas condenadas en sentencia firme por cualquier delito contra la libertad e indemnidad sexuales, o por trata de seres humanos con fines de explotación sexual, incluyendo la pornografía.

Esta información se referirá a las condenas dictadas tanto en España como en otros países, en particular los Estados miembros de la Unión Europea y del Consejo de Europa.

La finalidad del Registro es contribuir a la protección de los menores contra la explotación y el abuso sexual, con independencia de quién sea el autor del delito, mediante el establecimiento de un mecanismo de prevención, que permita conocer si quienes pretenden el acceso y ejercicio de profesiones, oficios y actividades que impliquen el contacto habitual con menores, carecen o no de condenas penales por esos delitos.

El Registro Central de Delincuentes Sexuales se integra en el sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia.

### **17.10.3.** Acceso a la información contenida en las inscripciones. <sup>782</sup>

El Ministerio de Justicia autorizará para la satisfacción de las finalidades y objetivos perseguidos por el Registro Central de Delincuentes Sexuales, el acceso directo de la información contenida al Registro a:

1. los Jueces, Juezas y Tribunales de cualquier orden jurisdiccional, a los efectos de su utilización en los procedimientos y actuaciones de los que estén conociendo en el ámbito de sus respectivas competencias;
2. el Ministerio Fiscal, cuando ello resulte necesario para el cumplimiento de sus funciones legalmente atribuidas;
3. la Policía Judicial, en relación a la prevención, persecución y seguimiento de las conductas inscritas en este Registro.

---

<sup>778</sup> Artículo 1 del Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales.

<sup>779</sup> Artículo 3 del Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales.

<sup>780</sup> Artículo 4 del Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales.

<sup>781</sup> Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales.

<sup>782</sup> Artículo 8 del Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales.



#### 17.10.4. Certificación de los datos inscritos.<sup>783</sup>

Los órganos judiciales, en relación con las causas que tramiten y para su unión al procedimiento, podrán obtener directamente los datos contenidos en el Registro y aportarlos al procedimiento judicial, sin necesidad de solicitar certificación al responsable del Registro.

El encargado del Registro, previo consentimiento del interesado, informará de los datos relativos al mismo, contenidos en el Registro Central de Delincuentes Sexuales, a instancia de cualquier órgano de las Administraciones Públicas ante el que se tramite un procedimiento para acceder a profesiones, oficios o actividades que impliquen un contacto habitual con menores, así como para su ejercicio.

Los datos relativos a su persona podrán certificarse directamente a petición del titular interesado.

La certificación positiva contendrá la transcripción de los datos inscritos.

También se podrán suscribir certificaciones negativas respecto a personas que no figuren inscritas.

Tratándose de menores de edad, la solicitud habrá de efectuarse por su representante legal.

Las Entidades Públicas de protección de menores competentes territorialmente, podrán solicitar, por vía telemática, al encargado del Registro Central de Delincuentes Sexuales, los datos que resulten necesarios del inscrito para valorar la situación de desprotección de un menor, respecto de quien sea su progenitor, tutor, guardador o acogedor, aún sin consentimiento de aquél, y siempre que no se trate de información reservada a Jueces y Tribunales.

Cada una de estas Entidades Públicas identificará al órgano responsable del control de estos datos, y lo comunicará al encargado del Registro para garantizar su confidencialidad.

En todo caso, la solicitud, expedición y obtención de los certificados se hará preferentemente por medios electrónicos.

---

<sup>783</sup> Artículo 9 del Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales.



# 18

## LOS MENORES Y LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

### 18.1. PRINCIPIOS RECTORES DE LA ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS EN MATERIA DE MENORES.

Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores, los siguientes:<sup>784</sup>

- la supremacía de su interés superior;
- el mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables, priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional;
- su integración familiar y social;
- la prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal;
- la sensibilización de la población ante situaciones de desprotección;
- el carácter educativo de todas las medidas que se adopten;
- la promoción de la participación, voluntariado y solidaridad social;
- la objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora, garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de medidas que les afecten;

<sup>784</sup> Artículo 11.2 de la Ley Orgánica 171996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.





- la protección contra toda forma de violencia, incluido:
  - el maltrato físico o psicológico,
  - los castigos físicos humillantes y denigrantes,
  - el descuido o trato negligente,
  - la explotación,
  - la violencia realizada a través de las nuevas tecnologías,
  - los abusos sexuales,
  - la corrupción,
  - la violencia de género o en el ámbito familiar, sanitario, social o educativo,
  - el acoso escolar,
  - la trata y el tráfico de seres humanos,
  - la mutilación genital femenina,
  - cualquier otra forma de abuso,
- la igualdad de oportunidades y no discriminación, por cualquier circunstancia;
- la accesibilidad universal de los menores con discapacidad y los ajustes razonables, así como su inclusión y participación plenas y efectivas;
- el libre desarrollo de su personalidad conforme a su orientación e identidad sexual;
- el respeto y la valoración de la diversidad étnica y cultural.

Cuando los menores o las menores se encuentren bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica, las actuaciones de los poderes públicos estarán encaminadas a garantizar:

- A. el apoyo necesario para procurar la permanencia de los menores, con independencia de su edad, con aquella,
- B. su protección,
- C. su atención especializada,
- D. su recuperación.<sup>785</sup>

---

<sup>785</sup> Artículo 12.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.



## 18.2. IMPACTO DE LAS NORMAS EN LA INFANCIA Y EN LA ADOLESCENCIA. <sup>786</sup>

Las memorias del análisis de impacto normativo que deben acompañar a los anteproyectos de ley y a los proyectos de reglamentos, incluirán el impacto de la normativa en la infancia y la adolescencia.

La propuesta de un informe vinculante de impacto sobre la infancia, en todas las disposiciones normativas, ya había sido propuesta por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y por informes del Comité Español de Unicef.

El objetivo es que ninguna norma nueva que se incorpore al ordenamiento jurídico español, tenga un impacto negativo en los niños y niñas y en sus familias.

Destacamos como referente la “Guía metodológica para la elaboración de informes previos de impacto en la infancia y la adolescencia de las disposiciones normativas”, elaborada en marzo de 2015, por Unicef en colaboración con el Gobierno del Principado de Asturias y la Universidad Pontificia de Comillas.

## 18.3. PROPUESTA DE UN PACTO DE ESTADO POR LA INFANCIA.

Unicef España:

- insta a alcanzar un Pacto de Estado por la Infancia, que blinde los derechos de los niños y que garantice políticas eficaces y sostenibles en el tiempo,
- busca así una mejor recopilación y desglose de los datos, para identificar a los niños más vulnerables y una capacidad crítica de los acuerdos que se adopten,
- critica “que no ve a nadie oponiéndose al pacto, pero tampoco empujándolo”.

El objetivo del pacto es blindar el gasto público en educación, salud, derechos de los niños y conseguir una inversión pública a niveles europeos que se sitúan en el 2,2 % del Producto Interior Bruto (PIB) frente al 1,4% de España, según fuentes de Unicef España.

Para lograr el Pacto, Unicef España ha apelado para alcanzarlo:

1. a los gobiernos,
2. a las empresas,
3. a la sociedad civil,
4. a las universidades.

---

<sup>786</sup> Artículo 22 quinquies de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.



## 18.4. LOS MENORES DE EDAD Y SU CAPACIDAD DE OBRAR ANTE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

Los menores y las menores de edad tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses, cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela.<sup>787</sup>

Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos e intereses de que se trate.

Los menores y las menores mayores de catorce años que se encuentren en el domicilio, y hagan constar su identidad, podrán hacerse cargo de las notificaciones administrativas, cuando éstas se practican en el domicilio del interesado, de no hallarse presente éste en el momento de entregarse la notificación.<sup>788</sup>

## 18.5. MENORES DE EDAD Y EL PADRÓN MUNICIPAL.

La representación de los menores de edad se rige, a efectos del padrón, por las normas generales de representación legal de los menores.

Los padres y las madres que ostenten la patria potestad, tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados, a efectos de:

- inscripción del menor en el padrón
- cambio de domicilio.

No obstante, en los supuestos de separación o divorcio, las inscripciones en el padrón se instarán en exclusiva por el progenitor que ostente la guarda y custodia, lo que se deberá acreditar mediante copia de la correspondiente resolución judicial.

En los supuestos de acogimiento familiar de menores, se deberá aportar copia de la resolución judicial o de la resolución administrativa que constituya la medida.

Las disposiciones normativas relativas al padrón<sup>789</sup>, regulan de forma detallada otros supuestos referidos a:

- menores tutelados por una Entidad Pública,
- menores cuya guarda y custodia es compartida por ambos progenitores en periodos de tiempo muy equilibrados,
- menores que viven en un domicilio distinto al de sus padres, aunque éstos ostenten su guarda y custodia,
- menores que vivan en un domicilio donde habiten únicamente personas menores de edad mayores de dieciséis años.

<sup>787</sup> Artículo 3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>788</sup> Artículo 42 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>789</sup> Resolución de 16 de marzo de 2015 de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, por la que se publica la Resolución de 30 de enero de 2015, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Coordinación de Competencias con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, sobre instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre gestión del padrón municipal.



## 18.6. UNIDADES DE MADRES EN LA ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA.<sup>790</sup>

### 18.6.1. Los menores de edad y los establecimientos penitenciarios.

La Dirección del establecimiento penitenciario admitirá a los hijos o hijas menores de tres años, para que éstos permanezcan en su compañía en el interior del centro penitenciario:

- cuando estos acompañen a sus madres en el momento del ingreso,
- cuando éstas soliciten autorización, para que éstos permanezcan en su compañía en el interior del centro penitenciario.

Si éstas solicitan mantenerlos en su compañía dentro de la prisión, deberá acreditarse:

- debidamente la filiación,
- que dicha situación no entraña riesgo para los menores,
- que se ha comunicado al Ministerio Fiscal la decisión adoptada a los efectos oportunos.

Admitido el ingreso de los niños y las niñas en prisión, deberán ser reconocidos por el médico o la médica del establecimiento y, si este no dispusiese otra cosa, pasarán a ocupar con sus madres la habitación que se les asigne dentro de la unidad de madres.

En los posibles conflictos que surjan entre los derechos del niño y los de la madre, originados por el internamiento en un establecimiento penitenciario, deben primar los derechos de aquel.

Cuando se detecte que un menor es objeto de malos tratos, físicos o psíquicos, o es utilizado por su madre o familiares para introducir o extraer del establecimiento sustancias u objetos no autorizados, el Consejo de Dirección, previo informe de la Junta de Tratamiento, lo comunicará a la Autoridad competente en materia de menores, para que decida lo que estime procedente.

En los centros donde se encuentren niños acompañando a sus madres, se proveerán los medios necesarios para la alimentación de cada menor conforme a sus necesidades, de acuerdo con las indicaciones del servicio médico.

La Administración Penitenciaria fomentará la colaboración y participación de las instituciones públicas y privadas de la asistencia al menor en estas unidades de madres, o en las unidades dependientes creadas al efecto para internas clasificadas en tercer grado, que tengan en su compañía hijos o hijas menores de tres años.

A tal fin, celebrará los convenios precisos, para potenciar al máximo:

- el desarrollo de la relación materno-filial,
- la formación de la personalidad de los niños y de las niñas.

---

<sup>790</sup> Artículo 17 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, sobre Reglamento Penitenciario.



## 18.6.2. Las Unidades de Madres en los establecimientos penitenciarios.

La Administración Penitenciaria dispondrá, para los menores y sus madres, de unidades de madres, que:

- contarán con local habilitado para guardería infantil,
- estarán separadas arquitectónicamente del resto de los departamentos, a fin de facilitar las especificidades regimentales, médico-sanitarias y de salidas que la presencia de los menores en el centro hiciese necesarias.

Las Unidades de Madres, se regirán, en sus aspectos esenciales, por las siguientes normas:<sup>791</sup>

1. la Junta de tratamiento programará:
  - a) las actividades formativas y lúdicas,
  - b) las salidas programadas al exterior de los menores, con especial atención a su integración social en la Comunidad donde está ubicado el establecimiento, a cuyo fin contará con la colaboración de los especialistas y de los servicios sociales del centro;
2. en estas unidades, existirá un especialista en educación infantil, que orientará la programación educativa y lúdica de las actividades de los menores;
3. los menores tendrán cubierta la asistencia médica en el establecimiento, por un especialista en pediatría;
4. la Administración garantizará a los menores las horas de descanso y de juego que aquellos precisen; a estos fines, se dedicará un espacio suficiente de acción formativa, con elementos de juego y de entretenimiento;
5. el régimen de visitas del menor solo podrá restringirse, de forma transitoria, por razones de orden y de seguridad del establecimiento;
6. en el caso de madres que carezcan de medios económicos suficientes, la Administración proveerá lo necesario para el cuidado infantil de los hijos, con los que compartan su internamiento.

## 18.6.3. Unidades creadas para internas clasificadas en tercer grado, que tengan en su compañía hijos menores de tres años.

El Centro Directivo podrá autorizar, a propuesta de la Junta de Tratamiento, que las internas clasificadas en tercer grado de tratamiento con hijos menores, sean destinadas a unidades dependientes exteriores, donde estos podrán integrarse plenamente en el ámbito laboral y escolar.<sup>792</sup>

La Junta de Tratamiento, podrá aprobar un horario adecuado a sus necesidades familiares, en relación a las internas con hijos menores, clasificadas en tercer grado, con el fin de:

- fomentar el contacto con sus hijos e hijas en el ambiente familiar,
- pernoctar en el domicilio,
- ingresar en el Establecimiento durante las horas diurnas que se determinen.

<sup>791</sup> Artículo 178 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, sobre Reglamento Penitenciario.

<sup>792</sup> Artículo 180 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, sobre Reglamento Penitenciario.



## 18.7. SEGURIDAD SOCIAL Y MENORES DE EDAD.

La Convención de los Derechos del Niño dispone que los Estados Partes reconocerán a todos los niños y niñas el derecho a beneficiarse de la Seguridad Social, en conformidad con su legislación nacional.<sup>793</sup>

El Estado, por medio de la Seguridad Social, garantiza a las personas comprendidas en el campo de aplicación de ésta, por cumplir los requisitos exigidos en las modalidades contributiva o no contributiva, así como a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en la Ley.<sup>794</sup>

En España, podemos destacar las siguientes prestaciones económicas relacionadas con los menores de edad:

### 18.7.1. Maternidad y paternidad.

A) A efectos de la prestación por maternidad<sup>795</sup>, se consideran situaciones protegidas:

- la maternidad,
- la adopción,
- la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año,

Los beneficiarios de estos subsidios, son las personas que disfruten de los descansos establecidos en la legislación laboral y que, además, reúnan las condiciones establecidas en la Ley.

B) A efectos de la prestación por paternidad<sup>796</sup>, se consideran situaciones protegidas:

- el nacimiento de hijo o hija,
- la adopción,
- la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año,

Recientemente<sup>797</sup> dos sentencias del Tribunal Supremo reconocen la maternidad por subrogación o sustitución como situación protegida, por lo que la Seguridad Social asumirá, a la mayor brevedad posible, esta doctrina recogida en dichas sentencias. La Seguridad Social asumirá la doctrina judicial sin distinción por razón de sexo, fijando pautas de actuación que permitan la aplicación de la normativa reguladora de esta prestación por maternidad a este supuesto, no previsto expresamente en la vigente normativa.

<sup>793</sup> Artículo 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>794</sup> Artículo 2 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

<sup>795</sup> Artículo 177 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

<sup>796</sup> Artículo 183 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

<sup>797</sup> Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de octubre y de 16 de noviembre de 2016. (LA LEY 181346/2016 y 177659/2016)



El Congreso <sup>798</sup> ha propuesto, a través de una proposición no de Ley, igualar en dieciséis semanas los permisos de maternidad y paternidad, y que no sean transferibles. Se propone que los próximos presupuestos incluyan una dotación para poder aplicarlo progresivamente desde 2017.

### 18.7.2. Riesgo durante el embarazo. <sup>799</sup>

A los efectos de prestación económica por riesgo durante el embarazo, se considerará situación protegida, el periodo de suspensión del contrato de trabajo, en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en la legislación de prevención de riesgos laborales, dicho cambio de puesto:

- no resulte técnica u objetivamente posible,
- no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

La prestación económica consistirá en un subsidio equivalente al cien por cien de la base reguladora correspondiente.

La gestión y el pago de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, corresponderá a la Entidad gestora o a la Mutua colaboradora con la Seguridad Social, en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales.

### 18.7.3. Riesgo durante la lactancia natural. <sup>800</sup>

Se considerará situación protegida, a los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, el periodo de suspensión del contrato de trabajo, en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en la legislación en materia de prevención de riesgos laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

La prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se reconocerá a la mujer trabajadora, en los términos y condiciones previstos en esta ley para la prestación económica por riesgo durante el embarazo, y se extinguirá en el momento en que el hijo o la hija cumpla nueve meses, salvo que la beneficiaria se haya reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior, o a otro compatible con su situación, en cuyo caso se extinguirá el día anterior al de dicha incorporación.

<sup>798</sup> Europa Press: 18 de octubre de 2016 [LA LEY 231059/2016].

<sup>799</sup> Artículo 186 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

<sup>800</sup> Artículo 188 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.



## 18.7.4. Cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.<sup>801</sup>

Se considerará situación protegida, la reducción de la jornada de trabajo, de al menos un cincuenta por ciento, que lleven a cabo los progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, cuando ambos trabajen, para el cuidado directo, continuo y permanente del menor a su cargo afectado por cáncer o por cualquiera otra enfermedad grave, que requiera ingreso hospitalario de larga duración, durante:

- el tiempo de hospitalización ,
- y tratamiento continuado de la enfermedad.

La prestación económica por cuidado de menores, afectados por cáncer u otra enfermedad grave, consistirá en un subsidio en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo.

Cuando concurren en ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción, o acogedores con carácter permanente, las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios de la prestación, el derecho a percibirla solo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia<sup>802</sup>, ha reconocido el derecho a la prestación por cuidado de una menor afectada por una enfermedad grave, a una madre de una niña con una artritis idiopática juvenil, al considerar que se trata de una enfermedad crónica y grave, que precisa un seguimiento regular y continuo de la medicación, más allá de lo que conlleva el control del buen padre de familia, y pese a la escolarización regular de la niña en un centro educativo no especializado.

## 18.7.5. Pensión de orfandad.<sup>803</sup>

### 18.7.5.1. El derecho a la pensión de orfandad.

Tendrán derecho a la pensión de orfandad, en régimen de igualdad, cada uno de los hijos e hijas del causante, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, siempre que, al fallecer el causante, sean menores de veintiún años.

La pensión de orfandad, será compatible con cualquier renta de trabajo:

- de quien sea o haya sido cónyuge del causante,
- del propio huérfano,
- así como, en su caso, con la pensión de viudedad que aquel reciba.

<sup>801</sup> Artículo 190 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

<sup>802</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 29 de julio de 2016, Sala de lo Social, (LA LEY 137447/2016).

<sup>803</sup> Artículo 224 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.



Podrá ser beneficiario de la pensión de orfandad, siempre que en la fecha del fallecimiento del causante fuera menor de veinticinco años, el hijo o la hija del causante que:

- no efectúe un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia,
- o cuando realizándolo, los ingresos que obtenga sean inferiores, en cómputo anual, a la cuantía vigente para el salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual.

La pensión de orfandad se abonará a quien tenga a su cargo a los beneficiarios.

La suma de las cuantías de las pensiones por muerte y supervivencia, no podrá exceder del importe de la base reguladora que corresponda en función de las cotizaciones efectuadas por el causante.

A estos efectos, las pensiones de orfandad tendrán preferencia sobre las pensiones a favor de otros familiares.<sup>804</sup>

### **18.75.2.** Pensión de orfandad de los hijos e hijas de quien fuera condenado por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas.

Los titulares de una pensión de orfandad, causada por la víctima de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas, cuando la víctima fuera el sujeto causante de la prestación, tendrán derecho al incremento previsto reglamentariamente para los casos de orfandad absoluta, cuando el condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio, en cualquiera de sus formas, no pudiese adquirir la condición de beneficiario de la pensión de viudedad.<sup>805</sup>

En el caso de que las hijas y los hijos de quien fuera condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas, siendo menores de edad, fueran beneficiarios de pensión de orfandad causada por la víctima, dicha pensión no le será abonable a la persona condenada.

En todo caso, la Entidad gestora pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, la existencia de la pensión de orfandad, así como toda resolución judicial de la que se deriven indicios racionales de que el progenitor es responsable de un delito doloso de homicidio, para que proceda<sup>806</sup>, en su caso, a instar la adopción de las medidas oportunas en relación con la persona física o institución tutelar del menor.

Adoptadas dichas medidas con motivo de dicha situación procesal, la Entidad gestora, cuando así proceda, comunicará también al Ministerio Fiscal, la resolución por la que se ponga fin al proceso, y la firmeza o no de la resolución judicial en que se acuerde.

<sup>804</sup> Artículo 229 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

<sup>805</sup> Artículo 233 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

<sup>806</sup> Artículo 158 del Código Civil.



Se articulan así mecanismos de comunicación y coordinación entre:

- la Entidad Gestora de la Seguridad Social,
- la Entidad Pública de protección de menores,
- la Fiscalía de Menores
- los Juzgados y Tribunales,

La Entidad Gestora puede incluso acordar la suspensión cautelar de pensiones, para garantizar un marco de protección integral en este ámbito especialmente sensible.<sup>807</sup>

### 18.7.6. Indemnización especial a tanto alzado.<sup>808</sup>

Los huérfanos tendrán derecho a una indemnización a tanto alzado, cuya cuantía se determinará en la legislación de desarrollo, en el caso de:

- muerte por accidente de trabajo,
- muerte por enfermedad profesional.

### 18.7.7. Prestaciones no contributivas.

Las prestaciones familiares de la Seguridad social relacionadas con menores, en su modalidad no contributiva, consistirán en:<sup>809</sup>

- Una asignación económica por cada hijo o hija menor de dieciocho años, a cargo del beneficiario, cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación, así como por los menores a su cargo en régimen de acogimiento familiar permanente, o guarda con fines de adopción, siempre que no perciban ingresos anuales superiores a los establecidos.<sup>810</sup>

Serán asimismo, beneficiarios de la asignación que, en su caso y en razón de ellos, hubiera correspondido a sus padres:

- los huérfanos de padre y madre, menores de dieciocho años;
- quienes no sean huérfanos y hayan sido abandonados por sus padres, siempre que no se encuentren en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda confines de adopción.

<sup>807</sup> Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>808</sup> Artículo 227 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

<sup>809</sup> Artículo 351 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

<sup>810</sup> Artículo 352 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.



En los supuestos de hijos, hijas o menores a cargo con discapacidad, no se exigirá límite de recursos económicos, a efectos del reconocimiento de la condición del beneficiario.

- Una prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hija o hijo, en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres con discapacidad.<sup>811</sup>
- Una prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples.<sup>812</sup>
- En el caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional, los huérfanos tendrán derecho a una indemnización a tanto alzado, cuya cuantía se determinará en las normas de desarrollo.

---

<sup>811</sup> Artículo 357 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

<sup>812</sup> Artículo 359 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

# 19 MENORES DE EDAD Y EMPLEO.

## 19.1. PROTECCIÓN DEL EMPLEO DE LOS MENORES DE EDAD EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.

### 19.1.1. La Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961.

Las partes contratantes de la Carta Social Europea, para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a protección de los niños, niñas y adolescentes, se comprometen a:

- fijar en quince años la edad mínima de admisión al trabajo, sin perjuicio de excepciones para los menores empleados en determinados trabajos ligeros, que no pongan en peligro su salud, moralidad o educación;
- fijar una edad mínima más elevada para la admisión al trabajo, en ciertas ocupaciones consideradas peligrosas e insalubres;
- prohibir que los niños y niñas en edad escolar obligatoria, sean empleados en trabajos que les priven del pleno beneficio de su educación;
- limitar la jornada laboral de los trabajadores menores de dieciséis años, para adecuarla a sus exigencias de su desarrollo y, en particular, a las necesidades de su formación profesional;
- reconocer el derecho de los menores y los aprendices, a un salario equitativo o, en su caso, otra retribución adecuada;
- disponer que las horas que los menores dediquen a su formación profesional durante la jornada normal de trabajo, con el consentimiento del empleador, se considere que forman parte de dicha jornada;
- fijar una duración mínima de tres semanas, para las vacaciones pagadas de los trabajadores menores de dieciocho años;
- prohibir el trabajo nocturno, a los trabajadores menores de dieciocho años, excepto en ciertos empleos determinados por las leyes o reglamentos nacionales;





- disponer que los trabajadores menores de dieciocho años, ocupados en ciertos empleos determinados por las leyes o Reglamentos nacionales, sean sometidos a un control médico regular;
- proporcionar una protección especial, contra los peligros físicos y morales, a los que estén expuestos los niños, niñas y los adolescentes, especialmente contra aquellos que, directa o indirectamente, deriven de su trabajo.

