

1.2. Derecho de familia

El interés superior del menor y el canon de razonabilidad reforzada en situaciones de riesgo y desamparo: actuaciones de protección, acogimiento y adopción (y II)

The best interests of the minor and the canon of reinforced reasonableness in situations of risk and neglect: protection, foster care and adoption actions

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil (acreditada a profesora Titular) en
la Universidad Complutense de Madrid.*

RESUMEN. El presente estudio se va a centrar en el análisis de las actuaciones que deben llevar a cabo las Administraciones y los poderes públicos en general, y las familias y centros docentes en particular con el objeto de prevenir, sensibilizar, atender, guardar, informar y proteger a los menores de edad no emancipados ante situaciones de riesgo, desamparo, acoso, violencia y otros comportamientos ilícitos que tienen lugar tanto en un entorno físico como digital. Todo ello, atendiendo al interés superior del menor y al canon de razonabilidad reforzada (tutela judicial efectiva. A tal fin, estudiaremos todas esas situaciones y la implementación de medidas necesarias desde instancias públicas y privadas. Trataremos figuras de guarda y protección como la guarda de hecho de menores, el acogimiento —con especial referencia al acogimiento transfronterizo—: y la adopción —atendiendo a la adopción abierta e internacional—. Desde la nueva normativa comunitaria —reglamento General de Protección de datos, Reglamento de Servicios Digitales y Reglamento de Inteligencia Artificial— pondremos de manifiesto las exigencias para la protección de menores y las que son necesarias adoptar por cada Estado miembro en particular; a través de las Agencia de Protección de Datos, Comité de Protección de Datos o de Inteligencia Artificial y de los Parlamentos nacionales.

ABSTRACT. *This study will focus on the analysis of the actions that must be carried out by the Administrations and public authorities in general, and by families and educational centres in particular, in order to prevent, raise awareness, care for, protect, inform and protect unemancipated minors from situations of risk, abandonment, harassment, violence and other illicit behaviour that take place both in a physical and digital environment. To this end, we will study all these situations and the implementation of necessary measures from public and private bodies. We will deal with guardianship and protection figures such as the de facto guardianship of minors, foster care—with special reference to cross-border foster care—; and adoption—with regard to open and international adoption—. Under the new EU regulations—the General Data Protection Regulation, the Digital Services Regulation and the Artificial Intelligence Regulation—we will highlight the requirements for the protection of minors and those that must be adopted by each Member State in particular, through the Data Protection Agency, the Data Protection or Artificial Intelligence Committee and the national Parliaments.*

PALABRAS CLAVE: Menores de edad no emancipados, interés superior del menor, canos de razonabilidad reforzada, riesgo, desamparo, actuaciones preventivas, de sensibilización, informativas, de atención inmediata, guarda, acogimiento, adopción, entorno digital, entorno físico, protección de datos, inteligencia artificial.

KEYWORDS: *Unemancipated minors, best interests of the child, reinforced reasonableness rules, risk, helplessness, preventive actions, awareness-raising, informative, immediate attention, custody, foster care, adoption, digital environment, physical environment, data protection, and artificial intelligence.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y EL CANON DE RAZONABILIDAD REFORZADA.—III. NIVELES, ÁMBITOS Y ENTORNOS DE ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 1. NIVELES DE ACTUACIÓN. A. Sensibilización. B. Medidas preventivas: en especial, la prevención de la violencia contra la infancia y adolescencia en el mundo físico y digital. C. Detención precoz de la violencia. D. Atención inmediata. 2. ÁMBITOS DE ACTUACIÓN. A. Actuaciones en caso de urgencia. B. Actuaciones en situación de riesgo. C. Actuaciones en situación de desamparo.—IV. ACOGIMIENTO Y ADOPCIÓN. 1. ACOGIMIENTO FAMILIAR O RESIDENCIAL. A. Acogimiento familiar. B. Acogimiento residencial. a) Medidas para garantizar la convivencia y seguridad en los centros de protección a la infancia y a la adolescencia. b) Medidas y actuaciones en centros de protección específica de menores con problemas de conducta. C. Acogimiento transfronterizo.—V. LA ADOPCIÓN DE MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS. 1. REQUISITOS SUBJETIVOS DE LA ADOPCIÓN. ADOPTANTE Y ADOPTADO. 2. EL PROCEDIMIENTO PARA LA CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN. A. La fase administrativa. B. La fase judicial: el expediente de adopción. 3. Consentimientos, asentimientos y audiencias en el expediente de adopción. A. Personas que han de consentir la adopción. B. Personas que han de asentir la adopción. C. Personas a las que debe darse audiencia, ser oídas.—VI. LA GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN.—VII. EFECTOS DE LA ADOPCIÓN. 1. LA ADOPCIÓN ABIERTA. 2. LA KAFALA COMO INSTITUCIÓN DE PROTECCIÓN. PROHIBICIÓN DE LA ADOPCIÓN PROCEDENTE DE LA KAFALA.—VIII. EXTIN-