### 19.1.2. La Convención de los Derechos del Niño.<sup>813</sup>

Los Estados Partes reconocen el derecho del niño y de la niña a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo, que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual moral o social.

Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar este derecho.

Con este propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes:

- fijarán una edad o edades mínimas para trabajar,
- dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo,
- estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva de este derecho.

### 19.1.3. El Convenio número 182 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y de la acción inmediata para su eliminación.

España ha ratificado en 2001 este Convenio<sup>814</sup>, número 182 de la OIT, sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y de la acción inmediata para su eliminación, hecho en Ginebra el 17 de junio de 1999.

La expresión “las peores formas de trabajo infantil” abarca:

- todas las formas de esclavitud, o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños y niñas, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de menores para utilizarlos en conflictos armados;
- la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños y niñas para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;
- la utilización, el reclutamiento o la oferta de niñas y niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes;
- el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños y de las niñas.

<sup>813</sup> Artículo 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1989.

<sup>814</sup> Instrumento de Ratificación de fecha 14 de marzo de 2001, [BOE 17 de mayo de 2001].



## 19.2. EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES Y LOS MENORES DE EDAD.

### 19.2.1. Ámbito de aplicación.

El Estatuto de los Trabajadores, se aplica a los trabajadores que:

- voluntariamente prestan sus servicios retribuidos por cuenta ajena,
- prestan sus servicios dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.<sup>815</sup>

Se excluyen del ámbito regulado por el Estatuto de los Trabajadores, entre otros, los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo.

Se considerarán familiares, a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción.

Se considera, entre otras, relación laboral de carácter especial, y por tanto, se regulará por su legislación específica, la de las menores y los menores sometidos a la ejecución de medidas de internamiento para el cumplimiento de su responsabilidad penal.

### 19.2.2. Trabajo de los menores y las menores.

Se prohíbe:

- la admisión al trabajo de las menores y los menores de dieciséis años,<sup>816 817</sup>
- realizar horas extraordinarias a las menores y a los menores de dieciocho años.

Los trabajadores menores de dieciocho años, no podrán realizar:

- trabajos nocturnos,
- aquellas actividades o puestos de trabajo, respecto a los que se establezcan limitaciones a su contratación, conforme a la legislación de prevención de riesgos laborales.<sup>818</sup>

Los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo, podrán contratar por sí la prestación de su trabajo.

<sup>815</sup> Artículo 1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>816</sup> Artículo 6 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>817</sup> Resolución de 20 de octubre de 2016, de la Dirección General de la Fundación EOI, por la que se aprueba la convocatoria para la concesión de subvenciones, para la realización de contratos de jóvenes de más de dieciséis años y menores de treinta años, para empresas de cualquier sector, con el fin de que las personas jóvenes no ocupadas, ni integradas en los sistemas de educación o formación reglada, puedan recibir una oferta de empleo, en el marco del Programa Operativo de Empleo Juvenil, y Real Decreto Ley 6/2016, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso del Sistema Nacional de Garantía Juvenil.

<sup>818</sup> Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.



Entre los contratos formativos, destaca el contrato para la formación y el aprendizaje<sup>819</sup>, que se podrá celebrar con trabajadores mayores de dieciséis años y menores de veinticinco años:

- que carezcan de la cualificación profesional reconocida por el sistema de formación profesional para el empleo, o del sistema educativo requerida para concertar un contrato en prácticas,
- que cursen formación profesional del sistema educativo.

### 19.2.3. El trabajo de los niños y niñas artistas y de las niñas y los niños famosos.

La intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos<sup>820</sup> sólo se autorizará en casos excepcionales por la Autoridad laboral, siempre que no suponga un peligro:

- para su salud,
- para su formación profesional,
- para su formación humana.

El permiso deberá constar por escrito y para actos determinados, y siempre deberá estar supeditado al peno desarrollo formativo y personal de los niños y niñas.

Concedida la autorización, corresponde la celebración del contrato al padre, madre o tutor (nunca al representante artístico del menor).

El menor o la menor también deben prestar su previo consentimiento, si tuviere suficiente juicio.

Los menores tienen derecho a que su imagen y su voz no sean utilizadas en los servicios de comunicación audiovisual, sin su consentimiento o el de su representante legal.<sup>821</sup>

En todo caso, está prohibida la difusión del nombre, la imagen u otros datos, que permitan la identificación de los menores, en el contexto de:

- hechos delictivos,
- emisiones que discutan su tutela o filiación.

---

<sup>819</sup> Artículo 11.2 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>820</sup> Artículo 2.1 del Real Decreto 1435/85, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos.

<sup>821</sup> Artículo 7.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, general de la comunicación audiovisual de cobertura estatal.



## 19.2.4. Permisos laborales relacionados con la minoría de edad.

La trabajadora o el trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el siguiente tiempo.<sup>822</sup>

- Quince días naturales en caso de matrimonio.
- Dos días por el nacimiento de hijo o hija, y por el fallecimiento, accidente o enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización, que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

Cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días.

- Por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, siempre que deban tener lugar dentro de la jornada de trabajo.
- En los casos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación, y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad, siempre, en todos los casos, que deban tener lugar dentro de la jornada de trabajo.

Además, en estos casos, ambos progenitores deben acudir a la preparación y a las entrevistas, en contraste con los exámenes prenatales y las técnicas de preparación al parto, a los que solo es estrictamente necesario que acuda la madre.

- En los supuestos de nacimiento de hija o de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, para la lactancia del menor hasta que éste cumpla nueve meses, los trabajadores tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrán dividir en dos fracciones.

La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples.

Quién ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora, con la misma finalidad, o acumularlo en jornadas completas, en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario, respetando, en su caso lo establecido en aquellas.

Este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero solo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen.

- En el caso de nacimiento de hijas o de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la madre o el padre tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora.

---

<sup>822</sup> Artículo 37 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.



Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario.

- Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años, tendrá derecho a una reducción de la jornada diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella.
- El progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor permanente tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquella, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los dieciocho años.

Por convenio colectivo, se podrán establecer las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas.

Las reducciones de jornada contempladas en este apartado constituyen un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa, generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

El Tribunal Supremo<sup>823</sup> reconoce la prestación por cuidado de menor afectado por una grave enfermedad a favor de su madre, porque pese a que el menor está escolarizado en un centro especial, recibiendo en el centro los tratamientos y educación que precisa, ello no elimina la necesaria atención que el resto del día le debe procurar su madre en el domicilio. El menor está diagnosticado de hemorragia cerebral con evolución a parálisis cerebral infantil, y lo exigido es que el cuidado sea directo, continuo y permanente, pero por permanente no puede entenderse como extensivo a todo un día entero.

La concreción horaria y el periodo de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, corresponderán a la trabajadora y al trabajador, dentro de su jornada ordinaria.

No obstante, los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada, en atención a:

- los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y de la trabajadora,
- las necesidades productivas y organizativas de las empresas.

La trabajadora o el trabajador, salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario o empresaria con una antelación de quince días, o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de lactancia, o la reducción de jornada.

Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los periodos de disfrute, serán resueltas por la jurisdicción social.<sup>824</sup>

<sup>823</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de la Sala de lo Social, de 28 de junio de 2016. [LA LEY 86177/2016].

<sup>824</sup> Artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.



## 19.2.5. Suspensión del contrato de trabajo.

El contrato de trabajo podrá suspenderse por las siguientes causas relacionadas con la minoría de edad:<sup>825</sup>

### 19.2.5.1. Maternidad.<sup>826</sup>

En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hija o hijo a partir del segundo.

El periodo de suspensión se distribuirá a opción de la interesada, siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto.

En caso de fallecimiento de la madre, con independencia de que esta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del periodo de suspensión, computado desde la fecha del parto, y sin que se descuente del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto.

En el supuesto de fallecimiento de la hija o del hijo, el periodo de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, podrá optar porque el otro progenitor disfrute una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre.

El otro progenitor podrá seguir haciendo uso del periodo de suspensión por maternidad inicialmente cedido aunque, en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo, ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal.

En el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones, de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiera correspondido a la madre, lo que será compatible con el ejercicio del derecho de suspensión por paternidad.

En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el periodo de suspensión podrá computarse, a instancia de la madre, o en su defecto, del otro progenitor, a partir de la fecha de alta hospitalaria.

Se excluyen de dicho cómputo las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre.

---

<sup>825</sup> Artículo 45 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>826</sup> Artículo 48.4 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.



En los casos de parto prematuro con falta de peso, y aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un periodo superior a siete días, el periodo de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, y en los términos en que reglamentariamente se desarrolle.

El Tribunal Supremo <sup>827</sup> ha reconocido el derecho a ser reconocido el percibo de la prestación por maternidad respecto a un hijo gestado por subrogación. Previamente el instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), le había denegado la prestación de maternidad al cónyuge solicitante por considerar que la gestación por sustitución no se encuadra en una situación protegida.

### 19.2.5.2. Paternidad. <sup>828</sup>

La entrada en vigor de la ampliación del permiso de paternidad <sup>829</sup>, fundamental para lograr la efectiva igualdad de hombres y mujeres, había sido pospuesta por el gobierno en las sucesivas Leyes de presupuestos de cada año.

En los supuestos de nacimiento de hijo o hija, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato por paternidad durante cuatro semanas ininterrumpidas, ampliables en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples, en dos días más por cada hijo a partir del segundo.

Esta suspensión es independiente del disfrute compartido del periodo de otros periodos de descanso.

En el supuesto de parto, la suspensión corresponde en exclusiva al otro progenitor. En los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, este derecho corresponderá solo a uno de los progenitores, a elección de los interesados; no obstante, cuando el periodo de descanso en los supuestos de adopción, de guarda con fines de adopción o acogimiento, sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro.

El trabajador que ejerza este derecho podrá hacerlo durante el periodo comprendido desde:

- A) la finalización del permiso por nacimiento de hija o de hijo, previsto legal o convencionalmente,
- B) desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción,
- C) a partir de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción, o de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato por dichas causas, o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión.

<sup>827</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Social de 19 de octubre de 2016, (LA LEY 159555/2016).

<sup>828</sup> Artículo 48.7 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>829</sup> Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida.



La suspensión del contrato a que se refiere este apartado podrá disfrutarse en régimen de jornada completa, o en régimen de jornada parcial de un mínimo del cincuenta por ciento, previo acuerdo entre el empresario y el trabajador, y conforme se determine reglamentariamente.

El trabajador deberá comunicar al empresario, con la debida antelación, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos.

**19.2.5.3.** Adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, siempre que su duración o sea inferior a un año, de menores de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años, cuando se trate de menores con discapacidad o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tenga especiales dificultades de inserción social y familiar, debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.<sup>830</sup>

La suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliable en los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción, o acogimiento múltiples en dos semanas por cada menor a partir del segundo.

Dicha suspensión producirá sus efectos, a elección del trabajador, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, bien a partir de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción, o de acogimiento, sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios periodos de suspensión.

En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el periodo de suspensión, previsto para cada caso, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.

En caso de que ambos progenitores trabajen, el periodo de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con periodos ininterrumpidos y con los límites señalados.

En el supuesto de discapacidad de la hija o del hijo, de la menor adoptada o del menor adoptado, en situación de guarda con fines de adopción, acogida o acogido, la suspensión del contrato tendrá una duración adicional de dos semanas.

En caso de que ambos progenitores trabajen, este periodo adicional se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, y siempre de forma ininterrumpida.

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

---

<sup>830</sup> Artículo 48.5 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.



#### **19.2.5.4.** Riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de una menor o de un menor de nueve meses.<sup>831</sup>

En el supuesto de riesgo durante el embarazo, o de riesgo durante la lactancia natural, la suspensión del contrato finalizará el día en que:

- se inicie la suspensión del contrato por maternidad biológica,
- el lactante cumpla nueve meses respectivamente,
- cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado.

#### **19.2.5.5.** Excedencia.

Los trabajadores tendrán derecho a un periodo de excedencia<sup>832</sup>, de duración no superior a tres años, para atender al cuidado de cada hija o hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de guarda con fines de adopción o acogimiento permanente, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.

Esta excedencia, cuyo periodo de duración podrá disfrutarse de forma fraccionada, constituye un derecho individual de los trabajadores, hombre o mujeres.

No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo, por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

Cuando un nuevo sujeto causante diera derecho a un nuevo periodo de excedencia, el inicio de la misma dará fin al que, en su caso, se viniera disfrutando.

El periodo en el que el trabajador permanezca en situación de excedencia, será computable a efectos de antigüedad, y el trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario, especialmente con ocasión de su reincorporación.

Durante el primer año tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

No obstante, cuando la trabajadora o el trabajador forme parte de una familia que tenga reconocida oficialmente la condición de familia numerosa, la reserva de su puesto de trabajo se extenderá:

- hasta un máximo de quince meses, cuando se trate de un familia numerosa de categoría general,
- hasta un máximo de dieciocho meses si se trata de categoría especial.

<sup>831</sup> Artículo 48.8 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>832</sup> Artículo 46 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.



El Tribunal Supremo <sup>833</sup> ha señalado que entender que los periodos de excedencia por cuidado de hijo suponen “el privilegio” de considerarlos como de cotización efectiva y situación asimilada al alta, y que dicha situación se anuda por la Ley a la “dedicación exclusiva al cuidado de hijos o familiares” carece de apoyo legal o jurisprudencial. En la Ley no hay tal referencia a la exclusividad, por lo que, en la medida que en que el nuevo trabajo resulta compatible con el cuidado del menor, no se le deben anudar a la legítima aspiración de la madre trabajadora de obtener algunos ingresos –que ha dejado de obtener precisamente por la excedencia para el cuidado de hijos- unas consecuencias tan negativas como las referidas.

### 19.2.5.6. Aspectos comunes de las suspensiones del contrato de trabajo relacionadas con la minoría de edad.

En los anteriores supuestos de suspensión de contrato, la suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de:

1. trabajar,
2. remunerar el trabajo.

Las trabajadoras y los trabajadores se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo, a la que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato en los anteriores supuestos.

## 19.3. EMPLEO PÚBLICO Y MENORES DE EDAD.

El Estatuto Básico del Empleado Público tiene por objeto establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios y de las funcionarias. <sup>834</sup>

Hasta que se dicte la nueva Ley de Función Pública del Principado de Asturias, en desarrollo de este Estatuto, lo establecido en algunas de sus previsiones normativas pueden no producir efectos en el personal funcionario del Principado de Asturias. <sup>835 836</sup>

Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas, en las Administraciones Públicas, al servicio de los intereses generales.

<sup>833</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala Cuarta de lo Social de 10 de febrero de 2015, [LA LEY 13911/2015].

<sup>834</sup> Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

<sup>835</sup> Disposición final cuarta del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

<sup>836</sup> Acuerdo de 27 de enero de 2016 del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias por el que se ratifica el Acuerdo de la Mesa General de Negociación de la Administración del Principado de Asturias.



### 19.3.1. Consideraciones generales.

Los empleados públicos pueden ser:

- Son personal funcionario de carrera quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo, para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente.

En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas, o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas, corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos.

- Son personal funcionario interino los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se den las circunstancias establecidas por la legislación.
- Es personal laboral el que, en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas.
- En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal.
- Para el régimen de permisos del personal laboral, se estará a lo establecido para los permisos de los funcionarios públicos y en la legislación laboral correspondiente.<sup>837</sup>
- El personal laboral se regirá en materia de situaciones administrativas, por el Estatuto de los Trabajadores y por los Convenios Colectivos que les sean de aplicación.
- Los convenios colectivos podrán determinar la aplicación de las situaciones administrativas de los funcionarios al personal incluido en su ámbito de aplicación, en lo que resulte compatible con el Estatuto de los Trabajadores.<sup>838</sup>
- Es personal eventual el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial.
  - El nombramiento y ceses serán libres.
  - El cese tendrá lugar, en todo caso, cuando se produzca el de la Autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento.
  - Al personal eventual le será aplicable, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera.

### 19.3.2. Acceso al empleo público de las menores y los menores de edad.

Para poder participar en los procesos selectivos de acceso al empleo público es necesario tener cumplidos dieciséis años, además de otros requisitos.<sup>839</sup>

---

<sup>837</sup> Artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

<sup>838</sup> Artículo 92 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

<sup>839</sup> Artículo 56.1 c) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.



### 19.3.3. Permisos y minoría de edad.

Los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos principales, relacionados con situaciones de minoría de edad.<sup>840</sup>

- Por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad, tres días hábiles cuando el suceso se produzca en la misma localidad y cinco días hábiles cuando sea en distinta localidad.
- Por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto por las funcionarias embarazadas y, en los casos de adopción o acogimiento, o guarda con fines de adopción, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación, y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad, que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo.
- Por lactancia de una hija o de un hijo menor de doce meses tendrá derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrá dividirse en dos fracciones.
- Este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada legal en media hora al inicio y al final de la jornada o, en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad.
- Este derecho podrá ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen.
- Igualmente la funcionaria podrá solicitar la suspensión del tiempo de lactancia por un permiso retribuido, que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente.
- Este permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León<sup>841</sup> reconoce que, sí es posible la sustitución del tiempo de lactancia, por un permiso que acumule en jornadas completas, el tiempo correspondiente a duplicar el permiso que corresponde por un hijo, independientemente de la regulación establecida en los pactos suscritos sobre permisos del personal. Asienta que, los pactos pueden mejorar las condiciones de trabajo del personal, pero no perjudicarlas, ni, por ende, reducir las. Así, mientras que la Administración alegaba que el permiso de lactancia acumulado, en el caso de partos múltiples, ha de aumentarse proporcionalmente, la trabajadora consideraba que, si por la lactancia de un niño le corresponden veintitrés días, en el caso de un parto múltiple, le corresponde el doble, y la Sala ha accedido a dicha petición.

- Por nacimiento de hijos prematuros, o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la funcionaria o el funcionario tendrá derecho a ausentarse del trabajo durante un máximo de dos horas diarias, percibiendo las retribuciones íntegras.

- Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional de sus retribuciones.

<sup>840</sup> Artículo 48 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

<sup>841</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, de 21 de julio de 2016, Sala de lo contencioso-administrativo.



- Por razones de guarda legal, cuando el funcionario tenga el cuidado directo de algún menor de doce años, tendrá derecho a la reducción de su jornada de trabajo, con la disminución de sus retribuciones que correspondan.

Además, se concederán también los siguientes permisos:<sup>842</sup>

- Permiso por parto.

Tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas.

- Este permiso se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del hijo o de la hija y, por cada hijo o hija, a partir del segundo, en los supuestos de parto múltiple.
- El permiso se disfrutará a opción de la funcionaria, siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto.
- En caso de fallecimiento de la madre, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del permiso.
- No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre.
- El otro progenitor podrá seguir disfrutando del permiso de maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo, ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal.
- En los casos de disfrute simultáneo de periodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas, o de las que correspondan en caso de discapacidad del hijo, de la hija o de parto múltiple.
- Este permiso podrá disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial, cuando las necesidades del servicio lo permitan, y en los términos que reglamentariamente se determinen.
- En los casos de parto prematuro, y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, este permiso se ampliará en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales.
- Durante el disfrute de este permiso se podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración.

---

<sup>842</sup> Artículo 49 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.



El Tribunal Constitucional<sup>843</sup> reconoce que la Administración, con su decisión de no reconocer el complemento de destino a la Magistrada a la que habían correspondido dos nuevos destinos, pero que, en situación de baja por encontrarse disfrutando de diversas licencias en relación a la maternidad no había procedido a tomar posesión del mismo, vulneró su derecho de no discriminación por razón de sexo. Cuando una empleada pública obtiene un determinado destino durante las licencias ligadas a su maternidad, o a un eventual embarazo de riesgo, el momento en el que deben considerarse adquiridos los derechos económicos y profesionales inherentes al nombramiento debe ser la fecha en la que la mujer hubiera tomado posesión, de no haber mediado dicho tipo de permiso o licencia.

- Permiso por adopción, por guarda con fines de adopción, o acogimiento, tanto temporal como permanente, tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas.
  - Este permiso se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del menor adoptado o acogido y por cada hijo o hija, a partir del segundo, en los supuestos de adopción o acogimiento múltiple.
  - El cómputo del plazo se contará a elección del funcionario, a partir de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento, o a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción, sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios periodos de disfrute de este permiso.
  - En el caso de que ambos progenitores trabajen, el permiso se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre en periodos ininterrumpidos.
  - En los casos de disfrute simultáneo de periodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas, o de las que correspondan en caso de adopción o acogimiento múltiple, o de discapacidad del menor adoptado o acogido.
  - Este permiso podrá disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial, cuando las necesidades de servicio lo permitan, y en los términos que reglamentariamente se determine.
  - Si fuera necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, en los casos de adopción o acogimiento internacional, se tendrá derecho, además, a un permiso de hasta dos meses de duración, percibiendo durante este periodo únicamente las retribuciones básicas.
  - Con independencia del permiso de hasta dos meses previsto en el párrafo anterior, y para el supuesto contemplado en dicho párrafo, el permiso por adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, tanto temporal como permanente, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o la decisión administrativa o judicial de acogimiento.
  - Durante el disfrute de este permiso se podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración.
  - Los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, tanto temporal como permanente, previstos en este artículo serán los que así se establezcan en el Código Civil o en las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que los regulen, debiendo tener el acogimiento temporal una duración no inferior a un año.

<sup>843</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de la Sala Primera de fecha 3 de octubre de 2016 (LA LEY 157189/2016)



- Permiso de paternidad por el nacimiento, guarda con fines de adopción, acogimiento o adopción de un hijo, tendrá una duración de cuatro semanas, a disfrutar por el padre o el otro progenitor, a partir de:
  - a. la fecha del nacimiento,
  - b. la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento,
  - c. la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

Este permiso es independiente del disfrute compartido de los permisos por parto y por adopción.

La ampliación del permiso de paternidad<sup>844</sup>, fundamental para lograr la efectiva igualdad de hombres y mujeres, había sido pospuesta por el gobierno en las sucesivas Leyes de presupuestos de cada año.

El tiempo transcurrido durante el disfrute de estos permisos se contará como servicio efectivo a todos los efectos, garantizándose la plenitud de derechos económicos de la funcionaria, y, en su caso, del otro progenitor funcionario, durante todo el periodo de duración del permiso y, en su caso, durante los periodos posteriores al disfrute de éste, si de acuerdo con la normativa aplicable, el derecho a percibir algún concepto retributivo se determina en función del periodo de disfrute del mismo.

Los funcionarios que hayan hecho uso del permiso por parto o maternidad, paternidad, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento tanto temporal como permanente, tendrán derecho, una vez finalizado el periodo de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo en términos y condiciones que no les resulten menos favorables al disfrute del permiso, así como a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubiera podido tener derecho durante su ausencia.

- Permiso por cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave.

El funcionario tendrá derecho, siempre que ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente trabajen, a una reducción de la jornada de trabajo de al menos la mitad de la duración de aquella, percibiendo las retribuciones íntegras con cargo a los presupuestos del órgano o entidad donde venga prestando sus servicios, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, de la hija o del hijo menor de edad afectados por cáncer (tumores malignos, melanomas o carcinomas) o por cualquier otra enfermedad grave que implique un ingreso hospitalario de larga duración, y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente acreditado por el informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma o, en su caso, de la entidad sanitaria concertada correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla dieciocho años.

- Cuando concurren en ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, por el mismo sujeto y hecho causante, las circunstancias necesarias para tener derecho a este permiso, o, en su caso, puedan tener la condición de beneficiarios de la prestación establecida para este fin en el régimen de la Seguridad Social que les sea de aplicación, el funcionario tendrá derecho a la percepción de las retribuciones

---

<sup>844</sup> Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida.



íntegras durante el tiempo que dure la reducción de su jornada de trabajo, siempre que el otro progenitor, adoptante o guardador con fines de adopción o acogedor de carácter permanente, sin perjuicio del derecho a la reducción de jornada que le corresponda, no cobre sus retribuciones íntegras en virtud de este permiso, o como beneficiario de la prestación establecida para este fin en el régimen de la Seguridad Social que le sea de aplicación.

- En caso contrario, sólo se tendrá derecho a la reducción de jornada, con la consiguiente reducción de retribuciones.
- Asimismo, en el supuesto de que ambos presten servicios en el mismo órgano o entidad, ésta podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas en el correcto funcionamiento del servicio.
- Reglamentariamente se establecerán las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas.

El Tribunal Supremo<sup>845</sup> reconoce que el hecho de haber tenido que adaptar la vivienda, transformándola en una especie de entorno hospitalario, la necesidad del cuidado continuado y especializado sobre el hijo, y la supervisión por parte del Servicio Médico del Hospital la Paz, son circunstancias que permiten la equiparación de esta particular situación del hijo enfermo en casa a la de permanencia en un centro hospitalario, y reconoce el derecho de la madre a la prórroga de la reducción de jornada.

---

<sup>845</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Contencioso-administrativo, de 11 de octubre de 2016, [LA LEY 136903/2016].



### 19.3.4. Excedencias y minoría de edad.

La excedencia de los funcionarios de carrera podrá adoptar, entre otras, las siguientes modalidades relacionadas con menores de edad a su cargo:<sup>846</sup>

El personal funcionario de carrera tendrá derecho a un periodo de excedencia de duración no superior a tres años, para atender al cuidado de cada hijo o hija, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción, o de cada menor sujeto a guarda con fines de adopción o acogimiento permanente, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.

- El periodo de excedencia será único por cada sujeto causante. Cuando un nuevo sujeto causante fin al que viniera disfrutando.
- En el caso de que dos funcionarios generasen el derecho a disfrutarla por el mismo sujeto causante, la Administración podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas relacionadas con el funcionamiento de los servicios.
- El tiempo de permanencia en esta situación será computable a efectos de trienios, carrera y derechos en el régimen de Seguridad Social que sea de aplicación.
- El puesto de trabajo desempeñado se reservará, al menos, durante dos años. Trascurrido este periodo, dicha reserva lo será a un puesto en la misma localidad y de igual retribución.
- Los funcionarios en esta situación podrán participar en los cursos de formación que convoque la Administración.

---

<sup>846</sup> Artículo 89 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

## 20 MENORES DE EDAD Y ASPECTOS JURÍDICOS DE LA SOCIEDAD EN QUE VIVEN.

### 20.1. EL DERECHO DE ASILO Y LOS MENORES DE EDAD.

#### 20.1.1. El derecho de asilo en la Convención sobre los Derechos del Niño.<sup>847</sup>

Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que la niña y el niño que trate de obtener el estatus de refugiado, o que sea considerado refugiado, de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales, o internos aplicables, reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitarias adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la Convención, y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario, en que dichos Estados sean parte.

A tal efecto, los Estados Partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas, por proteger y ayudar a toda niña y a todo niño refugiados, y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria, para que se reúna con su familia.

En los casos en que no se pueda localizar a los padres o miembros de la familia, se le concederá la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo.

<sup>847</sup> Artículo 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.





## 20.1.2. El derecho de asilo en nuestro ordenamiento jurídico.

El derecho de asilo es la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas, a quienes se reconozca la condición de refugiado.<sup>848</sup>

La Constitución española<sup>849</sup> reconoce el derecho de asilo en los términos en que se establezca por ley.<sup>850</sup>

La Ley incorpora un procedimiento especial y preferente de reagrupación familiar, que garantiza el derecho de vida en familia de las personas refugiadas.<sup>851</sup>

Las personas menores de edad solicitantes de protección internacional, recibirán la asistencia sanitaria y psicológica adecuada y la asistencia cualificada que precisen, cuando hayan sido víctimas de cualquier forma de:<sup>852</sup>

- abuso,
- negligencia,
- explotación,
- tortura,
- trato cruel, inhumano, o degradante,
- conflictos armados.

Los menores no acompañados solicitantes de protección internacional,<sup>853</sup> serán remitidos a los servicios competentes en materia de protección de menores y esta situación se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal.

En los supuestos en los que la minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se pondrá el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá lo necesario para la determinación de la edad del presunto menor, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas científicas necesarias.

La negativa a someterse a tal reconocimiento médico, no impedirá que se dicte resolución sobre la solicitud de protección internacional.

Determinada la edad, si se tratase de una persona menor de edad, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores.

De forma inmediata se adoptarán medidas para asegurar que el representante de la persona menor de edad, nombrado de acuerdo con la legislación vigente en materia de protección de menores, actúe en nombre del menor de edad no acompañado y le asista con respecto al examen de la solicitud de protección internacional.

---

<sup>848</sup> Convención sobre el Estatuto de los Refugiados hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York, el 31 de enero de 1967.

<sup>849</sup> Artículo 13.4 de la Constitución.

<sup>850</sup> Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

<sup>851</sup> Artículos 39 y ss de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

<sup>852</sup> Artículo 47 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

<sup>853</sup> Artículo 48 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.



## 20.2. LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL Y LA MINORÍA DE EDAD.<sup>854</sup>

### 20.2.1. Consideraciones generales.

Los datos de carácter personal, registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado, deben ser protegidos a fin de garantizar las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente su honor e intimidad personal.

A tal fin, la legislación de protección de datos de carácter personal tiene por objeto esta garantía y protección.<sup>855</sup>

Los datos de carácter personal, únicamente podrán ser objeto de tratamiento o cesión, si el interesado hubiera prestado previamente su consentimiento para ello.

No obstante, será posible el tratamiento o la cesión de los datos de carácter personal, sin necesidad del consentimiento del interesado, en ciertos supuestos.

Por ejemplo:<sup>856</sup>

- cuando lo autorice una norma con rango de ley;
- cuando se recojan para el ejercicio de funciones propias de las Administraciones Públicas, en el ámbito de las competencias que le atribuya una ley;
- cuando se recaben con ocasión de la celebración de un contrato o de la existencia de una relación de negocios, laboral o administrativa, de la que sea parte el afectado y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento;
- cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario:
  - el Defensor del Pueblo,
  - el Ministerio Fiscal,
  - los Jueces o Tribunales, etc.

### 20.2.2. La protección de los datos personales de las niñas y los niños.

Las niñas y los niños merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales.

Dicha protección específica debe aplicarse en particular:

- a la utilización de datos personales de niños y niñas con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario,
- a la obtención de datos personales relativos a niñas y niños, cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño o a una niña.<sup>857</sup>

<sup>854</sup> Artículo 8.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>855</sup> Artículo 1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

<sup>856</sup> Artículo 10 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

<sup>857</sup> Considerando 38 del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de personas



En el caso de los menores de catorce años, se requerirá para el tratamiento de sus datos de carácter personal, el consentimiento de los padres o tutores.<sup>858</sup>

Podrá procederse al tratamiento de los datos de los menores mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación, la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela.

En ningún caso podrán recabarse del menor, datos que permitan obtener información sobre los demás miembros del grupo familiar, sin el consentimiento de los titulares de tales datos:

- sobre las características del mismo,
- datos relativos a la actividad profesional de los progenitores,
- información económica,
- datos sociológicos o cualesquiera otros.

No obstante podrán recabarse los datos de identidad y dirección del padre, madre o tutor, con la única finalidad de recabar la autorización para solicitar la información anterior.

Cuando el tratamiento se refiera a datos de menores de edad, la información dirigida a los mismos deberá expresarse en un lenguaje que sea fácilmente comprensible por aquellos.

Corresponderá al responsable del fichero o tratamiento, articular los procedimientos que garanticen que se ha comprobado de modo efectivo:

- la edad del menor,
- la autenticidad del consentimiento prestado en su caso, por las madres, los padres, o los tutores o representantes legales.

Existe una habilitación legal<sup>859</sup> para el tratamiento por los centros educativos, de los datos de las alumnas y los alumnos, y de los relacionados con su entorno familiar y social, que sean necesarios para el adecuado cumplimiento de la función educativa, en sus dos vertientes:

- docente,
- orientadora.

---

físicas, en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que entrará en vigor el 15 de mayo de 2018.

<sup>858</sup> Artículo 13 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter personal.

<sup>859</sup> Disposición adicional vigesimotercera de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.



La Agencia de Protección de Datos<sup>860</sup> ha determinado que, en el supuesto de un fichero de alumnos matriculados en la asignatura de religión, el hecho mismo de cursar la asignatura de religión, no revela necesariamente que un alumno profese las creencias a las que tal asignatura se refiere, del mismo modo que el hecho de no cursarla, no revela la inexistencia de esas creencias, sino que tal circunstancia puede deberse al estudio de la religión en otros foros distintos del escolar. Por este motivo, el dato relacionado con el hecho de que el alumno curse la asignatura de religión, no puede ser considerado, por sí mismo, un dato que revele inmediatamente las creencias religiosas del afectado, por lo que el nivel de seguridad que sería aplicable a este tipo de ficheros sería el básico.

La instalación de cámaras de videovigilancia,<sup>861 862</sup> debe ser una medida proporcional y justificada, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1. que se trate de una medida susceptible de conseguir el objetivo propuesto;
2. que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia;
3. que la misma sea ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general, que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Si la finalidad de la instalación de cámaras de videovigilancia tiene como objetivo, el control de casos graves de violencia o acoso escolar, en donde la propia integridad física del alumnado pudiera correr peligro, o de ello se derivaran graves consecuencias psicológicas, en principio, la medida podría considerarse idónea, necesaria y proporcional, siempre y cuando se limitase estrictamente a esa finalidad.

No obstante lo anterior, sería necesario atender las circunstancias particulares de cada centro educativo.

La instalación de cámaras en una guardería, implica que la Dirección del centro defina claramente cuál va a ser la finalidad de la captación de las imágenes de las menores y los menores y, en todo caso, debe ser muy cuidadosa con el principio de proporcionalidad y adecuación.

---

<sup>860</sup> Informe de fecha 28 de febrero de 2003 de la Agencia Española de Protección de Datos.

<sup>861</sup> Informe 262/2006 de la Agencia Española de Protección de Datos.

<sup>862</sup> Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos.



## 20.3. MENORES DE EDAD Y DROGAS Y BEBIDAS ALCOHÓLICAS.

### 20.3.1. Aspectos generales.

Los Estados partes de la Convención sobre los Derechos del Niño <sup>863</sup> adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a las niñas y a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas enumeradas en los Tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilice a niños o a niñas en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias.

Las principales sustancias adictivas que generan preocupación social, son:

- el tabaco,
- las bebidas alcohólicas,
- la extensa psicofarmacología,
- las drogas ilegales.

Este problema social y sanitario derivado del uso y abuso de drogas y bebidas alcohólicas, ha sido abordado en los sucesivos Planes sobre drogas:

- el Plan Nacional sobre drogas,
- los diversos Planes sobre drogas del Principado de Asturias.

### 20.3.2. Medidas preventivas.

La competencia para organizar y tutelar la salud pública <sup>864</sup>, a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, fomentar la educación sanitaria, la educación física y el deporte, fue base de numerosas normas, hasta llegar a la actual Ley General de Salud Pública <sup>865</sup>, que ampara un nuevo enfoque de las actuaciones de promoción y protección de la salud.

Son referentes también las leyes autonómicas sobre uso de drogas que, con carácter general, y en el ámbito de estas materias, abordan numerosos aspectos relacionados con las drogodependencias, y el consumo de bebidas alcohólicas, en relación a los menores y jóvenes.

Las actuaciones preventivas en el ámbito comunitario, tendrán como objetivo principal promover de forma prioritaria acciones preventivas dirigidas a la población infantil y juvenil. <sup>866</sup>

Los centros educativos, en colaboración con la red sanitaria y social, desarrollarán programas de intervención socio-educativa y comunitaria con menores en riesgo psicosocial. <sup>867</sup>

---

<sup>863</sup> Artículo 33 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

<sup>864</sup> Artículo 43 de la Constitución.

<sup>865</sup> Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

<sup>866</sup> Artículo 11.1 de la Ley 4/2015, de 6 de marzo, de atención integral en materia de drogas y bebidas alcohólicas del Principado de Asturias.

<sup>867</sup> Artículo 12.6 de la Ley 4/2015, de 6 de marzo, de atención integral en materia de drogas y bebidas alcohólicas del Principado de Asturias.



Se impulsarán actuaciones preventivas dirigidas a familias y, especialmente, a aquéllas que precisan apoyo social para superar las condiciones familiares, sociales y laborales asociadas al mayor riesgo de consumo de drogas o bebidas alcohólicas, teniendo en cuenta la perspectiva de género.<sup>868</sup>

Dichas actuaciones preventivas se inspirarán en este ámbito en los principios de parentalidad positiva:

- refuerzo afectivo,
- entorno estructurado para el menor,
- reconocimiento,
- capacitación,
- orientación,
- no violencia.

Serán objeto de especial atención preventiva aquellas familias en situación de necesidad, entre otras:<sup>869</sup>

- las de padres adolescentes o primerizos con necesidades especiales,
- las familias con hijas o hijos con necesidades especiales,
- las familias cuyos conflictos de convivencia perjudican y alteran el desarrollo personal y social de los menores,
- las familias con hijos o hijas en la adolescencia con comportamientos antisociales y consumo de bebidas alcohólicas y drogas,
- las familias con menores en situaciones de absentismo, abandono y fracaso escolar,
- las familias con situaciones de maltrato hacia los hijos, o donde son los padres o los abuelos, los que sufren la violencia por parte de sus hijos o hijas menores o jóvenes,
- las familias con menores en las que alguno de sus miembros tenga problemas de alcoholismo o drogadicción, etc.

---

<sup>868</sup> Artículo 13.1 y 2 de la Ley 4/2015, de 6 de marzo, de atención integral en materia de drogas y bebidas alcohólicas del Principado de Asturias.

<sup>869</sup> Artículo 13.3 de la Ley 4/2015, de 6 de marzo, de atención integral en materia de drogas y bebidas alcohólicas del Principado de Asturias.



### 20.3.3. Otras actuaciones y otras prohibiciones en esta materia.

La Administración del Principado de Asturias, prestará, dentro de su ámbito de actuación, asistencia y asesoramiento a aquellos menores y jóvenes con problemas de adicción a las bebidas alcohólicas y/a las drogas sobre los que la propia Comunidad Autónoma esté ejecutando una medida judicial o extrajudicial, mediante:<sup>870</sup>

1. acuerdos de colaboración con los organismos competentes en materia de salud, bienestar social y justicia;
2. apoyo al desarrollo de programas de atención especializada en centros de responsabilidad penal de menores.

Se prohíbe:<sup>871</sup>

- la venta o suministro de bebidas alcohólicas a menores de dieciocho años;
- el consumo de bebidas alcohólicas por menores de dieciocho años;
- vender o entregar, a personas menores de dieciocho años, productos del tabaco, así como cualquier otro producto que le imite e induzca a fumar;<sup>872</sup>
- la venta de dulces, refrigerios, juguetes y otros objetos, que tengan forma de productos del tabaco, y puedan resultar atractivos para los menores y las menores;
- la venta del tabaco por personas menores de dieciocho años;
- el uso de máquinas expendedoras de productos del tabaco a menores de dieciocho años.<sup>873</sup>

En estos casos, no exonerará de responsabilidad el consentimiento de compra, suministro o consumo, otorgado por padres, madres, tutoras o tutores, ni la autorización escrita para ello.

Incurrirán en responsabilidad las personas mayores que induzcan a un menor, al consumo de bebidas alcohólicas.

No podrá realizarse promoción de bebidas alcohólicas, dirigidas específicamente a menores de dieciocho años.<sup>874</sup>

En el empaquetado de los productos del tabaco, deberá incluirse una referencia expresa a la prohibición de su venta a personas menores de dieciocho años.

---

<sup>870</sup> Artículo 16 de la Ley 4/2015, de 6 de marzo, de atención integral en materia de drogas y bebidas alcohólicas del Principado de Asturias.

<sup>871</sup> Artículo 19 de la Ley 4/2015, de 6 de marzo, de atención integral en materia de drogas y bebidas alcohólicas del Principado de Asturias.

<sup>872</sup> Artículo 3 de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco.

<sup>873</sup> Artículo 4 de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco.

<sup>874</sup> Artículo 22.1 de la Ley 4/2015, de 6 de marzo, de atención integral en materia de drogas y bebidas alcohólicas del Principado de Asturias.



## 20.4. MENORES DE EDAD Y DEPORTE.

### 20.4.1. Aspectos generales.

La práctica del deporte es libre y voluntaria.

Como factor fundamental de la formación y del desarrollo integral de la personalidad, constituye una manifestación cultural que será tutelada y fomentada por los poderes públicos del Estado.<sup>875</sup>

Así, la programación general de la enseñanza, incluirá la educación física y la práctica del deporte.

La educación física se impartirá, como materia obligatoria, en todos los niveles y grados educativos previos al de la enseñanza de carácter universitario.

Todos los centros docentes, públicos o privados, deberán disponer de instalaciones deportivas para atender la educación física y la práctica deportiva.

Además, las instalaciones deportivas de los centros docentes se proyectarán de forma que se favorezca su utilización deportiva polivalente, y podrán ser puestas a disposición de la comunidad local y de las asociaciones deportivas, con respeto al normal desarrollo de las actividades docentes.

Todos los programas públicos de desarrollo del deporte, incorporarán la efectiva consideración del principio de igualdad real y efectiva, entre mujeres y hombres en su diseño y ejecución.

A fin de ello, hay ayudas<sup>876</sup>:

- por nacimiento, adopción o acogimiento, a mujeres deportistas de alto nivel,
- para el cuidado de hijas e hijos menores de tres años, a mujeres deportistas integrantes de selecciones nacionales.

### 20.4.2. Contratación de personas menores de edad para la práctica del fútbol profesional.

La prohibición de trabajar para menores de dieciséis años, dispensa una protección reforzada a la infancia y la juventud.

Los precontratos de trabajo de menores de dieciséis años, cuando así proceda en interés de los menores, pueden ser declarados nulos, pese a ser suscritos por los padres y madres de los jugadores, y aunque éstos vivieran en el domicilio paterno.<sup>877</sup>

---

<sup>875</sup> Artículo 1.2 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte.

<sup>876</sup> Resolución de 26 de mayo de 2015, de la Presidencia del Consejo Superior de Deportes, por la que se convocan ayudas a mujeres deportistas en el año 2015.

<sup>877</sup> Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2013.



Las transferencias internacionales de jugadores de fútbol se permiten solo cuando el jugador alcanza la edad de dieciocho años.<sup>878</sup>

Son excepciones:

- si los padres del jugador cambian su domicilio al país donde el nuevo club tiene su sede, por razones no relacionadas con el fútbol;
- la transferencia se efectúa dentro del territorio de la Unión Europea, y el jugador tiene entre dieciséis y dieciocho años de edad, y se le garantice una formación académica y escolar, así como una adecuada asistencia personal.

## 20.5. MENORES DE EDAD Y CIRCOS Y ESPECTÁCULOS TAURINOS.<sup>879</sup>

A) El Ministerio de Educación desarrolla un programa de atención educativa a la población itinerante de los circos.

En los desplazamientos del circo de una a otra localidad, se realizará el transporte conjunto de las caravanas destinadas a escuela y a vivienda del maestro, de manera que, se afecte lo menos posible el desarrollo de las actividades escolares, y que las mismas se puedan llevar a cabo en horario de mañana, también los días que se realice dicho desplazamiento.

B) La sociedad española es muy diversa<sup>880</sup> y dentro de esa diversidad encontramos grandes aficionados y a su vez muchos ciudadanos que han manifestado su preocupación por el trato que reciben los animales en los espectáculos taurinos y su efecto sobre los menores, tanto como participantes, como espectadores.

Así, por ejemplo, para inscribirse en la categoría de rejoneador de novillos-toros, habrá que tener dieciséis años cumplidos<sup>881</sup>, y para acudir como espectador dependerá de las normas de las Comunidades Autónomas.

---

<sup>878</sup> Reglamento de la FIFA sobre el Estatuto y Transferencias de Jugadores (Edición 2012).

<sup>879</sup> Resolución de 22 de mayo de 2015, de la Secretaría de Estado de Educación, por la que se convocan subvenciones a empresas circenses, para la atención educativa a la población itinerante, en edad de escolarización obligatoria para el curso escolar 2015- 2016.

<sup>880</sup> Preámbulo de la Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la tauromaquia como patrimonio cultural.

<sup>881</sup> Artículo 7 del Real Decreto 145/1996, de 2 de febrero, por el que se modifica y da nueva redacción al Reglamento de Espectáculos Taurinos.



## 20.6. MENORES DE EDAD, OCIO Y ESPECTÁCULOS PÚBLICOS.

### 20.6.1. Protección internacional.

La Convención sobre los derechos del Niño, establece<sup>882</sup> que, los Estados partes, reconocen el derecho de los menores a participar libremente en la vida cultural y en las artes, en condiciones de igualdad.

Se reconoce el derecho de los menores a participar libremente en la vida cultural y en las artes, absteniéndose los Estados de interferir en la posibilidad de que los menores puedan elegir libremente el tipo de actividades en las que quieran participar, sin perjuicio de la obligación de los Estados de asegurar su protección.

No obstante, y a pesar de esta consagración normativa, el Comité sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, ha identificado que los Estados miembros han hecho, desde el punto de vista práctico, un pobre reconocimiento de estos derechos.

### 20.6.2. Protección autonómica.

En Asturias<sup>883</sup>, a fin de una mayor protección, podrá prohibirse reglamentariamente el acceso a determinados espectáculos y actividades a la infancia y la juventud, o condicionar su participación en los mismos, siempre que ello no suponga limitación de los derechos proclamados en la Constitución.

En establecimientos, locales e instalaciones, donde se celebren espectáculos o actividades destinados a personas menores de dieciséis años, sin perjuicio del cumplimiento de las condiciones generales, y de la aplicación de las normas vigentes en materia de protección de la infancia y la juventud, se deberán cumplir, además, las siguientes condiciones:

- a) estará prohibido el suministro de tabaco y bebidas alcohólicas,
- b) no podrán colocarse máquinas de juego o azar,
- c) el horario de finalización de los espectáculos no podrá superar las 22.30 horas,
- d) no podrán desarrollarse espectáculos, ni instalarse elementos decorativos o propaganda, que pongan en peligro la integridad física, psíquica o moral de los menores.

Recientemente, la novedosa legislación de la Comunidad Autónoma de Aragón<sup>884</sup>, tras el reconocimiento de ese derecho subjetivo de libre elección, que tanto el Estado como las distintas Comunidades Autónomas están llamadas a respetar y proteger, regula los espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos, con el objeto primordial de adecuarlas a esa nueva política de integración del menor en las actividades culturales. Busca así el necesario equilibrio entre ese derecho a la libre elección y, por ende, la posibilidad de acceder a las salas de fiestas, de baile, discotecas, pubs y establecimientos similares, y la obligación que tiene la sociedad de asegurar su protección.

<sup>882</sup> Artículo 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

<sup>883</sup> Ley del Principado de Asturias 8/2002, de 21 de octubre, de espectáculos públicos y actividades recreativas.

<sup>884</sup> Ley 5/2016, de 2 de junio, de Aragón, que modifica las Leyes 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón, y la Ley 11/2005, de 28 de diciembre, reguladora de los espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón.



### 20.6.3. El ocio y las ludotecas.

Las ludotecas<sup>885</sup>, son centros destinados al cuidado de niños y niñas de entre tres y catorce años, durante un espacio de tiempo no superior a tres horas, que tiene como primera tarea el desarrollo integral de la personalidad a través del juego y el juguete.