CIÓN DE LA ADOPCIÓN.—IX. RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LAS ACTUACIONES PREVENTIVAS, DE ATENCIÓN INMEDIATA, DE RIESGO Y DESAMPARO.—X. BIBLIOGRAFÍA.—XI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

IV. ACOGIMIENTO Y ADOPCIÓN

1. ACOGIMIENTO FAMILIAR O RESIDENCIAL

Como hemos indicado, a las entidades públicas se les atribuye por ministerio de la ley la tutela y guarda de los menores en situación de desamparo. Tal guarda puede tener lugar mediante acogimiento familiar o residencial. A tal fin, se da preferencia al acogimiento familiar. Si bien, como principio rector de la actuación de los poderes públicos la integración del menor en su familia de origen (el artículo 11.2 c) de la LOPJM).

El artículo 172 ter del Código Civil establece que, la guarda en todos los supuestos señalados, se realizará mediante el acogimiento familiar y no siendo éste posible o conveniente para el interés del menor, mediante acogimiento residencial. Dicho precepto regula algunas cuestiones relativas al acogimiento en general y los artículos 173 y 173 bis del citado cuerpo legal se refieren al acogimiento familiar. En ninguno de tales preceptos se da una definición legal del acogimiento. Para MAYOR DEL HOYO se puede conceptuar como “una forma de ejercer la guarda del menor en situaciones extraordinarias en las que el menor sale de su entorno familiar originario”¹.

Ahora bien, en esta nueva regulación con la finalidad de agilizar y preservar el interés de los menores, se simplifica la constitución del acogimiento familiar, equiparándolo al residencial, incluso aunque no exista conformidad de los progenitores o tutores, y todo ello sin perjuicio del control jurisdiccional del mismo.

Asimismo, como pauta general se sigue manteniendo que, debe prevalecer la medida de acogimiento familiar sobre el acogimiento residencial (artículos 2.2 c); 11.2 b) y 21.3 de la LOPJM). Por tanto, este último constituirá una medida excepcional y provisional.

Precisamente, pensando en el interés del menor, el artículo 21.1 de la LOPJM establece que, prevalecerá la medida de acogimiento familiar sobre el acogimiento residencial, especialmente para menores de seis años; y, asimismo, no se acordará el acogimiento residencial para menores de tres años salvo en supuestos de imposibilidad de adoptar en ese momento la medida de acogimiento familiar, debidamente acreditado o cuando esta medida no convenga al interés superior del menor². En todo caso, y con carácter general no podrá tener una duración superior a tres meses (artículo 21.3 de la LOPJM). Igualmente, debemos recordar que, el artículo 12.5 de la LOPJM establece que, cualquier medida de protección no permanente que se adopte respecto de menores de tres años, se habrá de revisar cada tres meses y respecto de mayores de esa edad cada seis meses³. Por otra parte, debe procurarse no separar a los hermanos con la consiguiente asunción de la guarda y tutela en una misma persona o institución con el fin de que permanezcan unidos (artículo 172 ter.2 del Código Civil).

En esta línea, la Ley 4/2023 de la Comunidad de Madrid establece, al efecto que, la modalidad de acogimiento se determinará en función del interés superior del niño, teniendo en cuenta su edad y circunstancias personales y familiares, así como los objetivos planteados en el plan individual de protección. Si bien, en las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas. Y, el acogimiento familiar de urgencia será la medida preferente para atender a los niños, en tanto se elabora su plan individual de protección y se establecen sus objetivos y, en su caso, las medidas de protección que correspondan, principalmente para los menores de seis años (artículo 91).