Para ello, posibilita y estimula el juego infantil, ofreciendo a los niños y niñas:

- los materiales y espacios de juego,
- indicaciones,
- apoyos y acompañamientos que demanden para su desarrollo.

## 20.7. EL VOLUNTARIADO Y LA MINORÍA DE EDAD.<sup>886</sup>

### 20.7.1. Menores de edad voluntarios.

Las personas menores de edad podrán tener la condición de voluntarios, siempre que se respete su interés superior de acuerdo con la legislación.

Los mayores de doce años y menores de dieciséis, podrán llevar a cabo acciones de voluntariado, si cuentan con la autorización expresa de sus progenitores, tutores o representantes legales, en la que se valorará si aquellas perjudican o no su desarrollo y formación integral.

Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años deberán contar con el consentimiento de sus progenitores, tutores o representantes legales para llevar a cabo acciones de voluntariado.

### 20.7.2. Voluntarios con contacto habitual con menores.

Para tener la condición de voluntarios en entidades de voluntariado, o programas cuyo ejercicio conlleve el contacto habitual con menores, es un requisito no haber sido condenado por sentencia firme, por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata y explotación de menores.

Tampoco podrán ser voluntarias, las personas que tengan antecedentes penales no cancelados, por:

- delitos de violencia doméstica o de género;
- atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos e hijas;
- delitos de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas;
- delitos de terrorismo, en programas cuyos destinatarios hayan sido o puedan ser víctimas de estos delitos.

---

<sup>885</sup> Artículo 3.4 del Decreto del Principado de Asturias 43/2011, de 17 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de autorización, acreditación, registro e inspección de centros y servicios sociales.

<sup>886</sup> Artículo 8 de la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de voluntariado.



## 20.8. LAS FAMILIAS NUMEROSAS.

### 20.8.1. La familia: núcleo fundamental de la sociedad.

La familia <sup>887</sup>, como núcleo fundamental de la sociedad, desempeña múltiples funciones sociales, que la hacen merecedora de una protección específica, tal como señalan numerosos instrumentos internacionales, entre los que destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Carta Social Europea y la Convención de los Derechos del Niño.

Así, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su Preámbulo, define la familia como elemento básico de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños y niñas.

Reconociendo que la niña y el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, dispone que la familia debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Por su parte, la Constitución <sup>888</sup> establece que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

Dentro de las diversas realidades familiares, las llamadas familias numerosas presentan una problemática particular, por:

- el coste que representa para ellas el cuidado y educación de los hijos,
- el acceso a una vivienda adecuada a sus necesidades.

Estas circunstancias pueden implicar una diferencia sustancial con el nivel de vida de otras familias, con menos hijos o sin ellos.

En este sentido, no debe olvidarse que nuestra Constitución establece el principio de igualdad material <sup>889</sup>, que debe llevar al legislador, a introducir las medidas correctoras necesarias para que los miembros de las familias numerosas no queden en situación de desventaja, en lo que se refiere al acceso a los bienes económicos, culturales y sociales.

---

<sup>887</sup> Exposición de motivos de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.

<sup>888</sup> Artículo 39 de la Constitución.

<sup>889</sup> Artículo 9.2 de la Constitución.



## 20.8.2. La legislación sobre familias numerosas.<sup>890 891</sup>

La ley estatal vigente en materia de familias numerosas<sup>892</sup>, adapta a la realidad social, la legislación sobre protección a las familias numerosas.

Así, en el concepto de familia numerosa incluye nuevas situaciones familiares:

- supuestos de monoparentalidad, ya sea de origen, ya sean derivados de la ruptura de la relación matrimonial;
- familias reconstituidas tras procesos de divorcio.

Introduce una equiparación plena entre las distintas formas de filiación, y los supuestos de acogimiento o tutela de menores.

Las categorías de familia numerosa son dos (general y especial), en correspondencia con la baja natalidad que presenta nuestro país.

## 20.8.3. Las Comunidades Autónomas y el reconocimiento de la condición de familia numerosa.

Actualmente, las Comunidades Autónomas son competentes para el reconocimiento de la condición de familia numerosa, y la expedición y renovación del título correspondiente.<sup>893</sup>

Por otra parte, la mayoría de las materias en que cabe reconocer beneficios para las familias numerosas, están dentro del ámbito de competencias de las Comunidades Autónomas e, incluso, de las corporaciones locales.

La reforma de la legislación de infancia de 2015, ha modificado las condiciones de mantenimiento de los efectos del título oficial de familia numerosa:

- el título de familia numerosa deberá renovarse, o dejarse sin efecto, cuando varíe el número de miembros de la unidad familiar, o las condiciones que dieron motivo a la expedición del título, y ello suponga un cambio de categoría o la pérdida de la condición de familia numerosa;
- el título seguirá en vigor, aunque el número de hijos que cumplan las condiciones para formar parte del título, sea inferior al establecido en el momento inicial, para adquirir la condición de familia numerosa;
- no obstante, en estos casos, la vigencia del título, se entenderá exclusivamente respecto de los miembros de la unidad familiar que sigan cumpliendo las condiciones para formar parte del mismo, y no será aplicable a los hijos e hijas que ya no las cumplan;<sup>894</sup>

<sup>890</sup> Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.

<sup>891</sup> Real Decreto 1621/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas.

<sup>892</sup> Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, que ha sido modificada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>893</sup> Decreto del Principado de Asturias 62/2007, de 24 de mayo, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la condición de familia numerosa, y la expedición y renovación del título que acredita dicha condición y categoría.

<sup>894</sup> Artículo 6 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.



- esta previsión normativa pretende acomodarse a la situación efectiva de las familias numerosas, y evitar una situación de discriminación entre los hermanos;<sup>895</sup>
- así, teniendo en cuenta que, en un porcentaje elevadísimo, los títulos vigentes corresponden a familias numerosas con tres o dos hijos, el cumplimiento de la edad máxima por parte del mayor, no arrastra la pérdida del título y de todos los beneficios para toda la familia.

## 20.9. MENORES DE EDAD Y MEDIACIÓN.

La intervención con menores en el ámbito de la mediación, en general, supone, en la actualidad, centrar el tema en varios frentes básicos:

### • Mediación familiar.

Referida a la resolución de los conflictos familiares en general.<sup>896</sup>

En los conflictos familiares que se pueden someter a mediación, la persona menor de edad puede aparecer como beneficiaria de la mediación.

El menor no aparece como parte del proceso de mediación, porque las leyes autonómicas suelen requerir la mayoría de edad, para poder participar en un proceso de mediación familiar como parte.

Algunos conflictos<sup>897</sup> susceptibles de someterse a la mediación familiar relacionados con menores de edad son:

- entre los titulares de la tutela y los responsables de acogimientos familiares con los familiares de los tutelados o acogidos;
- en las relaciones entre los adoptados, el padre o madre adoptivos y las familias biológicas;
- en relación a la obligación de alimentos entre parientes, etc.

### • Mediación escolar.

Referida a la resolución de conflictos de convivencia en el ámbito escolar, con excepción de aquellos que puedan revestir carácter penal.

### • Mediación penal.

Referida a la aplicación de la normativa penal específica sobre menores, como método de administración del reproche social de la conducta del menor infractor, al margen de la imposición de una medida judicial.

### • Mediación civil y mercantil.

Además, en el campo de la legislación civil y mercantil, la actual ley estatal de mediación en asuntos civiles y mercantiles<sup>898</sup>, se aplicará a las mediaciones en este tipo de asuntos, incluidos los conflictos transfronterizos civiles y mercantiles, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable.<sup>899</sup>

<sup>895</sup> Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>896</sup> Ley 3/2007 del Principado de Asturias, de 23 de marzo, de Mediación Familiar.

<sup>897</sup> Artículo 3.2 de la Ley 3/2007 del Principado de Asturias, de 23 de marzo, de Mediación Familiar.

<sup>898</sup> Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

<sup>899</sup> Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, del Parlamento Europeo, que regula ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.



## 20.10. LAS PERSONAS MENORES DE EDAD Y LOS DAÑOS POR ELLOS PRODUCIDOS.

Los menores pueden ser causantes de daños a terceros por su culpa o su negligencia.

Serán responsables de los daños causados por los menores:

- las madres y los padres, de los daños causados por los hijos e hijas que se encuentren bajo su guarda;<sup>900</sup>
- las tutoras y los tutores, lo son de los perjuicios causados por los menores que estén bajo su autoridad y habiten en su compañía;
- las personas o entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior, responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnas y alumnos menores de edad durante los periodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.

Esta responsabilidad de padres, tutores o titulares de un centro docente de enseñanza no superior, cesará, cuando las personas mencionadas prueben, que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

Cuando se trata de centros docentes de enseñanza no superior, sus titulares podrán exigir de los profesores y las profesoras, las cantidades satisfechas, si hubieran incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones que fuese causa del daño.<sup>901</sup>

El cabeza de familia que habita una casa o parte de ella, es responsable por los daños causados por las cosas que se arrojaran o cayeren de la misma.<sup>902</sup>

---

<sup>900</sup> Artículo 1903 del Código Civil.

<sup>901</sup> Artículo 1904 del Código Civil.

<sup>902</sup> Artículo 1910 del Código Civil.



## 20.11. LOS MENORES Y LAS MENORES DE EDAD Y LA CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS DE MOTOR.

El intento europeo de armonizar<sup>903</sup> la normativa en materia de permiso de conducción, determinó modificaciones en las condiciones y los requisitos en materia de licencia de conducción.

Los permisos de conducción que podrán obtener los menores de edad serán<sup>904</sup>:

- a) el permiso de conducción de la clase AM, que autoriza a menores de quince años cumplidos, para conducir ciclomotores de dos o tres ruedas y cuatriciclos ligeros;
- b) el permiso de conducción de clase A1, que autoriza a menores de dieciséis años cumplidos, a conducir motocicletas con una cilindrada máxima de 125 centímetros cúbicos y triciclos de motor cuya potencia máxima no exceda de 15 kW.

Queda prohibido circular con menores de doce años como pasajeros de ciclomotores o motocicletas, por cualquier clase de vía.

Excepcionalmente, se permite esta circulación a partir de los siete años, siempre que :

1. los conductores sean el padre, la madre, el tutor o una persona mayor de edad autorizada por ellos,
2. utilicen casco homologado,
3. se cumplan las condiciones específicas de seguridad establecidas reglamentariamente.

Por razones de seguridad vial, se podrá prohibir la ocupación de los asientos delanteros o traseros del vehículo, por los menores en función de su edad o talla, en los términos en que se determine reglamentariamente.<sup>905</sup>

---

<sup>903</sup> Directiva 2006/126/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de diciembre de 2006, sobre el permiso de conducción.

<sup>904</sup> Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de conductores.

<sup>905</sup> Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial y Real Decreto 667/2015, de 17 de julio, por el que se modifica el Reglamento general de circulación, aprobado por el Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, en lo que se refiere a cinturones de seguridad y sistemas de retención infantil homologados.



## **20.12.** MENORES DE EDAD Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES MÁS RELEVANTES NO GUBERNAMENTALES PARA SU PROTECCIÓN.

### **20.12.1.** UNICEF.

#### **20.12.1.1.** Su organización.

El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)<sup>906</sup>, es un programa de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que provee ayuda humanitaria y de desarrollo a niñas, niños y madres.

Unicef está financiado en su totalidad por las contribuciones voluntarias de:

- individuos,
- empresas,
- fundaciones,
- gobiernos.

Se le otorgó el Premio Nobel de la Paz en 1965 y el Premio Príncipe de Asturias de la Concordia en 2006.

#### **20.12.1.2.** El Comité español de UNICEF.

El Comité español de Unicef, en su comparecencia<sup>907</sup> en la Comisión de Derechos de Infancia y Adolescencia en el Congreso de los Diputados, ha invitado a repensar el papel que se otorga a los niños y, en consecuencia, el modelo de país a forjar.

El departamento de Sensibilización y Políticas de Infancia de UNICEF Comité Español, ha señalado que, el bienestar de la infancia, es una tarea de todos, más allá del esfuerzo de las propias familias, y que requiere la promoción y puesta en marcha de políticas públicas, que promuevan la igualdad de oportunidades y la equidad.

En un país en el que uno de cada tres niños viven en riesgo de pobreza o exclusión social, con un alto porcentaje de abandono escolar [20%], es necesario romper el círculo de la pobreza y la exclusión social, así como la relación inversa entre el nivel de estudios y la transmisión generacional de la pobreza.

Unicef cree en una infancia que no debe ser mera benefactora de ayudas que cubran sus necesidades, sino que ejerza sus derechos plenamente, incluidos los que suponen :

- el pleno ejercicio de su ciudadanía,
- la participación en todos los ámbitos que a su vida se refieren.

---

<sup>906</sup> Web: unicef.es

<sup>907</sup> Unicef compareció en la Comisión de Infancia y Adolescencia en el Congreso el día 25 de octubre de 2016.



Más igualdad de oportunidades para las niñas y los niños, significa menos inequidad y más progreso.

Resulta fundamental que todos los países, incluida España, concentren sus esfuerzos en la situación de los niños y niñas más vulnerables, dentro y fuera de sus fronteras.

UNICEF Comité Español cree que en esta legislatura, España debe ser un país amigo de la infancia, que apueste por:

- un modelo de país en el que la protección de la infancia y su bienestar, sea un ámbito prioritario de las políticas y los presupuestos públicos a corto, medio y largo plazo;
- un proyecto definido y una acción clara en los ámbitos relacionados con la infancia, como la pobreza infantil, la educación, la protección de los niños y las niñas, especialmente los más vulnerables, entre los que se encuentran los niños inmigrantes y refugiados;
- desde UNICEF, se pide un compromiso político y social, blindado y duradero, a través de un Pacto de Estado, que proteja el bien social de la infancia de los vaivenes políticos y económicos, para poder alcanzar el objetivo hacia el que pretenden encaminarse los países de todo el mundo en el siglo XXI: la sostenibilidad social, económica y ambiental.

## 20.12.2. ACNUR.

### 20.12.2.1. Ámbito general.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados [ACNUR]<sup>908</sup>, es el organismo de las Naciones Unidas encargado de:

- proteger a los refugiados y desplazados por persecuciones o conflictos,
- promover soluciones duraderas a su situación, mediante el reasentamiento voluntario en su país de origen o en el de acogida.

Tiene su sede en Ginebra, Suiza, y tiene más de doscientas cincuenta oficinas repartidas por todo el mundo, en ciento veinticinco países.

En reconocimiento de su labor, ACNUR ha recibido el Premio Nobel de la Paz en 1954 y 1981, y ha sido galardonado con el Premio Príncipe de Asturias en 1991.

---

<sup>908</sup> Web: acnur.es



### 20.12.2.2. ACNUR y los niños refugiados.

Los niños y las niñas representan aproximadamente la mitad de la población mundial de refugiados, y la situación en la que viven a menudo entraña necesidades especiales de protección y asistencia debido a su vulnerabilidad.

Los niños refugiados, desplazados y apátridas, están expuestos a todo tipo de violaciones en diferentes regiones del mundo:

- la trata o el tráfico de menores,
- violencia física,
- abuso sexual,
- ataques militares o armados,
- utilización en la pornografía,
- reclutamiento forzoso,
- detención arbitraria,
- trabajo forzado,
- negación de educación y atención sanitaria,
- otras violaciones de sus derechos humanos básicos.

ACNUR hace una llamada para que se adopten y se cumplan las disposiciones legales, a nivel nacional e internacional, a fin de impedir dichas violaciones, y prestar asistencia pertinente a las víctimas.

ACNUR destaca cuatro áreas a las que debe prestarse especial atención en el caso de los niños refugiados:

- reunificación de los jóvenes separados de sus familias;
- prevención de la explotación sexual y el reclutamiento por unidades militares, así como la reintegración de los niños y niñas que padecen tales situaciones;
- acceso garantizado a la educación;
- reconocimiento decidido de los derechos y necesidades de un grupo muchas veces olvidado, el de los refugiados adolescentes.



### 20.12.3. OTRAS: SAVE THE CHILDREN, MENSAJEROS DE LA PAZ, CRUZ ROJA INTERNACIONAL Y CRUZ ROJA ESPAÑA, ETC.

### 20.13. RECLUTAMIENTO DE NIÑOS SOLDADO.

Los Estados Partes de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>909</sup> se comprometen a respetar y velar porque se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.

Además, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños y las niñas afectados por un conflicto armado, de conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados.

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados<sup>910</sup>, eleva la edad mínima para participar directamente en hostilidades de quince a dieciocho años, y prohíbe el reclutamiento voluntario o forzoso de menores de dieciocho años.

El Estatuto de la Corte Internacional<sup>911</sup> considera delito de guerra, reclutar o alistar en las fuerzas armadas nacionales a niños menores de quince años, o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades de conflictos armados internacionales o internos.

La Convención número 182<sup>912</sup> de la Organización Internacional del Trabajo, prohíbe el reclutamiento forzoso y obligatorio de menores, y lo define como una de las peores formas de trabajo infantil.

### 20.14. RECURSOS TELEFÓNICOS DE AYUDA A LOS MENORES:

#### 20.14.1. El teléfono de ayuda a niños, niñas y adolescentes de la Fundación ANAR.<sup>913</sup>

El objetivo principal del teléfono ANAR [Fundación de ayuda a niños y adolescentes en riesgo], es facilitar a los niños y adolescentes un espacio seguro, confidencial, en el que:

- se sientan escuchados y respetados,
- puedan expresar libremente aquello que les ocurre,
- se busquen alternativas a sus problemas conjuntamente con ellos.

<sup>909</sup> Artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>910</sup> Instrumento de ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre la participación de niños en conflictos armados, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000. [BOE de 17 de abril de 2002].

<sup>911</sup> Instrumento de ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998. [BOE de 27 de mayo de 2002].

<sup>912</sup> Instrumento de Ratificación del Convenio número 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y de la acción inmediata para su eliminación, hecho en Ginebra el 17 de junio de 1999. [BOE de 17 de mayo de 2001].

<sup>913</sup> Teléfono 900 20 20 10 desde cualquier lugar de España y, además, el teléfono 116 111 también desde Asturias.



El teléfono ANAR de ayuda a niños, niñas y adolescentes da respuesta inmediata a todo tipo de problemas:

- acoso escolar,
- violencia de género,
- maltrato,
- trastornos de alimentación,
- ciberbullying, entre otros.

Cualquier niño, niña o joven puede marcar ese número de teléfono, y encontrará al otro lado un psicólogo, que le va a escuchar el tiempo necesario, que le orientará en su problema, y que le ayudará a encontrar una solución.

Cuando es necesario, actúan directamente en estrecha colaboración con las autoridades competentes como Fiscalía de Menores, Policía y Guardia Civil.

## 20.14.2. El teléfono del acoso escolar.

El Ministerio de Educación ha puesto en marcha <sup>914</sup> un teléfono <sup>915</sup> contra el acoso escolar, que es:

- gratuito,
- confidencial,
- no deja rastro en la factura,
- está operativo las veinticuatro horas los trescientos sesenta y cinco días al año.

Al otro lado de la línea trabajan psicólogos, trabajadores sociales y juristas, en colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Estos especialistas pondrán en conocimiento de la inspección educativa cada caso, y los graves se derivarán a la Policía.

---

<sup>914</sup> Ha comenzado a funcionar el día 1 de noviembre de 2016.

<sup>915</sup> El teléfono es 900 018 018, aspirando sus promotores a que pronto se quede en un número de tres cifras [018], que es más fácil de recordar.



## 20.15. LA PLATAFORMA DE INFANCIA.

La Plataforma de Infancia<sup>916</sup> es una alianza de entidades sin ánimo de lucro, plural, solidaria, democrática e independiente desde el punto de vista político y religioso.

La Plataforma fue constituida en el año 1997, con el fin de:

- aunar esfuerzos de organizaciones de ámbito estatal que trabajan para la infancia,
- crear un espacio de coordinación que defienda, promueva y proteja los derechos de los niños, niñas y adolescentes en España.

La Plataforma de Infancia tiene como marco de referencia la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Plataforma propone una serie de demandas para que todos los partidos políticos se comprometan con los niños, niñas y adolescentes, para mejorar su realidad y cumplir con sus derechos:

1. compromiso con un pacto de Estado para la Infancia,
2. reducción de la pobreza y exclusión infantil,
3. compromiso con los derechos de la Infancia.

Todo ello considerando que:

- la infancia requiere ser priorizada en las políticas municipales y autonómicas;
- es urgente abordar la situación de la infancia, un colectivo especialmente vulnerable y que ha sufrido duramente los efectos de la crisis con motivo de la debilidad de las políticas sociales, de austeridad y el desempleo;
- la política social ha sufrido notables recortes desde el inicio de la crisis, debilitando la protección de los niños y niñas;
- las políticas de infancia deben apostar por la prevención, al ser medidas más eficientes que reducen los problemas a los que se enfrenta la infancia, así como fortalecer las prácticas de protección;
- las instituciones deben comprometerse a escuchar las opiniones de los niños, niñas y adolescentes, en todo aquello que les afecta, estableciendo canales estables de participación infantil.

---

<sup>916</sup> Web [plataformadeinfancia.org](http://plataformadeinfancia.org).



## 20.16. LA POBREZA INFANTIL.

La pobreza impide que miles de niños y niñas vivan, se desarrollen y crezcan en plenitud. Esta situación les frena el acceso a nuevas oportunidades y a la educación.

Si bien la pobreza afecta con mayor virulencia a los países en vías de desarrollo y a los países más pobres, España no es ajena al problema de la pobreza infantil.

Actualmente uno de cada tres niños en España está en riesgo de pobreza o exclusión social.<sup>917 918</sup>

La dureza, la profundidad y las medidas adoptadas para gestionar la salida de la crisis económica, se han traducido en mayores niveles de pobreza de la sociedad, con especial incidencia en la edad infantil.

Se han adoptado por parte del Estado y de las Comunidades Autónomas, diferentes medidas presupuestarias, administrativas y legales, para erradicar las desigualdades sociales y luchar por la justicia social y una sociedad más igualitaria, centradas en:

- los derechos a la protección de la salud,
- la acción social,
- el empleo,
- el derecho a la vivienda,
- la renta mínima,<sup>919</sup>
- el aseguramiento de unos mínimos vitales en cuanto a energía y agua, etc.

---

<sup>917</sup> Web Fundación Save The Children, (2016).

<sup>918</sup> El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad ha publicado en el Observatorio de Infancia Estatal, un documento sobre la pobreza y la exclusión social en España, correspondiente a un estudio elaborado en 2010.

<sup>919</sup> Ley del Principado de Asturias 4/2005, de 28 de octubre, de salario social básico.

# 21 INSTITUCIONES Y ÓRGANOS RELEVANTES EN RELACIÓN CON LA MINORÍA DE EDAD.

## 21.1. EL MINISTERIO FISCAL.

### 21.1.1. Delimitación conceptual.

El Ministerio Fiscal tiene por misión:

- promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados,
- velar por la independencia de los Tribunales,
- procurar ante éstos la satisfacción del interés social.<sup>920</sup>

El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional <sup>921</sup>, con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, y ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de:

- unidad de actuación,
- dependencia jerárquica,
- legalidad,
- imparcialidad.<sup>922</sup>

<sup>920</sup> Artículo 1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

<sup>921</sup> Artículo 124 de la Constitución.

<sup>922</sup> Artículo 2 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.



## 21.1.2. Funciones del Ministerio Fiscal en relación a personas menores de edad.

Corresponde al Ministerio Fiscal numerosas funciones, y en especial, en materia de protección de menores de edad, le corresponde:

1. intervenir en el proceso penal, instando de la Autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan, y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos, o instruyendo directamente el procedimiento en el ámbito de lo dispuesto en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas diligencias que estimen oportunas;
2. intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social, o cuando puedan afectar a personas menores, en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación;
3. velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectiva; 4. ejercer en materia de responsabilidad penal de menores las funciones que le encomiende la legislación específica, debiendo orientar su actuación a la satisfacción del interés superior del menor;
5. incumbe también al Ministerio Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores en situaciones de desprotección:<sup>923</sup>
  - a tal fin, la Entidad Pública le dará noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores y le remitirá copia de las resoluciones administrativas de formalización de la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos; igualmente le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor o de la menor;
  - el Ministerio Fiscal habrá de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor y promoverá ante la Entidad Pública o el Juez, según proceda, las medidas de protección que estime necesarias;
  - la vigilancia del Ministerio Fiscal no eximirá a la Entidad Pública de su responsabilidad para con el menor y de su obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las anomalías que observe;
  - para el cumplimiento de la función de la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de las menores y los menores, cuando sea necesario, podrá el Ministerio Fiscal recabar la elaboración de informes por parte de los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas competentes;
  - a estos efectos, los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas competentes atenderán las solicitudes de información remitidas por el Ministerio Fiscal, en el curso de las investigaciones tendentes a determinar la situación de riesgo o desamparo en la que pudiera encontrarse una menor o un menor.

Las altas funciones que se encomiendan al Ministerio Fiscal<sup>924</sup>, como superior vigilante de la actuación administrativa en protección de menores, deben verse acompañadas de los suficientes medios, a fin de que pueda ejercerlas de manera efectiva, evitando que sus esfuerzos queden limitados a un simple voluntarismo carente de operatividad práctica, o que su actuación sea meramente simbólica.

A tales efectos, expresamente se le asigna, la posibilidad de solicitar informes adicionales a los presentados por la Entidad Pública.

<sup>923</sup> Artículo 174 del Código Civil.

<sup>924</sup> Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.



### 21.1.3. Secciones de Menores de las Fiscalías.

Las Fiscalías se constituirán y organizarán, de acuerdo a lo previsto en la Ley, pudiendo contar con secciones especializadas, en aquellas materias que por su singularidad, o por el volumen de actuaciones que generen, requieran de una organización específica.

En la Fiscalía de la Audiencia Nacional y en las Fiscalías Provinciales, existirá una Sección de Menores a la que se encomendarán las funciones y facultades que al Ministerio Fiscal atribuye la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores.<sup>925</sup>

Estas Secciones podrán constituirse en las Fiscalías de las Comunidades Autónomas cuando sus competencias, el volumen de trabajo y la mejor organización o prestación del servicio, así lo aconsejen.

## 21.2. EL DEFENSOR DEL PUEBLO.

### 21.2.1. Ámbito institucional y organizativo.

El Defensor del Pueblo<sup>926 927</sup>, es el Alto Comisionado de las Cortes Generales, encargado de defender los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos, mediante la supervisión de la actividad de las Administraciones Públicas.

Cualquier ciudadano puede acudir al Defensor del Pueblo y solicitar su intervención, que es gratuita, para que investigue cualquier actuación de la Administración Pública o sus agentes, presuntamente irregular.

También puede intervenir de oficio, en casos que lleguen a su conocimiento, aunque no se haya presentado queja sobre ellos.

Actualmente, el Defensor del Pueblo está auxiliado por dos adjuntos, en los que puede delegar sus funciones, además de una organización institucional amplia.<sup>928</sup>

El Defensor del Pueblo, como resultado de su actuación, puede formular cuatro tipos de resoluciones a las Administraciones:

- recomendaciones,
- sugerencias,
- recordatorios de deberes legales,
- advertencias.

---

<sup>925</sup> Artículo 18 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

<sup>926</sup> Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo.

<sup>927</sup> Artículo 54 de la Constitución.

<sup>928</sup> Web: [www.defensordelpueblo.es](http://www.defensordelpueblo.es)



### 21.2.2. Los niños y niñas y adolescentes y el Defensor del Pueblo.

La preocupación y el interés por los derechos de los niños y niñas y adolescentes, especialmente por los que se encuentran en situación vulnerable, es una constante de su actividad.

Su objetivo es que los derechos de los menores que contempla la Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño, sean una realidad en España:

- atiende las quejas que plantean las niñas y los niños, los adolescentes o los adultos, sobre actuaciones incorrectas o irregulares de las Administraciones, Instituciones y Autoridades Públicas en las que estén afectados sus derechos;
- realiza visitas a centros o servicios que les atienden, ya sea en el ámbito de la salud, la educación, la protección, etc.

### 21.2.3. Actuaciones más frecuentes en defensa de los derechos de las niñas y de los niños.

A) En el ámbito de la educación, se tramitan quejas sobre:

- escasez de medios personales [docentes y no docentes] y materiales, en los centros;
- denegación de ayudas económicas destinadas a distintas finalidades educativas [escolarización en niveles no obligatorios, adquisición de libros de texto];
- denegación de la prestación gratuita de determinados servicios escolares complementarios [transporte, comedor escolar..];
- becas y ayudas al estudio;
- mal estado de las instalaciones educativas;
- el sistema de admisión y las sanciones de alumnos y alumnas;
- la violencia escolar;
- la información que los centros de enseñanza proporciona a la madre y al padre.

B) En materia de política social, hay que destacar quejas relativas:

- al trato recibido por los menores en centros de protección;
- a la duración de los procedimientos para acoger o para adoptar menores tanto en España como en otros países;
- a la escasez de recursos y programas de apoyo a las familias y a los menores con problemas específicos;
- a la prolongada estancia en centros de menores pese a que las normas priorizan el acogimiento familiar.



C) Las quejas que versan sobre menores extranjeros, se centran en:

- la determinación de edad de los menores extranjeros no acompañados;
- la declaración de desamparo y alcance y cesación de la tutela;
- problemas en la documentación de la residencia legal;
- traslados de menores entre Comunidades Autónomas;
- Registro Central de menores no acompañados;
- repatriaciones y menores víctimas de trata.

D) Las quejas sobre menores y justicia, se refieren a:

- dilaciones producidas en la tramitación de los procedimientos judiciales que afectan a los menores,
- menores víctimas de malos tratos y abusos sexuales,
- sustracción interparental,
- trato en centros de internamiento de menores infractores,
- la responsabilidad administrativa del menor.

### 21.3. LA TRANSICIÓN ENTRE LA BENEFICIENCIA Y LA RED PÚBLICA DE SERVICIOS SOCIALES EN MATERIA DE INFANCIA EN EL PRINCIPADO DE ASTURIAS.

La actual acción social pública deriva de la antigua beneficencia del Estado y de las Corporaciones Locales, que gestionaban:

- a. hospicios,
- b. casas de expósitos,
- c. otros establecimientos de beneficencia.

En 1948 surgió la “Obra de Protección de Menores” como organismo autónomo adscrito al Ministerio de Justicia, con funciones:

- jurisdiccionales (los Tribunales Tutelares de Menores),
- socio-asistenciales acumuladas, responsabilizándose, en todo caso, de la asistencia y educación de las niñas y los niños huérfanos y abandonados.

En el momento anterior a la promulgación de la Constitución de 1978, existía en Asturias un variado, inconexo y multiforme conjunto de servicios y establecimientos públicos de acción social, junto a un número significativo de entidades privadas vinculadas con las Administraciones Públicas, mediante convenios y negocios jurídicos de muy distinto tipo.



Así, destacan gestionados por la extinta Diputación Provincial de Asturias:

- Una unidad socio-sanitaria de atención materno-infantil, en la ciudad de Oviedo, ubicada dentro del recinto del Hospital General de Asturias, el "Hogar Infantil".

El Hogar Infantil ejerció además su influencia bienhechora enarbolando la bandera para una reforma legal en materia de atención de menores desvalidos y, singularmente, en materia de adopción. Promocionó y organizó las II Jornadas Nacionales sobre Adopción, en 1968, cuyo elevado poder de convocatoria reunió a gran número de juristas especialistas en la materia, y de profesionales en servicios dedicados a la atención de la infancia, dando en breve como resultado la reforma legal de esta clase de filiación a través de la Ley de 4 de julio de 1970, donde fueron acogidas muchas de sus conclusiones. Otras modalidades tuitivas profusamente practicadas en esta institución modélica, como ha podido ser el acogimiento familiar preadoptivo, han recibido carta de naturaleza en la legislación positiva al correr de los tiempos, como se acredita a través de su incorporación posterior a la Ley.

- Un colegio para niños huérfanos, abandonados o necesitados, ubicado en la falda del Monte Naranco.
- Un colegio de similar naturaleza destinado a niñas, en el Cristo de las Cadenas.

Además, la Diputación:

- mantenía convenios en Asturias con la Fundación Vinjoy para niños sordos y sordomudos,
- subvencionaba estancias y tratamientos a parálíticos cerebrales en el centro de Meres (Siero) y también en el Centro Don Orión, de Posada de Llanes, dedicado a la atención de niños y adolescentes minusválidos, y del que era titular una entidad religiosa,
- intervino en la creación del actual colegio de Latores para menores de educación especial.

El Tribunal y la Obra Tutelar de Menores, gestionaban directamente el colegio-internado de carácter reformativo para jóvenes varones sito en San Claudio [Oviedo], mientras que para las jóvenes se utilizaba para similar finalidad, el establecimiento colegio-internado regido por las religiosas Adoradoras en Oviedo.

En Gijón se disponía de un Hogar materno infantil, y en otras localidades de Asturias existían concertadas plazas con varios colegios de religiosos y religiosas para la atención de hijos e hijas de padres y madres que estaban cumpliendo condena de prisión, u otros niños y niñas desamparadas sujetas a tutela.

Como consecuencia de los importantes cambios sociales, se hizo fuerte un movimiento de renovación de los conceptos asistenciales propios de la acción social pública, que propugnaba un radical cambio en los métodos asistenciales a la infancia, pretendiendo su atención en un régimen lo más parecido posible al familiar, procurándose que las niñas y los niños se incorporasen a las actividades escolares y lúdicas normales.



Hoy, con la asunción de competencias del Principado de Asturias, tras el dictado del Estatuto de Autonomía <sup>929</sup>, destacan múltiples iniciativas públicas y privadas de protección a la infancia, al amparo de la legislación en materia de servicios sociales del Principado de Asturias <sup>930</sup>, y de las actuaciones llevadas a cabo por la Entidad Pública de Protección de menores, en ejecución de los títulos competenciales de:

1. asistencia y bienestar social,
2. desarrollo comunitario,
3. actuaciones de reinserción social,
4. protección y tutela de menores, sin perjuicio lo dispuesto en la legislación civil, penal y procesal del Estado.

## 21.4. LAS ENTIDADES DE PROTECCIÓN DE MENORES EN EL ÁMBITO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

Actualmente, la expresión <Entidad Pública> es por ley <la Entidad Pública de Protección de Menores competente territorialmente>. <sup>931</sup>

Las referencias que figuren en cualesquiera normas como <Entidad Pública de protección de menores competente territorialmente>, se entienden hechas a la <Entidad Pública>, expresión abreviada que se utilizará para una mejor y más depurada técnica legislativa en los textos legales.

Con la Ley de reforma del código Civil de 1987<sup>932</sup> se confía las Entidades Públicas, a las que corresponde en el territorio la protección de menores, la tutela automática de los menores desamparados y la guarda de éstos.

Las Entidades Públicas de las Comunidades Autónomas, a través del órgano administrativo correspondiente, pasan a ser la pieza clave de la aplicación de la protección jurídica del menor en situaciones de desprotección social y familiar, tras la desjudicialización de forma diáfana y rotunda <sup>933</sup> de la declaración de desamparo de los menores, que pudieran encontrarse en tal situación, y la consiguiente asunción de la tutela de los mismos.

---

<sup>929</sup> Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias.

<sup>930</sup> Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales del Principado de Asturias.

<sup>931</sup> Disposición adicional primera de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y disposición adicional primera de la 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

<sup>932</sup> Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de adopción y otras formas de protección de menores.

<sup>933</sup> Preámbulo de la Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor.



La reforma de la Ley 21/1987 desjudicializó los primeros escalones de la protección infantil, evitando la lentitud de las respuestas judiciales y los problemas por la desconexión entre el juez y los trabajadores sociales.<sup>934</sup> No obstante, si bien esto determinó que la función jurisdiccional atribuida legalmente, quedara reducida a una función de control de las actuaciones de las Entidades Públicas, mediante la revisión jurisdiccional de sus resoluciones

administrativas, bajo la vigilancia también del Ministerio Fiscal, algunos sectores doctrinales nunca han llegado a asimilar esta posición legal. Estos sectores doctrinales se apoyan jurídicamente en la redacción del Código Civil<sup>935</sup>, que determina la necesidad de una sentencia para producir la privación de la patria potestad, manteniendo aun hoy en día cierta desconfianza hacia la actuación de las Entidades Públicas, pese al acierto acreditado en sus actuaciones durante casi tres décadas. Esta desconfianza se traslada en ocasiones a la sociedad civil, cuando los medios de comunicación informan, de forma más o menos acertada, sobre casos concretos de desprotección infantil. Una parte importante de esta sociedad civil, no acierta a comprender qué actuaciones tan relevantes como la suspensión de la patria potestad de unos progenitores, respecto a su hijo o hija, y la consecuente asunción de la tutela del menor y su guarda, no sean adoptadas por un órgano judicial,

pese a ser actuaciones inmediatamente ejecutivas. Incluso los propios órganos judiciales, acomodados en esa función revisora, más sencilla que la función decisora atribuida a la Entidad Pública, muestran también su desconfianza, desconociendo que las Entidades Públicas, por la preparación técnica y profesionalidad de su personal, están mucho más preparadas para valorar las situaciones de desprotección social y familiar de los menores. Sin embargo, pese a que yo considero que las Entidades Públicas están mejor capacitadas que los Juzgados para valorar las situaciones de desprotección social y familiar de los menores, entiendo que la sociedad civil no alcance a comprender que algo de tanta relevancia, como es la suspensión de la patria potestad, pueda llegar a realizarse sin la intervención judicial, en una sociedad tan judicializada como la actual.

No olvidemos que nuestro sistema español de protección de menores es un sistema mixto.

Un sistema que descansa sobre la corresponsabilidad entre la familia y los poderes públicos para la asistencia y protección de los menores y las menores.

Solo cuando la familia decae en el ejercicio responsable de la crianza de la menor o del menor, las Administraciones Públicas deben entonces actuar de forma subsidiaria a través de los servicios sociales de protección de menores.

Así, en esta materia de protección de menores, las Administraciones Públicas, deberán actuar guiadas por el principio de subsidiaridad progresiva respecto de las obligaciones legales de los padres o tutores, dependiendo siempre la intensidad de las actuaciones administrativas de protección, del grado de desatención que padezca el niño o la niña.

---

<sup>934</sup> El desamparo de Menores: Normativa y práctica del Principado de Asturias", publicado en el año 2011 por la Editorial EDIUNO, de Irene Arce Fernández.

<sup>935</sup> Artículo 170 del Código Civil.



## 21.5. EL OBSERVATORIO DE LA INFANCIA ESTATAL. <sup>936</sup>

El Observatorio de la Infancia, creado por Acuerdo del Consejo de Ministros en el año 1999, y adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, es una plataforma de participación de todos los agentes sociales que, de una u otra forma trabajan para promover el ejercicio de los derechos y deberes de la infancia y adolescencia, en sus diferentes entornos, tanto desde las distintas Administraciones Públicas, como de las asociaciones de infancia.

La difusión de los resultados del trabajo desarrollado en el marco del Observatorio, contribuye, sin duda, a promover la sensibilización de nuestra sociedad sobre las necesidades y derechos de la población infantil y adolescente, especialmente la más desfavorecida.

Recientemente el Observatorio de la Infancia ha intensificado su actividad, como foro de participación:

- poniendo en marcha grupos de trabajo de diferentes temáticas,
- evaluando planes estratégicos,
- elaborando protocolos de coordinación entre Comunidades Autónomas.

## 21.6. LA ENTIDAD DE PROTECCIÓN DE MENORES Y OTRAS ENTIDADES EN EL ÁMBITO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

### 21.6.1. La Consejería de Servicios y Derechos Sociales. <sup>937 938</sup>

En el ámbito del Principado de Asturias, a la Consejería de Servicios y Derechos Sociales, le corresponden las competencias en materia de infancia, como Entidad Pública de protección de menores del Principado de Asturias. <sup>939</sup>

Las prestaciones en materia de protección de menores garantizarán que el menor, en toda actuación protectora, goce de los derechos individuales y colectivos reconocidos por:

- la Constitución,
- la legislación del Principado de Asturias en la materia,
- los convenios, tratados y pactos internacionales que forman parte del ordenamiento interno, especialmente la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, <sup>940</sup>
- el resto del ordenamiento jurídico,

Estas funciones las desarrolla a través del Instituto Asturiano para la Atención Integral a la Infancia. <sup>941</sup>

<sup>936</sup> [www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es](http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es)

<sup>937</sup> Decreto 6/2015 de, de 28 de julio, del Presidente del Principado de Asturias, de reestructuración de las Consejerías que integran la Administración de la Comunidad Autónoma.

<sup>938</sup> Decreto 66/2015 del Principado de Asturias, de 13 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica básica de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales.

<sup>939</sup> Resolución de 17 de febrero de 2016, de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales, por la que se delegan competencias en titulares de diversos órganos de la Consejería.

<sup>940</sup> Artículo 25 de la Ley 1/2003 del Principado de Asturias, de 24 de febrero, de Servicios Sociales.

<sup>941</sup> Artículo 12 del Decreto 66/2015 del Principado de Asturias, de 13 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica básica de la



En materia de protección a la Infancia, podemos destacar los siguientes centros y unidades en el ámbito del Principado de Asturias:<sup>942</sup>

1. equipos de intervención técnica de apoyo a la familia,
2. guarderías infantiles,
3. centros de día para menores,
4. centros de alojamiento de menores.

Existirán también los siguientes servicios<sup>943</sup>, dentro del ámbito autonómico del Principado de Asturias:

- a) programas de recepción, estudio y valoración de medidas de protección,
- b) programas de acogimiento familiar y adopción,
- c) programas de alojamiento y de centros,
- d) centros de acogida de mujeres maltratadas.

## 21.6.2. El Instituto Asturiano para la Atención Integral a la Infancia.

El Instituto Asturiano para la Atención Integral a la Infancia desarrollará las funciones correspondientes a la Consejería en materia de protección de menores y atención a las familias.<sup>944</sup>

En particular, le compete<sup>945</sup>:

- a) la coordinación, desarrollo y evaluación de los programas derivados de la normativa de aplicación sobre protección de menores;
- b) el asesoramiento y asistencia a la Dirección General de Servicios Sociales de Proximidad, garantizando los procesos de atención integral y coordinación interdepartamental e interinstitucional, en materia de:
  - 1º. intervención técnica próxima y coordinada en el territorio, ante la detección de cualquier tipo de riesgo y situación de maltrato infantil;
  - 2º. elaboración, desarrollo y seguimiento continuado de planes individuales de protección, adaptados a la diversidad de situaciones convivenciales, y su coordinación en los territorios;
  - 3º. implementación y seguimiento de programas y recursos de atención y apoyo especializados a la infancia, y sus entornos convivenciales, y su coordinación en los territorios;

---

Consejería de Servicios y Derechos Sociales.

<sup>942</sup> Artículo 20 del Decreto 49/2001, de 26 de abril, por el que se regula la organización y funcionamiento de los servicios sociales de la Administración del Principado de Asturias.

<sup>943</sup> Artículo 23 del Decreto 108/2005, de 27 de octubre, por el que se aprueba el Mapa Asturiano de Servicios Sociales.

<sup>944</sup> Artículo 12 del Decreto 66/2015 del Principado de Asturias, de 13 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica básica de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales.

<sup>945</sup> Artículo 2 del Decreto del Principado de Asturias 174/2015, de 21 de octubre, por el que se regula la estructura, régimen interior y funcionamiento del Instituto Asturiano para la Atención Integral a la Infancia.



- 4º. programas o proyectos comunitarios para la prevención de la acumulación de situaciones de exclusión en la infancia;
- 5º. programas de fomento del acogimiento y el apoyo a familias acogedoras;
- 6º. actuaciones de adopción inherentes a las competencias atribuidas a la Administración del Principado de Asturias;
- 7º. servicios de acogimiento residencial (centros de menores) y programas de preparación para la vida independiente de personas jóvenes extuteladas, que cumplen la mayoría de edad;
- 8º. Observatorio de la infancia y promoción de la participación de niños, niñas y adolescentes.

Para el ejercicio de sus funciones, el Instituto Asturiano para la Atención Integral a la Infancia contará con la colaboración y el asesoramiento jurídico del Letrado del Menor.<sup>946</sup>

### 21.6.3. El Letrado del Menor.

El Letrado del Menor, como unidad administrativa de Jefatura de Servicio dependiente de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales, colabora con:<sup>947</sup>

- la Dirección General de Servicios Sociales de Proximidad en la tramitación de los expedientes relativos a tutela, guarda, acogimiento familiar y adopción;
- el Ministerio Fiscal, prestándole su apoyo;
- el Instituto Asturiano para la Atención Integral a la Infancia, ofreciéndole su asesoramiento jurídico, para el ejercicio de las acciones y derechos en defensa de los menores, y prestándole su colaboración para el adecuado ejercicio de sus funciones.

Al Letrado del Menor le corresponde llevar a cabo, en nombre de la Entidad Pública, cuantas actuaciones resulten necesarias, para la defensa de los derechos del menor, reconocidos en la legislación vigente.<sup>948</sup>

### 21.6.4. La Comisión del Menor.<sup>949</sup>

La composición y funcionamiento de la Comisión del Menor del Principado de Asturias, como órgano instrumental y colegiado, integrado por profesionales responsables de distintas áreas relacionadas con la protección, formación y atención de las menores y de los menores, ha sido objeto de desarrollo reglamentario.<sup>950</sup>

Como funciones<sup>951</sup> de la Comisión del Menor, destacan las siguientes:

<sup>946</sup> Artículo 12.2 del Decreto 66/2015 del Principado de Asturias, de 13 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica básica de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales.

<sup>947</sup> Artículo 5 del Decreto 66/2015 del Principado de Asturias, de 13 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica básica de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales.

<sup>948</sup> Artículo 18.2 de la Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor.

<sup>949</sup> Organismos similares existen en otras Comunidades Autónomas pero con diferentes y variadas denominaciones. Así, Canarias recoge el informe de la Comisión de atención al menor, Madrid el de la Comisión de tutela del menor, etc.

<sup>950</sup> El Decreto 57/1995 del Principado de Asturias, de 30 de marzo, regula la composición y funcionamiento de la Comisión del Menor.

<sup>951</sup> Artículo 2 del Decreto 57/1995 del Principado de Asturias, de 30 de marzo, regula la composición y funcionamiento de la Comisión del



- a) elevar propuesta al órgano decisor respecto a las medidas de protección que se consideren más idóneas, en orden al interés primordial de la menor y del menor;
- b) revisar aquellas medidas de protección adoptadas excepcionalmente, en supuestos de urgencia debidamente justificada, proponiendo su confirmación o revocación;
- c) elevar propuesta al órgano decisor, respecto a la idoneidad de los acogedores o adoptantes, que hayan presentado las correspondientes solicitudes en el Registro constituido al efecto;
- d) elevar propuesta de reconocimiento al órgano decisor de las instituciones colaboradoras de integración familiar;
- e) elevar anualmente un informe sobre las inspecciones realizadas por la Administración a centros de menores, basándose en los datos suministrados por la propia Administración; dicho informe, con recomendaciones, se elevará al órgano decisor;
- f) promover investigaciones, que permitan un mejor conocimiento de la situación y de los problemas de la infancia y la familia;
- g) desarrollar acciones informativas, divulgativas, formativas, o de otra índole que, dirigidas al conjunto o sectores concretos de la sociedad, favorezcan una mejor comprensión de los problemas de los menores;
- h) cualesquiera otras que pudieran ser solicitadas por la Administración del Principado de Asturias, respecto a las medidas de protección de menores contempladas en Ley de protección del menor.

Actualmente dicha Comisión está integrada por cinco miembros, designados por el titular de la Consejería entre profesionales de reconocida experiencia, en actividades relacionadas con el área del menor de las siguientes disciplinas: psicología, educación, servicios sociales y derecho.

El propio Decreto regulador determina respecto a su composición y funcionamiento que, al menos dos de sus miembros, serán necesariamente empleados públicos de la Consejería competente.

La designación de la Presidencia de la Comisión, también le corresponde al titular de la Consejería, siendo así que esta Comisión dispondrá de un Secretario, que actuará con voz pero sin voto.