A. Acogimiento familiar

El acogimiento familiar como medida de protección del menor está concebida en interés de los mismos y tiene como finalidad procurar al menor separado de su familia la atención en un contexto familiar o de convivencia adecuado, ya sea con carácter provisional, temporal, permanente o como paso previo para la adopción⁴. 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. En esta valoración se tendrá en cuenta respecto a los acogedores su situación familiar y aptitud educadora, su capacidad para atender adecuadamente las necesidades de toda índole del menor o menores de que se trate, la congruencia entre su motivación y la naturaleza y finalidad del acogimiento según su modalidad, así como la disposición a facilitar el cumplimiento de los objetivos del plan individual de atención y, si lo hubiera, del programa de reintegración familiar, propiciando la relación del menor con su familia de origen. En todo caso, el régimen de visitas podrá tener lugar en los puntos de encuentro familiar habilitados, cuando así lo aconseje el interés superior del menor y el derecho a la privacidad de las familias de procedencia y acogedora. Cuando el tipo de acogimiento así lo aconseje, se valorará la adecuación de la edad de los acogedores con la del menor acogido, así como la relación previa entre ellos, priorizando, salvo que el interés del menor aconseje otra cosa, a las personas que, perteneciendo a su familia extensa, reúnan condiciones adecuadas para el acogimiento (artículo 20.2 de la LOPJM). En esa valoración se ha de tener en cuenta, además que, no podrán ser acogedores los que no pueden ser tutores de acuerdo con lo previsto en la Ley; y que este acogimiento familiar se realizará por la persona o personas que, determine la Entidad Pública (artículo 172 ter.1 del Código Civil). A la resolución de formalización del acogimiento familiar acordada, se acompañará *un documento anexo* que incluirá entre otros extremos: a) La identidad del acogedor o acogedores y del acogido; b) Los consentimientos y audiencias necesarias; c) 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 con la familia o persona acogedora; y, d) Los derechos y deberes de cada una de las partes, y en particular: 1.º 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. 2.º El sistema

de cobertura por parte de la Entidad Pública de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros. 3.º La asunción por parte de los acogedores de los gastos de manutención, educación y atención socio-sanitaria; e) 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; f) En el caso de menores con discapacidad, los recursos de apoyo que, precisa; g) La compensación económica, apoyos técnicos y otro tipo de ayudas que, en su caso, vayan a recibir los acogedores; y, h) El plazo en el cual la medida vaya a ser revisada (artículo 20.3 de la LOPJM).

Tanto la resolución de formalización del acogimiento como el documento anexo, se remitirán al Ministerio Fiscal en el plazo máximo de un mes (artículo 20.3 *in fine* de la LOPJM).

El acogimiento requerirá el consentimiento de los acogedores y del menor acogido si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años (artículo 173.2 del Código Civil); si es menor de dicha edad, en principio, han de ser oídos en la constitución del acogimiento (artículo 9 de la LOPJM). Ahora bien, el acogimiento familiar supone la guarda del menor y, el ejercicio del contenido personal de la patria potestad o en su caso de la tutela —la titularidad corresponde a la Entidad Pública—, por lo que se impone a los acogedores las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo (artículos 20 bis 1 g) y 20 bis 2 l) de la LOPJM). En el caso de tratarse de un menor con discapacidad, deberá continuar con los apoyos especializados que viniera recibiendo o adoptar otros más adecuados a sus necesidades (artículo 173.1 del Código Civil). Hay dos tipos de acogimiento familiar en relación con las características de la familia acogedora y de la vinculación del menor con la misma. Así podrá tener lugar en la propia familia extensa del menor o en familia ajena, resultando preferente el primero —artículo 20.2 de la LOPJM que en la valoración de la adecuación de la familia para el acogimiento tiene en cuenta la relación previa entre el menor acogido y los acogedores, priorizando, salvo que el interés del menor aconseje otra cosa respecto de las personas pertenecientes a su familia extensa—⁵. Por otra parte, el acogimiento en familia ajena podrá ser especializado que, podrá ser, a su vez, 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 (artículos 173 bis.1 del CC y 20.1 apartado 2 de la LOPJM). También el acogimiento familiar podrá adoptar las siguientes modalidades atendiendo a su duración y objetivos: a) Acogimiento familiar de urgencia: principalmente para menores de seis años, que tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda (artículo 173 bis a) del Código Civil)⁶. MAYOR DEL HOYO⁷ precisa que “el objetivo es que mientras se conforma la medida de protección oportuna, los menores, especialmente, los menores de 6 años, no tengan que pasar por un centro de protección, sino que tengan una vida en familiar”; b) Acogimiento familiar temporal: que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de éste en su propia familia, o bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable como el acogimiento familiar permanente o la adopción. Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que