Esta visión multidisciplinar, adoptada por muchas Comunidades Autónomas, garantiza que la decisión se adopte con objetividad, imparcialidad, sin discrecionalidad y con acierto.

La Comisión del Menor debe elaborar un informe expresivo del acuerdo adoptado y de su motivación.

---

Menor.



## 21.6.5. El Observatorio de la Infancia y la Adolescencia en el Principado de Asturias.

El Observatorio de la Infancia y la Adolescencia es un instrumento técnico, capaz de profundizar en el conocimiento sobre la realidad de los niños, niñas y adolescentes, de producir una información de calidad, que permita el diseño de esas políticas intersectoriales, sobre la base del conocimiento científico, y de capacidad para evaluar el impacto real de esas políticas, y la eficacia de los programas que se desarrollan.

El observatorio de infancia tiene encomendadas las siguientes funciones<sup>952</sup>:

- a) actuar como órgano permanente de recogida y análisis de la información disponible en diferentes fuentes autonómicas, nacionales e internacionales sobre la infancia y la adolescencia;
- b) evaluar el impacto de las políticas y medidas que afecten a niños, niñas y adolescentes, especialmente de aquellas derivadas del desarrollo del Plan Integral de Infancia, Familia y Adolescencia;<sup>953</sup>
- c) impulsar la formación sobre los derechos y la atención a la infancia, de aquellos colectivos directamente implicados en funciones relacionadas con esta materia;
- d) constituir un foro de encuentro, intercambio y comunicación permanente, entre los organismos públicos competentes en la atención a la infancia y a la adolescencia;
- e) proponer la realización de investigaciones, estudios e informes técnicos sobre la situación de la infancia y la adolescencia en Asturias;
- f) producir, recopilar y divulgar documentación especializada sobre los derechos y la atención a las necesidades de la infancia y la adolescencia;
- g) difundir a la sociedad asturiana información sobre las necesidades y los derechos de la infancia y la adolescencia;
- h) promover el encuentro de profesionales y expertos, tanto en el ámbito autonómico, como en el nacional o internacional, para facilitar el intercambio de conocimientos, experiencias y trabajos, sobre los derechos y la atención a la infancia y a la adolescencia.

## 21.6.6. El Foro de Infancia y Adolescencia del Principado de Asturias.

El Foro de Infancia y Adolescencia del Principado de Asturias<sup>954</sup>:

- se configura como un cauce estable de consulta y de participación de la infancia y la adolescencia, que tiene como objetivo:
- garantizar a los menores de edad el derecho a ser oídos en todos los asuntos que les conciernen,
- facilitar al Observatorio de la Infancia y la Adolescencia del Principado de Asturias, recabar la opinión de los niñas y los niños, en relación con las funciones que tiene encomendadas.

<sup>952</sup> Artículo 3 Decreto del Principado de Asturias 10/2006, de 24 de enero, del Observatorio de la Infancia y la Adolescencia.

<sup>953</sup> Plan Integral de Infancia del Principado de Asturias, aprobado por el Consejo de Gobierno en su reunión del 6 de noviembre de 2013.

<sup>954</sup> Resolución de fecha 25 de septiembre de 2009, de la extinta Consejería de Bienestar Social y Vivienda, por la que se crea el Foro de Infancia y Adolescencia del Principado de Asturias.



- está integrado por los niños, niñas y adolescentes, que formen parte de los grupos municipales de participación infantil y adolescente, de los concejos integrados en el Foro Municipal por los derechos de la Infancia.

Son funciones del Foro de Infancia y Adolescencia del Principado de Asturias:

- a) impulsar la participación infantil y adolescente para el conjunto de la Comunidad Autónoma;
- b) colaborar con el Observatorio en la organización de actos, proyectos y actividades en materia de infancia y adolescencia.

## 21.6.7. Los Puntos de Encuentro Familiar en el Principado de Asturias.

El derecho de relación que tienen los menores con sus familiares, figura dentro de los derechos reconocidos a las menores y a los menores.

En los últimos años, se ha puesto de relieve que el ejercicio de estos derechos se ha visto en numerosas ocasiones limitado, fundamentalmente por las consecuencias derivadas de procesos matrimoniales, o de otro tipo, conflictivos.

Se hace necesario habilitar espacios neutrales que permitan, al margen de las dificultades en la relación, entre la persona que ostenta la custodia y el progenitor o familiar no custodio, que los hijos e hijas puedan ver garantizado su derecho de relación con estas personas

Estarán sometidos a la regulación normativa establecida en el Decreto del año 2005<sup>955</sup>, los puntos de encuentro familiar gestionados por:

- la Administración del Principado de Asturias directamente, si se implantaran,
- entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro a través de convenios de colaboración,
- entidades de titularidad y gestión exclusivamente privadas.

Las personas usuarias del Punto de Encuentro Familiar son los miembros de las familias en las que existen problemas graves, relacionados con el cumplimiento del régimen de visitas, o situaciones de maltrato, en virtud de las cuales existe riesgo para alguno de sus miembros durante el cumplimiento del régimen de visitas, lo cual determina su derivación al Punto de Encuentro por la Autoridad judicial o administrativa.<sup>956</sup>

---

<sup>955</sup> Decreto del Principado de Asturias 93/2005, de 2 de septiembre, de los puntos de encuentro familiar en el Principado de Asturias.

<sup>956</sup> Artículo 6 del Decreto del Principado de Asturias 93/2005, de 2 de septiembre, de los puntos de encuentro familiar en el Principado de Asturias.



## 21.6.8. Los Equipos de Intervención Técnica de apoyo a la Familia.

Los Equipos de intervención Técnica de Apoyo a la Familia tienen por misión, apoyar a los servicios sociales municipales, en la ejecución de programas dirigidos a familias con hijos e hijas menores en situación de riesgo.<sup>957</sup>

Su objeto es mejorar las relaciones familiares y las competencias individuales de cada uno de sus miembros, a fin de evitar situaciones de desprotección del menor, para conseguir la permanencia en su medio, participando, asimismo, en la aplicación de medidas de protección.

## 21.6.9. Las Unidades de Atención Temprana.

Las unidades de atención temprana, constituyen un recurso para la atención infantil, cuyo objeto es facilitar, a través de equipos multiprofesionales especializados, un conjunto personalizado de medidas que proporcione a las niñas y niños con edades comprendidas generalmente entre 0 y 6 años, con trastornos en su desarrollo o riesgo de padecerlos, así como a sus familias, el apoyo necesario para que puedan desarrollar al máximo sus potencialidades.<sup>958</sup>

Para su acreditación, las unidades de atención temprana deberán ofrecer servicios de atención integral, dirigidos a niñas y niños, que presentan trastornos en su desarrollo, o que tienen riesgos de padecerlos, así como a sus familias, que incluyan al menos, tres programas de actuación:<sup>959</sup>

1. actuación preventiva o de seguimiento,
2. apoyo psicosocial,
3. apoyo intensivo o intervención terapéutica.

## 21.6.10. Guarderías infantiles.

La Convención sobre los Derechos del Niño<sup>960</sup> establece que los Estados Partes, adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños y las niñas cuyos padres y madres trabajan, tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda, y que estos reúnan las condiciones requeridas.

Las guarderías infantiles constituyen<sup>961</sup> centros de apoyo a la familia, en los que se imparte atención integral a niños y niñas de corta edad, facilitando al mismo tiempo la conciliación entre el mundo familiar y laboral.

Actualmente se regulan las condiciones y requisitos higiénico-sanitarios de los establecimientos destinados a guarderías infantiles, públicas o privadas, radicadas en el ámbito del Principado de Asturias, así como su régimen de autorización.<sup>962</sup>

---

<sup>957</sup> Artículo 21 del Decreto 49/2001, de 26 de abril, por el que se regula la organización y funcionamiento de los servicios sociales de la Administración del Principado de Asturias.

<sup>958</sup> Artículo 5 del Decreto 49/2001, de 26 de abril, por el que se regula la organización y funcionamiento de los servicios sociales de la Administración del Principado de Asturias.

<sup>959</sup> Artículo 20 de la Resolución de 22 de junio de 2009, de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda, por la que se desarrollan los criterios y condiciones para la acreditación de centros de atención de servicios sociales en el ámbito territorial del Principado de Asturias.

<sup>960</sup> Artículo 18.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>961</sup> Artículo 22 del Decreto 49/2001, de 26 de abril, por el que se regula la organización y funcionamiento de los servicios sociales de la Administración del Principado de Asturias.

<sup>962</sup> Decreto 47/1990, de 3 de mayo, por el que se regulan las condiciones y requisitos higiénico-sanitarios que deben cumplir los



### 21.6.11. Centros de día para menores.

Los centros de día para menores, constituyen<sup>963</sup> un recurso de apoyo a la familia, cuando ésta atraviesa una situación de especial dificultad para hacerse cargo de sus hijos e hijas menores en horario extraescolar, teniendo carácter complementario, con otras medidas de intervención social.

Los centros de día para menores, contarán con el personal educativo adecuado al número de usuarios, y a las actividades que realicen con los mismos.<sup>964</sup>

Cada centro de día contará con un proyecto de centro, en el que se plasmará de forma sistemática la planificación de las actividades a realizar en el mismo.

Así mismo, se elaborará un proyecto marco de centros de día de menores, en el que se establecerán las líneas generales de actuación de los de titularidad de la Administración del Principado de Asturias, o concertados con la misma.

También dispondrán, en su caso, de programas para la ejecución de las medidas, que fueran impuestas a los menores, en aplicación de la Ley que regula la responsabilidad penal de los menores.

## 21.7. LAS ENTIDADES DEL TERCER SECTOR DE ACCIÓN SOCIAL.

### 21.7.1. Delimitación genérica de las entidades del tercer sector de acción social.

Las entidades del tercer sector de acción social, son aquellas organizaciones de carácter privado, surgidas de la iniciativa ciudadana o social, bajo diferentes modalidades, que responden a criterios de solidaridad y participación social, con fines de interés general y ausencia de ánimo de lucro, que impulsan:

- el reconocimiento y el ejercicio de los derechos civiles,
- los derechos económicos, sociales o culturales de las personas y grupos que sufren:
  - condiciones de vulnerabilidad,
  - riesgo de exclusión social.

El objeto de la ley<sup>965</sup> que las regula es:

- a. reforzar su capacidad como interlocutoras ante la Administración General del Estado, respecto a las políticas sociales;
- b. definir las medidas de fomento que los poderes públicos podrán adoptar en su beneficio

---

establecimientos destinados a guarderías infantiles del Principado de Asturias, así como su régimen de autorización.

<sup>963</sup> Artículo 23 del Decreto 49/2001, de 26 de abril, por el que se regula la organización y funcionamiento de los servicios sociales de la Administración del Principado de Asturias.

<sup>964</sup> Artículo 58 y 59 del Decreto 79/2002, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de autorización, registro, acreditación e inspección de centros de atención de servicios sociales del Principado de Asturias.

<sup>965</sup> Artículo 1 de la Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social.



## 21.7.2. Las instituciones colaboradoras de integración familiar en el Principado de Asturias.

El papel de las distintas Administraciones Públicas es fundamental, pero no exclusivo, puesto que es muy relevante la cooperación con diversas instituciones privadas que realizan una importante labor en la atención a los menores, y constituyen una significativa muestra de solidaridad social.

Las entidades colaboradoras de integración familiar y las entidades colaboradoras de adopción internacional, deberán habilitarse para realizar las funciones que expresamente se determinen.

Remitirán a la Consejería competente una memoria anual,<sup>966</sup> para el adecuado ejercicio por la Administración Pública del Principado de Asturias, de las potestades que le corresponden, de inspección y control de las instituciones colaboradoras, y al objeto de comprobar que las actividades para las que han sido habilitadas se realizan en interés del menor.

En la Consejería competente existirá un Registro de instituciones colaboradoras existentes en el Principado de Asturias.<sup>967</sup>

Las distintas entidades colaboradoras podrán realizar las siguientes actividades.<sup>968</sup>

- Las instituciones colaboradoras de apoyo a la familia desarrollarán actividades encaminadas a:
  - evitar las posibles situaciones de desprotección, y graves carencias en el entorno socio-familiar del menor o de la menor, que pudieran menoscabar su desarrollo integral,
  - así como actividades de apoyo familiar, que habrán de favorecer la integración del menor en su familia de origen, satisfaciendo sus necesidades básicas, mejorando su medio familiar y manteniéndolo en el mismo.
- La actividad fundamental de las instituciones colaboradoras de guarda, consistirá en el ejercicio de las funciones inherentes a la guarda de los menores alojados, por decisión de la Administración del Principado de Asturias, en los centros de los que sean titulares, con el objetivo de favorecer su desarrollo personal, y su integración social y familiar.
- Las instituciones colaboradoras de mediación para la constitución de acogimientos familiares y adopciones, realizarán actividades de información, formación y captación de personas para la constitución de acogimientos familiares y, en su caso, de adopciones.
- Las entidades colaboradoras para la adopción internacional, intervendrán en funciones de mediación, solicitada por residentes en el territorio de la Comunidad Autónoma, de menores del Estado o Estados parte para los que hayan sido habilitadas, en las condiciones y términos señalados por la Entidad Pública habilitante.

---

<sup>966</sup> Artículo 6 del Decreto 5/1998, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de instituciones colaboradoras de integración familiar y de entidades colaboradoras de adopción internacional de Asturias.

<sup>967</sup> Artículo 12 y ss. del Decreto 5/1998, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de instituciones colaboradoras de integración familiar y de entidades colaboradoras de adopción internacional de Asturias.

<sup>968</sup> Artículo 10 del Decreto 5/1998, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de instituciones colaboradoras de integración familiar y de entidades Colaboradoras de adopción internacional de Asturias.



## 22 MENORES DE EDAD Y JUZGADOS Y TRIBUNALES.

### 22.1. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos <sup>969</sup>, concretiza ciertos derechos y libertades contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y crea una jurisdicción internacional competente, para condenar a los Estados que no respeten los compromisos asumidos con su ratificación.

El Tribunal lo componen el mismo número de Juezas o Jueces que Estados parte en el Convenio.

No obstante, si bien son elegidos los Jueces y las Juezas a título de Estado, sin embargo, forman parte del Tribunal a título individual y no representan al Estado.

El Convenio distingue dos tipos de demandas:

1. las demandas individuales, presentadas por un individuo, un grupo de individuos o una organización no gubernamental, si estiman que sus derechos han sido violados;
2. las demandas interestatales, interpuestas por un Estado contra otro Estado.

---

<sup>969</sup> Se abrió a la firma en Roma el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Ratificado por España el 4 de octubre de 1979 [BOE de 10 de octubre de 1979].





## 22.2. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

### 22.2.1. La Unión Europea.

La Unión Europea<sup>970</sup> es una asociación económica y política compuesta por veintiocho países.

La Unión Europea se basa en el Estado de Derecho; todas sus actividades se basan en los Tratados, acordados voluntaria y democráticamente por los países miembros.

Además, la Unión Europea se rige por el principio de democracia representativa:

- la ciudadanía está directamente representada en el Parlamento Europeo,
- los Estados miembros tienen su representación en el Consejo Europeo, (Jefes o Jefas de Estado o de Gobierno de los países), y en el Consejo de la Unión Europea, (Ministros o Ministras de cada país, en función del tema que se vaya a tratar).

La Unión Europea ha creado una moneda única europea, que es el euro.

Uno de sus principales objetivos es promover los derechos humanos, tanto dentro de sus fronteras como en el resto del mundo, para lo cual se han reunido todos estos derechos en un único documento, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Las instituciones de la Unión Europea están jurídicamente obligadas a defenderlos, al igual que los gobiernos nacionales cuando aplican la legislación de la Unión Europea.

### 22.2.2. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, garantiza que:

- la legislación de la Unión Europea se interprete y aplique de la misma manera en cada uno de los países miembros,
- los países miembros y las instituciones europeas, cumplan la legislación de la Unión Europea.

El Tribunal consta de tres órganos.

- El Tribunal de Justicia, que resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por los Tribunales nacionales y ciertos recursos.
- El Tribunal General, que resuelve los recursos de anulación que interponen los particulares, las empresas, y, en algunos casos, los gobiernos nacionales.
- El Tribunal de la Función Pública, que resuelve los litigios entre la Unión Europea y su personal.

---

<sup>970</sup> Web: europa.eu



## 22.3. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

El Tribunal Constitucional se compone de doce miembros y tiene jurisdicción en todo el territorio español.<sup>971</sup>

El Tribunal Constitucional<sup>972</sup> es competente para conocer de:

1. el recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley,
2. el recurso de amparo por violación de los derechos y libertades,
3. los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas,
4. las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.

Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el Boletín Oficial del Estado.<sup>973</sup>

## 22.4. EL PODER JUDICIAL EN ESPAÑA.

Uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico de España es la justicia.<sup>974</sup>

El Estado de Derecho, implica fundamentalmente:

- separación de los poderes del Estado,
- imperio de la Ley como expresión de la soberanía popular,
- sujeción de todos los poderes públicos, a la Constitución y al resto del ordenamiento, jurídico
- garantía procesal efectiva de los derechos fundamentales y de las libertades públicas.

El Estado de Derecho requiere así, la existencia de unos órganos que, institucionalmente caracterizados por su independencia, tengan un emplazamiento constitucional que les permita:

- a. ejecutar y aplicar imparcialmente las normas que expresan la voluntad popular,
- b. someter a todos los poderes públicos al cumplimiento de la Ley,
- c. controlar la legalidad de la actuación administrativa,
- d. ofrecer a todas las personas tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

El conjunto de órganos que desarrollan esa función constituye el Poder Judicial.<sup>975</sup>

---

<sup>971</sup> Título IX de la Constitución [artículos 159 a 165].

<sup>972</sup> Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

<sup>973</sup> Web: [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es)

<sup>974</sup> Artículo 1 de la Constitución.

<sup>975</sup> Título VI de la Constitución.



El Poder Judicial tiene encomendado en exclusiva, el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, siendo sus errores en su actividad jurisdiccional, únicamente corregidos por la vía de los recursos, quedando excluida la posibilidad de circulares o instrucciones con carácter general, y relativas a la aplicación o interpretación de la ley.

El ejercicio de la potestad jurisdiccional se atribuye a los siguientes Juzgados y Tribunales.<sup>976</sup>

- Juzgados de Paz.
- Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Mercantil, de Violencia sobre la Mujer, de lo Penal, de lo Contencioso-administrativo, de lo Social, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria.
- Audiencias Provinciales.
- Tribunales Superiores de Justicia.
- Audiencia Nacional.
- Tribunal Supremo.

## **22.5.** MEDIDAS DEL ARTÍCULO 158 DEL CÓDIGO CIVIL: ACTUACIONES JUDICIALES EN INTERÉS DE CUALQUIER MENOR.

### **22.5.1.** Aspectos generales.

El artículo 158 del Código Civil dispone la posibilidad de adoptar judicialmente diversas medidas en interés de los menores.

Estas medidas las puede acordar la Jueza o el Juez:

1. de oficio,
2. a instancia del propio hijo o hija,
3. a instancia de cualquier pariente,
4. a petición del Ministerio Fiscal.

Se pueden adoptar en:

- cualquier proceso civil,
- cualquier proceso penal,
- en un expediente de jurisdicción voluntaria.

Se podrán adoptar cualesquiera medidas y disposiciones que consideren oportunas, a fin de apartar a una menor o a un menor de un peligro, o de evitarle perjuicios en su entorno familiar, o frente a terceras personas.

---

<sup>976</sup> Artículo 26 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.



Estas medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 del Código Civil, podrán ser acordadas también por la Jueza o el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado o interesada, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores, en cuanto lo requiera el interés de éstos.<sup>977</sup>

Si se tratara de menores que estén bajo la tutela de la Entidad Pública, estas medidas solo podrán ser acordadas:

- de oficio,
- a instancia de la Entidad Pública,
- a petición del Ministerio Fiscal,
- a instancia del propio menor.

En este caso, existirá por tanto una limitación de la legitimación activa para solicitar estas medidas en el caso de los menores que estén bajo la tutela de la Entidad Pública.<sup>978</sup>

La Entidad Pública será parte en el procedimiento, y las medidas acordadas serán comunicadas a la Entidad Pública, la cual dará traslado de dicha comunicación a la Directora o al Director del centro residencial o a la familia acogedora.<sup>979</sup>

Se garantizará por la Jueza o por el Juez, que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses.

Todas estas medidas se aplicarán con respeto al principio de proporcionalidad.

El Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública en caso de posible desamparo del menor o de la menor.

Estas medidas<sup>980</sup>, parten de los principios de agilidad e inmediatez, aplicables a los incidentes cautelares que afecten a menores, para evitar perjuicios innecesarios que puedan derivarse de rigideces o encorsetamientos procesales, permitiendo adoptar mecanismos protectores:

- respecto al menor víctima de malos tratos,
- con los que, sin ser víctimas, puedan encontrarse en situación de riesgo.

---

<sup>977</sup> Artículo 216.2 del Código Civil.

<sup>978</sup> Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>979</sup> Artículo 216.3 del Código Civil.

<sup>980</sup> Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.



## 22.5.2. Las medidas que se pueden adoptar por el 158 del Código Civil.

Además de cualesquiera aquellas medidas y disposiciones que pueda adoptar con carácter general, el Juez o la Jueza, al considerarlas oportunas a fin de apartar al menor de un peligro, o para evitarle perjuicios al menor, podrá dictar, en especial, las siguientes:

- las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos, y proveer a las futuras necesidades del hijo o hija, en caso de incumplimiento de este deber por sus padres;
- las disposiciones apropiadas a fin de evitar a las hijas y los hijos perturbaciones dañosas, en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda;
- las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos e hijas menores, por alguno de los progenitores o por terceras personas;
- la prohibición de salida del territorio nacional del menor, salvo autorización judicial previa;
- la prohibición de expedición del pasaporte al menor o a la menor, o retirada del mismo si ya se hubiese expedido;
- el sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor;
- la medida de prohibición a los progenitores, tutores, otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio, o centro educativo, y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad;
- la medida de prohibición de comunicación con el menor o la menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación, o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad.

## 22.6. PROCESOS SOBRE FILIACIÓN, MATRIMONIO Y MENORES.

### 22.6.1. Disposiciones generales para estos procesos.

Serán aplicables las disposiciones generales siguientes en los siguientes procesos judiciales que versen sobre:<sup>981</sup>

- capacidad de las personas;
- filiación, paternidad y maternidad;
- nulidad del matrimonio, separación y divorcio y los de modificación de medidas adoptadas en ellos;
- los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores, o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro, en nombre de las hijas y los hijos menores;
- los que versen sobre medidas relativas a la restitución de menores, en los supuestos de sustracción internacional;
- los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores;
- los que versen sobre necesidad de asentimiento a la adopción.

<sup>981</sup> Artículo 748 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.



El Ministerio Fiscal velará en estos procesos para la salvaguarda del interés superior de la persona afectada.

Será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor.<sup>982</sup>

Fuera de los casos en que, conforme a la Ley, deban ser defendidos por el Ministerio Fiscal, las partes actuarán en estos procesos con asistencia de Abogado o Abogada y representadas por Procurador o Procuradora.<sup>983</sup>

Otra característica de estos procesos es la indisponibilidad del objeto del proceso:

- no surtirá efecto la renuncia, el allanamiento o la transacción, salvo que tal renuncia, allanamiento o transacción verse sobre materias sobre las que las partes puedan disponer libremente,
- el desistimiento en los casos en que existan menores requerirá la conformidad del Ministerio Fiscal,<sup>984</sup>
- se decidirán, con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieran sido alegados, o introducidos de otra manera en el procedimiento,
- el Tribunal podrá decretar de oficio, cuantas pruebas estime pertinentes, sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal.<sup>985</sup>
- la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al Tribunal, ni podrá éste decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad, o en el silencio, o en respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria,
- el Tribunal tampoco estará vinculado en estos procesos, a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos.

Los procesos anteriores, salvo que expresamente se disponga otra cosa, se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, pero el Secretario Judicial dará traslado de la demanda al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la Ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que contesten la demanda en el plazo de veinte días.

En las celebraciones, vistas y comparecencias de estos procesos, una vez practicadas las pruebas, el Tribunal permitirá a las partes formular oralmente sus conclusiones.

Estos procesos serán de tramitación preferente, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor.<sup>986</sup>

Otra característica de estos procesos es la exclusión de la publicidad.<sup>987</sup>

Los Tribunales podrán decidir, mediante providencia, de oficio o a instancia de parte, que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas, siempre que las circunstancias lo aconsejen.

---

<sup>982</sup> Artículo 749 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>983</sup> Artículo 750 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>984</sup> Artículo 751 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>985</sup> Artículo 752 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>986</sup> Artículo 753 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>987</sup> Artículo 754 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.



El Secretario Judicial acordará, cuando proceda, que las sentencias y demás resoluciones dictadas en estos procedimientos, se comuniquen de oficio a los Registros Civiles para la práctica de los asientos que correspondan.

A petición de parte, se comunicarán también a cualquier otro Registro Público a los efectos que en cada caso procedan.<sup>988</sup>

La Audiencia Provincial de Granada estimó el recurso de apelación formulado por la madre biológica de unos menores y, revocó la sentencia dictada en primera instancia, dejando sin efecto la resolución sobre acogimiento familiar preadoptivo adoptada sobre aquellos. El Tribunal Supremo<sup>989</sup> desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y estima el recurso de casación interpuesto por la Entidad Pública, y acuerda confirmar la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia que aprobó la propuesta de acogimiento familiar preadoptivo. El Tribunal Supremo resuelve que debe prevalecer el superior interés de los niños, desamparados hace más de cinco años. El informe de seguimiento de su acogimiento manifiesta que se encuentran seguros, que se han vinculado con la familia acogedora y que tienen sentido de pertenencia a ésta y que un cambio en su situación les podría suponer un notable desajuste psicológico. Conocen su proceso de protección, estando deseosos de que llegue el momento de que su adopción sea plena. Aunque la resolución dictada en primera instancia debió adoptar la forma de sentencia, no ha existido efectiva indefensión, porque al haberse admitido el recurso de apelación se ha subsanado la infracción denunciada.

No serán en ningún caso susceptibles de ejecución provisional las sentencias dictadas en los procesos sobre:<sup>990</sup>

- paternidad, maternidad y filiación,
- nulidad de matrimonio, separación y divorcio,
- capacidad y estado civil,
- oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores,
- las medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional.

Se recoge así, de forma expresa, clara y terminante, tras la reforma de la legislación de infancia del año 2015<sup>991</sup>, la prohibición de ejecución provisional de las sentencias que se dicten en los procesos de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, con el fin de evitar los perjuicios que para el menor de edad supondría la revocación de una sentencia de esta naturaleza, que se estuviera ejecutando provisionalmente.

Cuando la sentencia dictada en primera instancia decide revocar una medida de protección, y la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal recurren, el interés superior del menor exige que no se modifique su estatus, hasta que la cuestión no sea resuelta en segunda instancia, pues otro proceder podría lesionar gravemente sus derechos, y perturbar la necesaria estabilidad en sus relaciones familiares.

<sup>988</sup> Artículo 755 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>989</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala Primera de lo Civil, de fecha 2 de diciembre de 2015, (LA LEY 192072/2015).

<sup>990</sup> Artículo 525.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>991</sup> Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.



## 22.6.2. Los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad.<sup>992</sup>

En los casos previstos en la legislación civil, se podrá:

1. pedir de los Tribunales la determinación legal de la filiación,
2. impugnar ante ellos la filiación legalmente determinada.

Los Tribunales rechazarán la admisión a trámite de cualquier demanda, que pretenda:

- la impugnación de la filiación declarada por sentencia firme,
- la determinación de una filiación contradictoria con otra, que hubiere sido también establecida por sentencia firme.

Si la existencia de dicha sentencia firme se acreditare una vez iniciado el proceso, el Tribunal procederá de plano al archivo de éste.

Las acciones de determinación o de impugnación de la filiación que, conforme a lo dispuesto en la legislación civil, correspondan al hijo o hija menor de edad, podrán ser ejercitadas indistintamente por:

1. su representante legal
2. el Ministerio Fiscal.

En estos procesos, si no hubieran interpuesto ellos la demanda, serán parte demandada:

- las personas que en ésta se atribuya la condición de progenitores y de hijo o hija, cuando se pida la determinación de la filiación,
- y quienes aparezcan como progenitores y como hija o hijo, en virtud de la filiación legalmente determinada, cuando se impugne ésta.

En ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación e impugnación de la filiación, si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funda.

En los juicios sobre filiación, será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad, mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.

Aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte:

- del reconocimiento expreso o tácito,
- de la posesión de estado,
- de la convivencia con la madre en la época de la concepción,
- de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo.

---

<sup>992</sup> Artículos 764 y ss de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.



La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad, permitirá al Tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que:

1. existan otros indicios de la paternidad o maternidad,
2. la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios.

Mientras dure el procedimiento por el que se impugne la filiación, el Tribunal adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes, del sometido a la potestad del que aparece como progenitor.

Reclamada judicialmente la filiación, el Tribunal podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado y, en su caso, adoptar las medidas cautelares que procedan.

Como regla, las medidas anteriores se acordarán previa audiencia de las personas que pudieran resultar afectadas.

No obstante, cuando concurran razones de urgencia, se podrán acordar las medidas sin más trámites, y el Secretario Judicial mandará citar a los interesados a una comparecencia, en la que, tras oír las alegaciones de los comparecientes, sobre la procedencia de las medidas adoptadas, resolverá el Tribunal lo que proceda.

### 22.6.3. Procesos matrimoniales.

A) El Tribunal competente, por regla general, será el Juzgado de Primera Instancia del lugar:

- del domicilio conyugal
- o del último domicilio común conyugal, sin perjuicio de ciertas especialidades.<sup>993</sup>

B) Las demandas de separación, nulidad y divorcio, en general, y salvo especialidades, se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, con sujeción a reglas específicas como las siguientes:<sup>994</sup>

- a la demanda habrá que acompañar una serie de documentación necesariamente, como por ejemplo, la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos e hijas en el Registro Civil, así como los documentos que permitan evaluar la situación económica de los cónyuges, si se solicitaran medidas de carácter patrimonial, entre otros documentos;
- a la vista deberán concurrir las partes por sí mismas, con apercibimiento de que su incomparecencia sin causa justificada, podrá determinar que se consideren admitidos hechos alegados por la parte que comparezca;
- también será obligatoria la presencia de los abogados y de las abogadas;
- el Tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos e hijas menores;

<sup>993</sup> Artículo 769 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>994</sup> Artículo 770 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.



- si el procedimiento fuera contencioso y se estime necesario, de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico judicial o del propio menor, se oirá a las hijas y a los hijos menores si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años;
- en las exploraciones de menores en los procedimientos civiles, se garantizará por el juez, que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio especialista, cuando ello sea necesario;
- en cualquier momento del proceso, las partes podrán solicitar que continúe el procedimiento por el trámite de mutuo acuerdo;
- las partes, de común acuerdo, podrán solicitar la suspensión del proceso para someterse a mediación.

C) Se tramitarán por el procedimiento establecido específico,<sup>995</sup> las peticiones de separación o divorcio presentadas:

- de común acuerdo por ambos cónyuges,
- o por uno con el consentimiento del otro.

Si hubiera hijos o hijas menores, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal, sobre los términos del convenio relativos a éstos, y oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio, cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor.

La sentencia o el auto que aprueben en su totalidad la propuesta de convenio, sólo podrán ser recurridos, en interés de las hijas o de los hijos menores, por el Ministerio Fiscal.

D) El cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio, puede solicitar medidas provisionales previas.

Estas medidas sólo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a su adopción, se presenta la demanda de nulidad, separación o divorcio.<sup>996</sup>

E) El cónyuge que solicite la nulidad de su matrimonio, la separación o el divorcio, podrá pedir en la demanda, lo que considere oportuno sobre las medidas provisionales a adoptar, siempre que no se hubieren adoptado con anterioridad.<sup>997</sup>

También podrá solicitar medidas provisionales el cónyuge demandado, cuando no se hubieran adoptado con anterioridad, o no hubieran sido solicitadas por el actor.

Las medidas provisionales quedarán sin efecto:

- cuando sean sustituidas por las que establezca definitivamente la sentencia,
- cuando se ponga fin al procedimiento de otro modo.

El Tribunal resolverá en la sentencia sobre las medidas solicitadas de común acuerdo por los cónyuges, tanto si ya hubieran sido adoptadas, en concepto de provisionales, como si se hubieran propuesto con posterioridad.<sup>998</sup>

<sup>995</sup> Artículo 777 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>996</sup> Artículo 771 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento Civil.

<sup>997</sup> Artículo 773 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>998</sup> Artículo 774 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.



En defecto de acuerdo de los cónyuges, o en caso de no aprobación del mismo, el Tribunal determinará, en la propia sentencia, las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con:

- los hijos e hijas,
- la vivienda familiar,
- las cargas del matrimonio,
- la disolución del régimen económico,
- las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan, si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna.

F) Los recursos que, conforme a la Ley, se interpongan contra la sentencia, no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran acordado en ésta.

G) El Ministerio Fiscal, habiendo hijos e hijas menores y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del Tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges, o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que se hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas.<sup>999</sup>

H) El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá lugar a la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y visitas.<sup>1000</sup>

## 22.6.4. Procesos de menores.

### 22.6.4.1. Procedimiento judicial para el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos.<sup>1001</sup>

La regulación actual, incorpora un procedimiento ágil, sencillo y detallado, para la obtención de la autorización judicial del ingreso de un menor en un centro de protección específico de menores con problemas de conducta, a fin de legitimar las restricciones a su libertad y derechos fundamentales que la medida pueda comportar.

La Entidad Pública, que ostente la tutela o la guarda de un menor, y el Ministerio Fiscal, estarán legitimados para solicitar la autorización judicial para el ingreso de la menor o del menor en estos centros de protección específicos para menores con problemas de conducta, debiendo acompañar a la solicitud la valoración psicosocial que lo justifique.

La autorización judicial será obligatoria y deberá ser previa a dicho ingreso, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida.

---

<sup>999</sup> Artículo 775 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>1000</sup> Artículo 776 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>1001</sup> Artículo 778 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.



En este caso, la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal deberán comunicarlo al Juzgado competente, dentro de las veinticuatro horas siguientes, a los efectos de que proceda la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas, desde que llegue el ingreso a conocimiento del Juzgado, dejándose de inmediato sin efecto el ingreso en caso de que no sea autorizado.

Serán competentes para autorizar el ingreso de una menor o de un menor en dichos centros, así como para ratificar la medida adoptada de forma urgente, los Juzgados de Primera Instancia del lugar donde radique el centro.

El Juzgado, para conceder la autorización o ratificar el ingreso ya efectuado, deberá oír:

- al menor, quien deberá ser informado sobre el ingreso en formatos accesibles, y en términos que le sean comprensibles, y adaptados a su edad y circunstancias;
- a la Entidad Pública;
- a los progenitores o tutores que ostentaren la patria potestad o tutela;
- a cualquier persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada.

Se emitirá también informe por el Ministerio Fiscal.

Además, el Juzgado recabará, al menos, dictamen de un facultativo por él designado, sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que considere relevante para el caso, o le sea instada.

La autorización o ratificación del ingreso, únicamente procederá cuando no resulte posible atender, de forma adecuada, al menor, en unas condiciones menos restrictivas.

Frente a la resolución que el Juzgado adopte en relación con la autorización o ratificación del ingreso, podrá interponerse recurso de apelación por el menor afectado, la Entidad Pública, el Ministerio Fiscal, o los progenitores o tutores que sigan teniendo legitimación para oponerse a las resoluciones en materia de protección de menores.

El recurso de apelación no tendrá efecto suspensivo.

En la misma resolución en que se acuerde el ingreso, se expresará la obligación de la Entidad Pública y de la Directora o del Director del Centro, de informar periódicamente al Juzgado y al Ministerio Fiscal, sobre las circunstancias del menor y la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes, que la Jueza o el Juez pueda requerir cuando lo crea pertinente.

Los informes periódicos serán emitidos cada tres meses, a no ser que la Jueza o el Juez, atendida la naturaleza de la conducta que motivó el ingreso, señale un plazo inferior.

Transcurrido el plazo y recibidos los informes de la Entidad Pública y de la Directora o del Director del Centro, el Juzgado, previa la práctica de las actuaciones que estime imprescindibles, y oído el menor y el Ministerio Fiscal, acordará lo procedente sobre la continuación o no del ingreso.

El control periódico de los ingresos, corresponderá al Juzgado de Primera Instancia del lugar donde radique el centro.



En caso de que el menor fuera trasladado a otro centro de protección específico de menores con problemas de conducta, no será necesaria una nueva autorización judicial, pasando a conocer del procedimiento el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique el nuevo centro.

La decisión de traslado será notificada a las personas interesadas, al menor o a la menor, y al Ministerio Fiscal, quienes podrán recurrirla ante el órgano que esté conociendo del ingreso, el cual resolverá tras recabar informe del centro, y previa audiencia de las personas interesadas, del menor y del Ministerio Fiscal.

Los menores no permanecerán en el centro, más tiempo del estrictamente necesario, para atender a sus necesidades específicas.

El cese será acordado por el órgano judicial competente:

- de oficio,
- a propuesta de la Entidad Pública,
- a propuesta del Ministerio Fiscal.

Esta propuesta estará fundamentada en un informe psicológico, social y educativo.

El menor será informado de las resoluciones que se adopten.

#### **22.6.4.2.** Entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de las medidas de protección de menores.<sup>1002</sup>

Se regula un procedimiento ágil y detallado.

El procedimiento garantiza tanto la intervención del Ministerio Fiscal, como la audiencia del titular del domicilio interesado, sin que este trámite pueda constituir un obstáculo o dilación indebida para la resolución judicial, atendida la urgencia de cada caso.

Es cierto que estas autorizaciones son solicitadas normalmente, en circunstancias en las que las medidas de protección deben ser ejecutadas con urgencia, exigiendo celeridad en su resolución, lo que queda garantizado con la posibilidad de que el Juez o la Jueza adopten de forma inmediata tal resolución, siempre que se justifique esa necesidad.

La Entidad Pública deberá solicitar al Juzgado de Primera Instancia con competencia en el lugar donde radique su domicilio, autorización para la entrada en domicilios y restantes edificios y lugares, cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular u ocupante, cuando ello sea necesario para la ejecución forzosa de las medidas adoptadas por ella para la protección de un menor.

Cuando se trate de ejecución de un acto confirmado por una resolución judicial, la solicitud se dirigirá al órgano que la hubiera dictado.

---

<sup>1002</sup> Artículo 778 ter de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.



La solicitud se iniciará por escrito en el que se harán constar, al menos, los siguientes extremos:

- la resolución administrativa o el expediente que haya dado lugar a la solicitud;
- el concreto domicilio o lugar al que se pretende acceder, y la identidad del titular u ocupante del mismo, y cuyo acceso requiera su consentimiento;
- la justificación de que se ha intentado recabar dicho consentimiento sin resultado o con resultado negativo; en el caso de que ello no resulte procedente, se hará constar dicha circunstancia de manera razonada en el escrito de solicitud, sin que sea necesaria la aportación de la referida justificación;
- la necesidad de dicha entrada, para la ejecución de la resolución de la Entidad Pública.

Presentada por la Entidad Pública la solicitud, la persona titular de la Secretaría Judicial, en el mismo día, dará traslado de ella al titular u ocupante del domicilio o edificio, para que en el plazo de veinticuatro horas siguientes, alegue lo que a su derecho convenga exclusivamente sobre la procedencia de conceder a la autorización.

No obstante, cuando la Entidad Pública así lo pida, de forma razonada, y acredite que concurren razones de urgencia para acordar la entrada, el Juez o la Jueza podrán acordarla mediante auto dictado de forma inmediata y, en todo caso, en el plazo máximo de veinticuatro horas siguientes a la recepción de la solicitud, previo informe del Ministerio Fiscal:

- bien porque la demora en la ejecución de la resolución administrativa pudiera provocar un riesgo para la seguridad del menor o de la menor,
- bien porque exista afectación real e inmediata de sus derechos fundamentales.

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.

Presentado el escrito de alegaciones por el interesado, o transcurrido el plazo sin hacerlo, la Jueza o el Juez acordará o denegará la entrada por auto en el plazo máximo de las veinticuatro horas siguientes, previo informe del Ministerio Fiscal, tras valorar:

- la concurrencia, en su caso, de las razones de urgencia,
- las razones que han aconsejado adoptar la medida sin oír al interesado,
- la competencia de la Entidad Pública para dictar el acto que se pretende ejecutar,
- la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la entrada solicitada para alcanzar el fin perseguido con la medida de protección.

En el auto en el que se autorice la entrada se harán constar los límites materiales y temporales para la realización de la misma, que serán los estrictamente necesarios para la ejecución de la medida de protección.

El testimonio del auto en que se autorice la entrada será entregado a la Entidad Pública solicitante para que proceda a realizarla.

El auto será notificado sin dilación a las partes que hubieran intervenido en el procedimiento y, de no haber intervenido, o de no ser posible la notificación antes de la realización de la diligencia de entrada, el Secretario Judicial o la Secretaria Judicial procederán a su notificación al practicar la diligencia.



Contra el auto en que se acuerde o deniegue la autorización, aun cuando se hubiera dictado sin previa audiencia del interesado, cabrá recurso de apelación, sin efecto suspensivo, que deberá ser interpuesto en el plazo de los tres días siguientes, contados desde la notificación del auto, al que se dará una tramitación preferente.

Aún denegada la solicitud, la Entidad Pública podrá reproducir la misma si cambiaran las circunstancias existentes en el momento de la petición.

### **22.6.4.3.** Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional.<sup>1003</sup>

Este procedimiento se utilizará en los supuestos en que:

- siendo aplicables un convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea,
- se pretenda la restitución de un menor, o su retorno al lugar de procedencia por haber sido objeto de un traslado o retención ilícito,
- se encuentre en España.

No será de aplicación, en los supuestos en los que el menor procediera de un Estado que:

- no forma parte de la Unión Europea,
- ni sea parte de algún Convenio internacional.

En estos procesos, será competente el Juzgado de Primera Instancia de la capital de la provincia, con competencias en materia de derecho de familia, en cuya circunscripción se halle el menor o la menor, que haya sido objeto de un traslado o retención ilícitos.

Podrán promover el procedimiento:

- la persona, institución u organismo que tenga atribuida la guarda y custodia o un régimen de estancia o visitas, relación o comunicación del menor,
- la Autoridad Central española encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el correspondiente convenio, en su caso, y, en representación de ésta, la persona que designe dicha autoridad.

El procedimiento tendrá carácter urgente y preferente.

En este tipo de procesos, y con la finalidad de facilitar las comunicaciones judiciales directas entre órganos jurisdiccionales de distintos países, si ello fuera posible y el Juez o la Jueza lo considerasen necesario, podrá recurrirse al auxilio de:

---

<sup>1003</sup> Artículo 778 quáter de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.



- las Autoridades Centrales implicadas,
- las Redes de Cooperación Judicial Internacional existentes,
- los miembros de la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya,
- los Jueces de Enlace.

La Jueza o el Juez podrá acordar a lo largo de todo el proceso, de oficio, a petición de quien promueva el procedimiento o del Ministerio Fiscal, las medidas cautelares oportunas y de aseguramiento de la persona menor de edad que estime pertinentes.

Del mismo modo podrá acordar que durante la tramitación del proceso, se garanticen los derechos de estancia o visita, relación y comunicación del menor con el demandante, incluso de forma supervisada, si ello fuera conveniente a los intereses de la menor o del menor.

Antes de adoptar cualquier decisión relativa a la procedencia o improcedencia de la restitución del menor, o su retorno al lugar de procedencia, el Juez o la Jueza, en cualquier momento del proceso, y en presencia del Ministerio Fiscal, oirá separadamente al menor, a menos que la audiencia del mismo no se considerase conveniente, atendiendo a la edad o grado de madurez del mismo, lo que se hará constar en resolución motivada.<sup>1004</sup>

En la exploración del menor se garantizará que sea oído:

- en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses,
- sin interferencias de otras personas,
- con el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario.

Esta actuación podrá realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar.

En cualquier momento del proceso, ambas partes podrán solicitar la suspensión del mismo para someterse a mediación.

También el Juez o la Jueza podrá en cualquier momento, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, proponer una solución de mediación si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo, sin que ello deba suponer un retraso injustificado del proceso.

La Entidad Pública que tenga las funciones de protección del menor, puede intervenir como mediadora, si así se solicitase de oficio, por las partes o el Ministerio Fiscal.

---

<sup>1004</sup> Artículo 778 quinquies de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.



#### 22.6.4.4. Declaración de ilicitud de un traslado o retención internacional.

La Convención sobre los Derechos del Niño <sup>1005</sup> dispone que los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños y niñas al extranjero y la retención ilícita de niños y niñas en el extranjero.

Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales, o la adhesión a acuerdos existentes.

Cuando un menor con residencia habitual en España, sea objeto de un traslado o retención internacional, conforme a lo establecido en el correspondiente convenio o norma internacional aplicable, cualquier persona interesada, al margen del proceso que se inicie para pedir su restitución internacional, podrá dirigirse en España a la Autoridad Judicial competente para conocer del fondo del asunto, con la finalidad de obtener una resolución que especifique que el traslado, o la retención, lo han sido ilícitos, a cuyo efectos podrán utilizarse:

- los cauces procesales para la adopción de medidas definitivas o provisionales en España,
- las medidas del artículo 158 del Código Civil. <sup>1006</sup>

La Autoridad competente en España para emitir una decisión, o una certificación del Convenio de la Haya <sup>1007</sup>, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito, cuando ello sea posible, lo será:

- la última Autoridad Judicial que haya conocido en España de cualquier proceso sobre responsabilidad parental afectante al menor,
- en defecto de ello, será competente el Juzgado de Primera instancia del último domicilio del menor en España.

#### 22.6.4.5. Procedimiento judicial de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

Se establece un mismo procedimiento para la oposición a todas las resoluciones administrativas, con independencia de su contenido o de las personas afectadas, ampliándose la legitimación activa. <sup>1008</sup>

No será necesaria reclamación previa en vía administrativa, <sup>1009</sup> para formular oposición ante los Tribunales civiles a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Los procedimientos en que se sustancie la oposición a la resolución administrativa en materia de protección de menores tendrán carácter preferente. <sup>1010</sup>

<sup>1005</sup> Artículo 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>1006</sup> Artículo 778 sexies de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>1007</sup> Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, 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.

<sup>1008</sup> Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>1009</sup> Artículo 780 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>1010</sup> Artículo 779 780 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.



Será competente para conocer de los mismos el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la Entidad Pública y, en su defecto, el Tribunal del domicilio del adoptante.

La oposición a las mismas podrá formularse en el plazo de dos meses desde su notificación.

Se unifica el plazo a dos meses para formular oposición, respecto a todas las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, eliminando la diferenciación que se hacía antes de la reforma de 2015, respecto a las declaraciones de desamparo.

Estarán legitimados para formular oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, siempre que tengan interés legítimo y directo en tal resolución:

- los menores o las menores afectados por la resolución,
- los progenitores, tutores, acogedores y guardadores,
- el Ministerio Fiscal,
- aquellas personas que expresamente la Ley les reconozca tal legitimación.

Aunque no fueran actores, podrán personarse en cualquier momento en el procedimiento, sin que se retrotraigan las actuaciones.

Los menores tendrán derecho a ser parte y ser oídos en el proceso.

Ejercitarán sus pretensiones en relación a las resoluciones administrativas que les afecten, a través de:

- sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos,
- la persona que se designe como su defensor o defensora para que les represente.

El proceso de oposición a una resolución administrativa en materia de protección de menores, se iniciará mediante la presentación de un escrito inicial, en que el actor sucintamente expresará la pretensión y la resolución a que se opone.

En el escrito consignará expresamente:

- la fecha de notificación de la resolución administrativa,
- si existen procedimientos relativos a ese menor.

La persona titular de la Secretaría Judicial reclamará a la Entidad administrativa un testimonio completo del expediente, que deberá ser aportado en el plazo de veinte días.