el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva —plazo de tiempo que coincide con el de la guarda administrativa asumida a solicitud de los padres o tutores (artículo 172 bis del Código Civil); o con el cese de la suspensión y revocación de la declaración de desamparo (artículo 172.2 del Código Civil)⁸; c) Acogimiento familiar permanente: que se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales⁹ o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen, o se trate de menores de cierta edad¹⁰. Si bien, la Entidad Pública, si lo considera procedente, podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que, faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor (artículo 173 bis.2 del Código Civil), con lo que se amplía el contenido del ejercicio del acogimiento no sólo al ámbito personal, sino también a un ámbito patrimonial —administración de bienes— y de representación del menor¹¹.

De todas formas, pese al carácter permanente del acogimiento, nada impide que, se pueda establecer un régimen de visitas a favor de los padres y otros parientes¹².

En cualquier caso, se hará constar en el documento anexo a la resolución administrativa de acogimiento familiar la duración prevista para el mismo (artículo 20.3 c) de la LOPJM).

Por otra parte, se regula el estatuto del acogedor familiar como conjunto de derechos y deberes que, se enumeran en el artículo 20 bis 2 de la LOPJM; también se incluyen los derechos de los menores acogidos en el artículo 21 bis de la LOPJM. Ahora bien, si durante el desarrollo del acogimiento surgieran problemas graves de convivencia entre el menor y la persona o personas a quien hubiere sido confiado la guarda en acogimiento familiar; aquél, el acogedor, 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 (artículo 173.3 del Código Civil). Finalmente, el acogimiento familiar cesará: a) Por resolución judicial; b) Por resolución de la Entidad Pública, de oficio o a propuesta del Ministerio Fiscal, de los progenitores —se entiende no privados de la patria potestad—, tutores —no removidos del cargo—, acogedores o del propio menor si tuviera suficiente madurez, cuando se considere necesario para salvaguardar el interés del mismo, oídos los acogedores, el menor, sus progenitores o tutor; c) Por la muerte o declaración de fallecimiento del acogedor o acogedores del menor; y, d) Por la mayoría de edad del menor.

El acogimiento familiar podrá tener lugar, de acuerdo al interés superior del menor, en la propia familia extensa del menor —que en todo caso requiere la existencia de una relación previa entre acogedor y menor de edad—¹³, o en familia ajena —cuando no existe familiar que esté en condiciones de asumir la guarda del menor y se proporciona para su guarda un ambiente familiar no propio del menor acogido, sustituyendo a la familia de origen—¹⁴. Asimismo, el acogimiento familiar podrá ser especializado, entendiendo por tal el que se desarrolla en una familia en la que alguna o algunas de las personas que integran la unidad familiar, dispone de cualificación, experiencia o formación específica para desempeñar esta función respecto de menores con necesidades o circunstancias especiales, pudien-

do percibir por ello una compensación. También, el acogimiento especializado podrá ser de dedicación exclusiva, cuando así se determine por la Entidad Pública por razón de las necesidades y circunstancias especiales del menor en situación de ser acogido, percibiendo en tal caso la persona o personas designadas como acogedoras una compensación en atención a dicha dedicación (artículo 20.1 de la LOPJM —modificado por la Ley Orgánica 8/2021—).

Ahora bien, como indica el artículo 19 bis apartado 3 de la LOPJM “Para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concurra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma”¹⁵.

Respecto de este artículo 19 bis, el Preámbulo de la Ley 26/2015 que lo introduce había advertido que “este artículo incorpora los criterios que la sentencia 565/2009, de 31 de 2009 del Tribunal Supremo ha establecido para decidir si la integración familiar procede en interés superior del menor, entre los que destacan el paso del tiempo o la integración en la familia de acogida”¹⁶.

Pues bien, conforme a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 170/2016, de 17 de marzo¹⁷: “El derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen no es un derecho absoluto sino que cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas (STS, Sala 1.ª, de 13 de junio de 2011 (RJ 2011,4526) o de 17 de febrero de 2012 (RJ 2012,3924); y el derecho de los padres biológicos no es reconocido ni por las normas legales propias ni por las internacionales como un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor.

A tal fin, continúa manifestando que “las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor contemplando el posible retorno a la familia natural siempre que sea compatible con las medidas más favorables al interés del menor (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de julio de 2009). (...) En concreto el artículo 19 bis, que incluye las disposiciones comunes a la guarda y tutela, con entrada en vigor el 18 de agosto de 2015, pero que sirve de guía a la hora de interpretar el interés del menor a situaciones anteriores, dispone en el número 3 que “para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma....En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma”.

Por otra parte, debemos traer a colación la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que aparece sintetizada en el apartado 296 de la Guía sobre el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de la siguiente manera:

“El principio según el cual es importante que un padre/madre y su hijo/a estén juntos también se aplica a los casos que se refieren a la relación entre un niño/a y sus abuelos/as (L. c. Finlandia, § 101; Manuello y Nevi c. Italia, §§ 54, 58-59, respecto a la suspensión del derecho de visita de unos abuelos a su nieta). Particularmente cuando los padres naturales están ausentes, se consideró que existen vínculos familiares entre tíos/as y sobrinos/as (Butt c. Noruega, §§ 4 y 76; Jucius y Juciuviene c. Lituania, § 27). Sin embargo, normalmente, la relación entre abuelos/as y nietos/as y la de padres/madres e hijos/as tienen una naturaleza y una intensidad diferente. Por lo tanto, por su propia naturaleza, la relación entre abuelos/as y nietos/as requiere un menor grado de protección (Krukic c. Croacia (dec.), § 110; Mitovi c. la antigua República Yugoslava de Macedonia, § 58)”.

Sobre tales bases, la citada sentencia del Alto Tribunal de 23 de febrero de 2022 entiende que no procede el acogimiento de la nieta por los abuelos, pues, Como observa el Ministerio Fiscal, siendo inviable el retorno con su madre, acceder a la solicitud de acogimiento pretendida por los abuelos supondría un evidente peligro para el desarrollo físico y afectivo de la menor; siendo además evidente el que las medidas de control que se adoptaron por parte de la Entidad Pública mientras residió la menor con los abuelos no tuvieron efecto alguno en su comportamiento. Y a ello se uniría el riesgo de desubicación del entorno socio familiar, educativo e incluso sanitario, en el que se encontraba plenamente integrada desde julio de 2018.

De acuerdo con lo anterior, incluso para el supuesto de que se entendiera que los abuelos estaban en condiciones de acoger a su nieta sin riesgo para ésta, coincidimos con la sentencia recurrida en que tal medida no resultaría beneficiosa para la niña. No debe olvidarse, como observa el Ministerio Fiscal, que los abuelos permanecieron con la niña solo hasta que la misma tenía siete meses, que después hubo visitas semanales de muy corta duración hasta que en el mes de septiembre de 2017 la Entidad Pública las suspendió, y que no se reanudaron hasta que la sentencia de 31 de julio de 2019 estimó parcialmente la demanda. Los informes periciales ponen de manifiesto que la menor está adaptada a su nueva situación socio familiar y que el cese del acogimiento sería vivido por la menor como un abandono y un rechazo de las personas que para ella suponen sus fuentes de seguridad y protección, lo que podría llevar a una regresión en todas las áreas de su desarrollo, poniendo en riesgo su salud emocional y su capacidad para establecer vínculos seguros, por lo que el retorno con los abuelos maternos sería contraproducente para el bienestar de la menor.

Ahora bien, con respecto a este acogimiento especializado con dedicación exclusiva, la Disposición Adicional novena de esta Ley Orgánica 8/2021 establece que, el Gobierno mediante Reglamento en el plazo de un año de la entrada en vigor de la Ley —25 de junio de 2021— fijará el alcance y las condiciones de incorporación al régimen de Seguridad Social de las personas nombradas como acogedoras especializadas de dedicación exclusiva, en el régimen específico que les corresponda, así como los requisitos y procedimiento de afiliación, alta y cotización. Está en tramitación el Proyecto de Real Decreto por el que se regula la Seguridad Social de las personas acogedoras especializadas de dedicación exclusiva.