Recibido el testimonio del expediente administrativo, el Secretario Judicial emplazará al actor por veinte días para que presente la demanda, que se tramitará con arreglo a las normas de juicio verbal<sup>1011</sup> con ciertas especialidades.

---

<sup>1011</sup> Artículo 753 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.



Se procederá de oficio, o a petición de parte, a la acumulación en un mismo proceso judicial, de aquellos procedimientos distintos de oposición a resoluciones administrativas relativas a la protección de un mismo menor:

- esta medida de acumulación de distintos procedimientos, relativos a un mismo menor, tiene la finalidad de fortalecer el principio de celeridad, vital en los procesos en los que se resuelve sobre intereses de menores, y con el objeto de evitar resoluciones contradictorias,<sup>1012</sup>
- todos los procesos que se sigan respecto de un mismo menor de edad, se acumularán al más antiguo de ellos, y serán seguidos y resueltos, con la debida economía procesal, por el mismo Juzgado,
- puede ser promovida, incluso de oficio, por el Juzgado que tenga conocimiento de la existencia de un segundo o posterior proceso.<sup>1013</sup>

## **22.6.4.6.** Procedimientos en materia de adopción de menores.

### **22.6.4.6.1.** Expedientes de jurisdicción voluntaria sobre adopción tramitados por la Entidad Pública.

En los expedientes sobre adopción<sup>1014</sup>, será competente el Juzgado de Primera Instancia correspondiente a la sede de la Entidad Pública, que tenga encomendada la protección del adoptando.

La tramitación del expediente de adopción tendrá carácter preferente, y se practicará con la intervención del Ministerio Fiscal.

El expediente comenzará con el escrito de propuesta de adopción formulada por la Entidad Pública.

En esta propuesta de adopción, se expresarán especialmente:

- A) las condiciones personales, familiares y sociales, y los medios de vida del adoptante o adoptantes asignados, y sus relaciones con el adoptando, con detalle de las razones que justifiquen la elección de aquel o aquellos;
- B) en su caso, y cuando hayan de prestar su asentimiento o ser oídos, el último domicilio conocido del cónyuge del adoptante, o de la persona a que esté unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, o el de los progenitores, tutor, familia acogedora o guardadores del adoptando;
- C) si unos y otros han formulado su asentimiento ante la Entidad Pública, o en documento público.

Con la propuesta para la adopción, se presentarán:

- los documentos a que se refieren los apartados anteriores,
- la declaración previa de idoneidad del adoptante para el ejercicio de la patria potestad, emitida por la Entidad Pública, si procediere,
- y cuantos informes o documentos se juzguen oportunos.

<sup>1012</sup> Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>1013</sup> Artículo 76 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>1014</sup> Capítulo III del Título II de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria [artículos 33 a 42: "De la adopción"].



### 22.6.4.6.2. Expedientes de jurisdicción voluntaria sobre adopción no tramitados por la Entidad Pública, y si tramitados directamente por los adoptantes.

En los expedientes sobre adopción, será competente el Juzgado de Primera Instancia correspondiente al domicilio del adoptante.

La tramitación del expediente de adopción tendrá carácter preferente y se practicará con la intervención del Ministerio Fiscal.

No será preceptiva la asistencia de Abogado ni Procurador.

El expediente comenzará con la solicitud del adoptante, cuando estuviera legitimado para ello.

En los supuestos en que no se requiera propuesta previa de la Entidad Pública, el ofrecimiento para la adopción del adoptante se presentará por escrito, en que expresará:

- las indicaciones contenidas en los apartados A), B) y C) del apartado anterior, en cuanto fueren aplicables,
- las alegaciones y pruebas conducentes a demostrar que en el adoptando concurre alguna de las circunstancias exigidas por la legislación.<sup>1015</sup>

Con el ofrecimiento para la adopción, se presentarán los documentos a que se refieren los apartados anteriores, y cuantos informes o documentos se juzguen oportunos.

### 22.6.4.6.3. Aspectos comunes de tramitación.

En el expediente, la persona titular de la Secretaría Judicial citará, para manifestar su consentimiento en presencia del Juez o Jueza:

- al adoptante o adoptantes,
- al adoptando si fuera mayor de doce años.<sup>1016</sup>

También deberán ser citados, quienes deban prestar el asentimiento a la adopción ante la Jueza o el Juez.<sup>1017</sup>

No serán citados aquellos que, siendo necesario su asentimiento:

- lo hubieran prestado con anterioridad a la iniciación del expediente ante la correspondiente Entidad Pública,
- lo hubieran prestado con anterioridad en documento público,
- no hubieran transcurrido más de seis meses desde que lo hicieron.

<sup>1015</sup> Artículo 35.3 de la ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

<sup>1016</sup> Artículo 36 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

<sup>1017</sup> Artículo 177.2 del Código Civil.



Si los progenitores pretendieran que se les reconozca la necesidad de prestar su asentimiento a la adopción, deberán ponerlo de manifiesto en el expediente.

El Secretario o Secretaria Judicial acordará la suspensión del expediente, y otorgará un plazo de quince días para la presentación de la demanda, de la que conocerá el mismo Tribunal.

Presentada la demanda dentro de plazo, dictará decreto declarando contencioso el expediente de adopción, y acordará seguir su tramitación conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil <sup>1018</sup>.

Si no se presentara demanda en el plazo fijado, dictará decreto dando por finalizado el trámite, y alzando la suspensión del expediente de adopción.

El decreto será recurrible directamente en revisión ante el Tribunal.

Firme dicha resolución, no se admitirá ninguna reclamación posterior de los mismos sujetos, sobre necesidad de asentimiento para la adopción de que se trate.

Asimismo también deberán ser citados, quienes deban ser oídos por el Juez o la Jueza en el expediente. <sup>1019</sup>

Si en la propuesta de adopción, o en el ofrecimiento para la adopción, no constare el domicilio de los que deban ser citados, el Secretario o Secretaria Judicial practicará inmediatamente las diligencias oportunas para la averiguación del domicilio conforme a lo prevenido en la ley de Enjuiciamiento Civil, <sup>1020</sup> y los citará ante el Juez o la Jueza dentro de los quince días siguientes, debiendo garantizar la debida reserva:

- en la citación a los progenitores se hará constar, en su caso, la circunstancia por la cual basta su audiencia,
- en las citaciones a las personas que deban prestar su asentimiento o ser oídas, se incluirá el apercibimiento de que si fueran citados personalmente y no comparecieran, se seguirá el trámite sin más citaciones,
- si no respondieran a la primera citación y no se hubiera realizado la citación en su persona, se les volverá a citar para dentro de los quince días siguientes, con el apercibimiento de que aunque no comparezcan, el expediente seguirá su trámite.

Cuando no haya podido conocerse el domicilio o paradero de alguna persona que deba ser citada, o si citada debidamente, con los apercibimientos oportunos, no compareciese, se prescindirá del trámite y la adopción acordada será válida, sin perjuicio, en su caso, del derecho a la extinción de la adopción a instancia de los progenitores en el supuesto previsto en el Código Civil.

---

<sup>1018</sup> Artículo 781 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>1019</sup> Artículo 177.3 del Código Civil.

<sup>1020</sup> Artículo 156 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.



#### **22.6.4.6.4.** Otros aspectos relevantes de la tramitación.

El Juez o la Jueza podrá ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas, para asegurarse de que la adopción sea en interés del adoptando.<sup>1021</sup>

Todas las actuaciones se llevarán a cabo con la conveniente reserva, evitando en particular que la familia de origen tenga conocimiento de cuál sea la adoptiva, excepto en los supuestos previstos.<sup>1022,1023</sup>

Si se suscribiere oposición:

- el expediente se hará contencioso,
- el Secretario o la Secretaria Judicial citará a los interesados a una vista,
- continuará la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal.

Contra el auto que resuelva el expediente, cabe recurso de apelación, que tendrá carácter preferente, sin que produzca efectos suspensivos.

El testimonio de la resolución firme en que se acuerde la adopción, se remitirá al Registro Civil correspondiente, para que se practique su inscripción.

#### **22.6.4.6.5.** Suspensión del procedimiento de adopción.

En el caso de que un procedimiento de determinación de paternidad o, en su caso, de que un procedimiento de determinación de maternidad, hubiera sido entablado por los presuntos padre o madre biológicos, el procedimiento de adopción se suspenderá<sup>1024</sup>, cuando ello resulte justificado, en espera del resultado del procedimiento de determinación de la filiación.

Las autoridades competentes actuarán con celeridad dentro del marco del procedimiento de determinación de la filiación.

#### **22.6.4.6.6.** Procedimiento para la extinción de la adopción.<sup>1025</sup>

La extinción de la adopción se tramitará judicialmente, y estas resoluciones serán remitidas al

Registro Civil para su inscripción.

---

<sup>1021</sup> Artículo 39 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

<sup>1022</sup> Artículo 178.2 y 4 del Código Civil.

<sup>1023</sup> Artículo 180 del Código Civil.

<sup>1024</sup> Artículo 16 del Convenio Europeo en materia de adopción de menores hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008 publicado en el BOE de fecha 13 de julio de 2011.

<sup>1025</sup> Artículo 40 Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.



Durante la sustanciación del procedimiento, el Juez o la Jueza adoptará, incluso de oficio, y previa audiencia del Ministerio Fiscal, las medidas de protección oportunas sobre:

- la persona,
- los bienes del adoptado menor.

### **22.6.4.7.** Procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción.

Los progenitores que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción, podrán comparecer ante el Tribunal que esté conociendo del correspondiente expediente de adopción, y manifestarlo así.<sup>1026</sup>

Tras la reforma de la legislación de infancia de 2015<sup>1027</sup>, se concentran en un solo procedimiento, los supuestos en los que durante la tramitación del expediente de adopción, los dos progenitores del adoptando pretendieran que se les reconociera la necesidad de otorgar su asentimiento a la adopción, con la finalidad de dar unidad de actuación a tales pretensiones, lo que repercutirá en una agilización del procedimiento.

El Secretario o la Secretaria Judicial, con suspensión del expediente, otorgará el plazo de quince días para la presentación de la demanda, para cuyo conocimiento será competente el mismo Tribunal.

A) Si no se presentara la demanda en el plazo fijado, dictará decreto dando por finalizado el trámite, y alzando la suspensión del expediente de adopción, que continuará tramitándose de conformidad con lo establecido en la legislación de jurisdicción voluntaria.

El decreto será recurrible directamente en revisión ante el Tribunal.

Firme dicha resolución, no se admitirá ninguna reclamación posterior de los mismos sujetos sobre la necesidad de asentimiento para la adopción de que se trate.

B) Presentada la demanda dentro de plazo, dictará decreto declarando contencioso el expediente de adopción, y acordará la tramitación de la demanda presentada en el mismo procedimiento, como pieza separada, con arreglo a lo previsto en el juicio verbal<sup>1028</sup>, con las especialidades propias de los procesos de menores.

Una vez firme la resolución que se dicte en la pieza separada sobre la necesidad del asentimiento de los progenitores del adoptando, el Secretario o la Secretaria Judicial acordará la citación ante la Jueza o el Juez de las personas<sup>1029</sup> que:

- deban prestar el consentimiento,
- deban prestar el asentimiento a la adopción,
- deban ser oídos, y que todavía no lo hayan hecho, debiendo resolver a continuación sobre la adopción.

<sup>1026</sup> Artículo 781 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>1027</sup> Preámbulo de la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>1028</sup> Artículo 753 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>1029</sup> Artículo 177 del Código Civil.



Las citaciones se efectuarán, de conformidad con las normas establecidas en la Ley de Jurisdicción Voluntaria para tales supuestos.

El auto que ponga fin al procedimiento será susceptible de recurso de apelación, que tendrá efectos suspensivos.

El testimonio de la resolución firme en que se acuerde la adopción, se remitirá al Registro Civil, para que se practique su inscripción.

#### **22.6.4.8.** Procedimiento judicial para la privación de la patria potestad de los progenitores de un menor.

La determinación de cuál sea el procedimiento judicial aplicable para solicitar la privación de la patria potestad de un menor, no está exento de discrepancias doctrinales.

El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad, por sentencia:

- fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma,
- dictada en causa criminal o matrimonial.<sup>1030</sup>

Este precepto establece tres cauces posibles para declarar la privación de la patria potestad, de uno o a ambos progenitores:

1. por sentencia dictada en causa criminal, en que en determinadas clases de infracciones punibles puede decretarse;
2. por sentencia dictada en procedimiento matrimonial;<sup>1031</sup> debe entenderse que comprende los procesos tendentes a obtener, como principal pronunciamiento, la separación, la nulidad o la disolución del vínculo por divorcio;
3. por sentencia dictada en proceso seguido por incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad.

---

<sup>1030</sup> Artículo 170 del Código Civil.

<sup>1031</sup> Artículo 92.3 del Código Civil.



Bajo la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>1032</sup> se estimaba que el procedimiento era el juicio de menor cuantía.

El problema se plantea con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>1033</sup>.

Actualmente coexisten dos posturas:<sup>1034</sup>

1ª. La tesis de quienes sostienen que el cauce procesal debe ser el juicio ordinario.<sup>1035</sup>

Sus defensores estiman que la aplicación de los procesos especiales que se regulan en el libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe aplicarse exclusivamente a las materias que se enumeran en dicha ley<sup>1036</sup>, que debe interpretarse con el carácter de <numerus clausus>.

Resaltan que en dicho precepto no se menciona nunca la <patria potestad>, e incluso el número cuarto, recalca que se aplicarán a los procesos <que versen exclusivamente sobre guarda y custodia...>, haciendo hincapié en el vocablo <exclusivamente>, por lo que las pretensiones sobre privación de patria potestad, no estarían incluidas.

Por otra parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>1037</sup> establece la salvaguarda general de que se decidirán en proceso declarativo <toda contienda judicial que no tenga señalada por la Ley otra tramitación>. Por lo que debe aplicarse la tramitación prevista para el juicio ordinario, al ser la cuantía inestimable<sup>1038</sup>.

2ª. La tesis de quienes afirman que no existe inconveniente en resolverlo en un procedimiento especial matrimonial<sup>1039</sup> o también en un juicio sobre determinación de la paternidad.<sup>1040</sup>

A su juicio, no existe obstáculo procesal alguno para que, en un procedimiento de juicio verbal<sup>1041</sup>, en que se produzca el emplazamiento del demandado, con contestación por escrito, pueda suscitarse la privación de patria potestad acumulada a otras acciones (petición de alimentos para el hijo o la hija menor de edad, régimen de visitas, etc).

Este procedimiento no genera indefensión, por cuanto que es el mismo seguido para los procesos matrimoniales.

<sup>1032</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

<sup>1033</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>1034</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 23 de julio de 2009, [LA LEY 170391/2009].

<sup>1035</sup> Artículos 399 y ss de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>1036</sup> Artículo 748 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>1037</sup> Artículo 248.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>1038</sup> Artículo 249.2 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>1039</sup> Artículo 92 del Código Civil.

<sup>1040</sup> Artículo 111 del Código Civil.

<sup>1041</sup> Artículo 770 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.



### 22.6.4.9. Procedimiento para la conversión de adopción simple o no plena en plena.<sup>1042</sup>

La adoptante o el adoptante de adopción simple o no plena, constituida por autoridad extranjera competente, podrá instar ante los Tribunales españoles su conversión en una adopción regulada por el derecho español, cuando concurra uno de los siguientes supuestos:

- a) que la persona que va a ser adoptada tenga su residencia habitual en España, en el momento de constitución de la adopción;
- b) que el adoptando haya sido o vaya a ser trasladado a España, con la finalidad de establecer su residencia habitual en España;
- c) que el adoptante o la adoptante tengan la nacionalidad española, o tenga su residencia habitual en España.

El adoptante o la adoptante deberán presentar la solicitud ofreciéndose para la adopción plena, sin que precise propuesta previa de la Entidad Pública.

A la solicitud deberá acompañar:

- el documento de constitución de la adopción por la autoridad extranjera,
- las pruebas conducentes a demostrar que en el adoptado concurren las circunstancias exigidas.

Presentada la solicitud, se seguirán los trámites establecidos anteriormente, debiendo examinar la Jueza o el Juez la concurrencia de los extremos enumerados en la Ley de Adopción Internacional.

En todo caso, habrán de manifestar su consentimiento ante el Juez o la Jueza:

- el adoptante o adoptantes,
- el adoptado si fuere mayor de doce años.

Si fuera menor de esa edad, se le oirá de acuerdo con su edad y madurez.

Deberá asentir el cónyuge del adoptante, o la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad a la conyugal.

El testimonio del auto que declare la conversión de la adopción simple o no plena en plena, se remitirá al Registro Civil correspondiente, para su inscripción.

---

<sup>1042</sup> Artículo 42 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria



## 22.7. SOBRE LOS JUZGADOS DE MENORES.<sup>1043</sup>

Habrá uno o más Juzgados de Menores:

- en cada provincia,
- con jurisdicción en toda ella,
- con sede en su capital.

No obstante, cuando el volumen de trabajo lo aconseje, podrán establecerse Juzgados de Menores cuya jurisdicción se extienda:

- a un partido determinado,
- a una agrupación de partidos,
- a dos o más provincias de la misma Comunidad Autónoma.

En la Villa de Madrid, con jurisdicción en toda España, habrá un Juzgado Central de Menores, que conocer  de las causas que le atribuya la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores, así como de la emisión y la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo, de resoluciones penales en la Unión Europea que le atribuya la ley.

## 22.8. MENORES DE EDAD Y JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER.<sup>1044</sup>

### 22.8.1. Aspectos generales.

Las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia.

La Ley contempla también su protección:

- para la tutela de los derechos de los menores,
- para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer.

Cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable.<sup>1045</sup>

Entre ellas, es singularmente atroz, la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar, donde está presente la violencia de género.

<sup>1043</sup> Artículos 96 y 97 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

<sup>1044</sup> Artículos 87 bis y 87 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

<sup>1045</sup> Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia.



Esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas:

- condicionando su bienestar y su desarrollo,
- causándoles serios problemas de salud,
- convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer,
- favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas; la exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma.

Resulta así necesario reconocer a los menores víctimas de violencia de género mediante su consideración, con el objeto de visibilizar esta forma de violencia, que se puede ejercer sobre ellos.

## 22.8.2. Competencia de los Juzgados de violencia sobre la mujer.<sup>1046</sup>

A) Los Juzgados de violencia sobre la mujer conocerán, en el orden penal<sup>1047</sup>, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los siguientes supuestos:

- a) de la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, de lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia e intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre las menores o los menores que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género;
- b) de la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales anteriormente;
- c) de la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez o Jueza de guardia.

B) Los Juzgados de violencia sobre la mujer podrán conocer en el orden civil, en todo caso, de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los siguientes asuntos:

- a) los de filiación, maternidad y paternidad,
- b) los de nulidad de matrimonio, separación y divorcio,

<sup>1046</sup> Artículo 44 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

<sup>1047</sup> Artículo 87 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.



- c) los que versen sobre relaciones paterno filiales,
- d) los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar,
- e) los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores, o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro, en nombre de los hijos e hijas menores,
- f) los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción,
- g) los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

Los Juzgados de violencia sobre la mujer tendrán, de forma exclusiva y excluyente, competencia en el orden civil, cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos:

- a) que se trate de un proceso civil que tenga por objeto algunas de las materias indicadas anteriormente en el orden civil;
- b) que alguna de las partes en el proceso civil, sea víctima de los actos de violencia de género;
- c) que alguna de las partes del proceso civil, sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género;
- d) que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer, actuaciones penales por delito, consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.

Cuando el Juez o la Jueza apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente.

En todos estos casos está vedada la mediación.

### **22.8.3.** Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas.

En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, la Jueza o el Juez competente deberá pronunciarse, en todo caso, sobre la pertinencia de la adopción de órdenes de protección, de las medidas cautelares y de aseguramiento necesarias:<sup>1048</sup>

- a. de oficio,
- b. a instancia de las víctimas,
- c. a instancia de las hijas o de los hijos,
- d. a instancia de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda y custodia,
- e. a instancia del Ministerio Fiscal,
- f. a instancia de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida.

---

<sup>1048</sup> Artículo 61 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.



En las actuaciones y procedimientos relacionados con la violencia de género, se protegerá la intimidad de las víctimas, y en especial de:

1. sus datos personales,
2. los datos de sus descendientes,
3. los datos de cualquier otra persona que esté bajo su guarda o custodia.

Los Jueces y Tribunales podrán acordar, de oficio o a instancia de parte, que las vistas se desarrollen a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas.

El Juez o la Jueza podrán:

- ordenar la salida obligatoria del inculcado por violencia de género del domicilio en el que hubiera estado conviviendo, o tenga su residencia la unidad familiar, así como la prohibición de volver al mismo;
- prohibir al inculcado que se aproxime a la persona protegida, lo que le impide acercarse a la misma:
  - en cualquier lugar donde se encuentre,
  - a su domicilio,
  - a su lugar de trabajo,
  - a cualquier otro que sea frecuentado por ella;
- prohibir al inculcado toda clase de comunicación con la persona o personas que se indique.

Las medidas anteriores podrán acordarse acumulada o separadamente.

## **22.8.4.** De las medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores.<sup>1049</sup>

El Juez o la Jueza podrán suspender para el inculcado por violencia de género, el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores o las menores que dependan de él.

Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse, en todo caso, sobre la forma en que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores o las menores.

Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de las menores y los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución.

---

<sup>1049</sup> Artículo 65 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.



### **22.8.5.** De la medida de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores.<sup>1050</sup>

La Jueza o el Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género, respecto de los menores o las menores que dependan de él.

Si no acordara la suspensión, el Juez o la Jueza deberán pronunciarse en todo caso, sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género, respecto de los menores o las menores que dependan del mismo.

Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores o las menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución.

---

<sup>1050</sup> Artículo 66 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.



## 23 EPÍLOGO.

[Texto entresacado de la Primera Edición del Tomo de lo Contencioso-Administrativo de la Biblioteca Económica de Legislación y Jurisprudencia reeditado en agosto de 1889].

“Es tan vasto el campo de la legislación, es tan inmenso el cúmulo de leyes, que apenas el ánimo considerar que, todo precepto legal es obligatorio, y que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento. Y, sin embargo, así tiene que ser, precisamente, porque las leyes para su cumplimiento se dictaron, y si alegable fuera su ignorancia, quedaría baldío el trabajo del legislador”.

“Pero por cima de la lógica, han estado siempre los hechos, y obligatorias ó no, las leyes son desconocidas por la casi totalidad de los que están llamados a cumplirlas, y hasta aquellos pocos que se iniciaron en su estudio, ni tiempo material tienen, en el corto plazo de la vida para hacer algo más que orientarse, en el laberinto legislativo de nuestra patria”.

“Tal conflicto entre la verdad legal, y la verdad real, subsistirá por mucho tiempo, por mucho; hasta que allá, en épocas venideras, el adelanto social haya tomado gran incremento, é influyendo en la ciencia del Derecho, la modifique y transforme, haciéndola sencilla, como debe ser, y despojándola de esos formularismos, rutinas, y falsas filosofías en que hoy abunda y que le dan la nota pretenciosa que tanto le caracteriza”.

“Mientras eso sucede, y para que suceda, hay dos medios de ir acercándose al ideal. Uno, el que los hombres a quienes la casualidad, el favor, o sus merecimientos, les lleven a la representación nacional, procuren tener siempre presente, que las leyes no deben hacerse para entretenimiento de eruditos, ni para explotación de Abogados, y que siendo el legislar pura y simplemente ordenar un país, lo hace mejor, aquel que dicta disposiciones claras y sencillas, y las dicta en el menor número posible.”

“El otro medio es de esfera más modesta. Los que por inclinación, ó por necesidad, al estudio del Derecho nos dedicamos, podemos también aportar algo, a la realización de la obra, arrancando de ese inmenso todo, llamado legislación, pequeños trozos homogéneos, poniéndolos al alcance intelectual de los profanos, con explicaciones pertinentes, y haciéndolo, de ese modo, que lo que antes era exclusivo del menor número, llegue al conocimiento de los más, y en condiciones de ser entendido.”





Gobierno del Principado de Asturias

Consejería de Servicios y Derechos Sociales

---