En todo caso, se ha aprobado el Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional. Se estructura en un artículo que aprueba el

reglamento, tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales.

Por su parte, el Reglamento que aprueba este Real Decreto se compone de cincuenta y tres artículos, divididos en cinco títulos.

El título I regula el objeto del sistema de acogida de protección internacional y su ámbito subjetivo y territorial de aplicación, así como el órgano encargado de la gestión del sistema de acogida de protección internacional, que corresponde a la Secretaría de Estado de Migraciones en el ámbito de sus competencias.

El título II desarrolla los contenidos del itinerario del sistema de acogida de protección internacional. Primero se establecen los principios generales de actuación y las características del sistema de protección internacional, incluyendo la necesaria cooperación interinstitucional para el cumplimiento de los objetivos del sistema. Después se desarrollan los requisitos de acceso y de permanencia en el sistema de protección internacional, con especial mención a las personas en situación de vulnerabilidad. Posteriormente se describen las características del itinerario de acogida de las personas destinatarias del sistema, incluyendo sus derechos y deberes. Este itinerario se realiza en tres fases, la de valoración inicial y derivación, la de acogida y una final de autonomía.

El título III describe la tipología de recursos que forman parte del sistema de acogida de protección internacional y los criterios para la asignación de las personas a dichos recursos. Se definen dos tipos de centros: los de valoración y derivación y los de acogida de protección internacional.

El título IV regula los distintos supuestos en los que va a producirse una reducción o una retirada de las condiciones de acogida sobre la base del artículo 33 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre y del artículo 20 de la Directiva 2013/33/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013. Aquellos hechos de naturaleza sancionadora serán desarrollados en la normativa que desarrolle el régimen disciplinario correspondiente.

El título V regula la gestión del sistema de acogida de protección internacional mediante la acción concertada. En primer lugar, recoge las disposiciones generales, ámbito de aplicación, definiciones, principios rectores y duración de la autorización. En segundo lugar, se regulan los requisitos de autorización, que deberán cumplir las entidades para poder acceder al sistema. En tercer lugar, se determina el procedimiento de acción concertada y sus distintas fases. En cuarto lugar, se regula la supervisión, el pago y la financiación de la acción concertada. En quinto lugar, se recogen cuestiones relativas a la suspensión y revocación de la autorización de acción concertada. Por último, se establecen provisiones generales para el establecimiento de sistemas de intercambio de información. En fin, este Real Decreto se dicta en ejercicio de la habilitación normativa contenida en los artículos 30.2, 31.1 y 33.3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.2.ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de extranjería y derecho de asilo.

En fin, se puede optar por un acogimiento familiar temporal o un acogimiento familiar permanente conforme establece el artículo 173 bis 2 letra b) y c del Código Civil. El primero, tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de éste en su propia familia, o bien porque se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable como

el acogimiento familiar permanente o la adopción. Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar; o la adopción de otra medida de protección definitiva; y, el acogimiento familiar permanente, se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales, o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen.

En todo caso, la Entidad Pública podrá solicitar del Juez que, se atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor (artículo 173 bis 2 c) *in fine* del Código Civil).

Cualquiera que sea la modalidad de acogimiento familiar, éste 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. En esta valoración se tendrá en cuenta su situación familiar y aptitud educadora, su capacidad para atender adecuadamente las necesidades de toda índole del menor o menores de que se trate, la congruencia entre su motivación y la naturaleza y finalidad del acogimiento según su modalidad, así como la disposición a facilitar el cumplimiento de los objetivos del plan individual de atención y, si lo hubiera, del programa de reintegración familiar, propiciando la relación del menor con su familia de procedencia. El régimen de visitas podrá tener lugar en los puntos de encuentro familiar habilitados, cuando así lo aconseje el interés superior del menor y el derecho a la privacidad de las familias de procedencia y acogedora (artículo 20.2 de la LOPJM). En todo caso, cuando el tipo de acogimiento así lo aconseje, se valorará la adecuación de la edad de los acogedores con la del menor acogido, así como la relación previa entre ellos, priorizando, salvo que el interés del menor aconseje otra cosa, a las personas que, perteneciendo a su familia extensa, reúnan condiciones adecuadas para el acogimiento.

A la resolución de formalización del acogimiento familiar, acordada conforme a lo previsto en el Código Civil, se acompañará un documento anexo que incluirá los siguientes extremos: a) La identidad del acogedor o acogedores y del acogido; b) Los consentimientos y audiencias necesarias; c) 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 con la familia o persona acogedora; d) Los derechos y deberes de cada una de las partes, y en particular: 1.º 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; 2.º El sistema de cobertura por parte de la Entidad Pública de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros; 3.º La asunción por parte de los acogedores de los gastos de manutención, educación y atención socio-sanitaria; e) 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; f) En el caso de menores con discapacidad, los recursos de apoyo que precisa; g) La compensación económica, apoyos técnicos y otro tipo de ayudas que, en su caso, vayan a recibir los acogedores; y, h) El plazo en el cual la medida vaya a ser revisada (artículo 20.3 de la LOPJM).

Esta resolución y su documento anexo se remitirán al Ministerio Fiscal en el plazo máximo de un mes.

A. *Acogimiento residencial*

La guarda será ejercida por centros de protección de menores, autorizados y acreditados por la entidad pública competente, dando lugar al acogimiento residencial (artículos 172 ter.1 del Código Civil y 21 de la LOPJM). En este caso, el acogimiento será ejercido por el director responsable del centro donde esté acogido el menor (artículo 172 ter.1 del Código Civil). Representa una medida de protección que consiste en la prestación de servicios de alojamiento, manutención, apoyo educativo y atención integral del menor en un centro de carácter residencial¹⁸. Se establece, en interés del menor, la prioridad del acogimiento familiar sobre el residencial. No obstante, se introduce una regulación flexible a este último acogimiento para dar cobertura a aquellos supuestos en los que, por motivos debidamente justificados, el ingreso en un centro de protección sea la única medida que se disponga, o cuando el acogimiento residencial convenga al interés superior del menor¹⁹. Este acogimiento se ejercerá por el Director o responsable del centro, donde esté acogido el menor conforme a los términos establecidos en la legislación de protección de menores (artículo 172 ter.1 del Código Civil). Por otra parte, en lo relativo a los servicios de acogimiento residencial (denominados hasta ahora “servicios especializados” y ahora “acogimiento residencial” para utilizar una terminología equivalente al “acogimiento familiar”) se establece con carácter general sus características básicas, su necesario ajuste a criterios de calidad y el carácter preferente de las soluciones familiares. Asimismo, todos los centros de acogimiento residencial que presten servicios dirigidos a menores en el ámbito de protección, deberán estar siempre habilitados administrativamente por la Entidad Pública debiendo respetar el régimen de habilitación dispuesto en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Además, deberán existir estándares de calidad y accesibilidad por cada tipo de servicio.

De forma que, con respecto a los menores en acogimiento residencial, las Entidades Públicas y los servicios y centros donde se encuentren deberán actuar conforme a los principios rectores de esta Ley, con pleno respeto a los derechos de los menores acogidos, y tendrán las obligaciones básicas que, se establecen en artículo 21.1 de la LOPJM. Ahora bien, la Entidad Pública regulará el régimen de funcionamiento de los centros de acogimiento residencial y, se inscribirán en el registro correspondiente, prestando especial atención a la seguridad, sanidad, accesibilidad para personas con discapacidad, número, ratio y cualificación profesional de su personal, proyecto educativo, participación de los menores en su funcionamiento interno y demás condiciones que contribuyan a asegurar sus derechos; también la Entidad Pública promoverá modelos de acogimiento residencial con núcleos reducidos de menores que convivan en condiciones similares a las familiares —hogar funcional—. Por otra parte, a los efectos de asegurar la protección de los derechos de los menores, la Entidad Pública deberá realizar la inspección y supervisión de los centros y servicios semestralmente y siempre que así lo exijan las circunstancias. 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, los Proyectos Educativos Individualizados, el Proyecto Educativo del Centro y el Reglamento Interno. En todo caso, la Administración Pública podrá adoptar las medidas adecuadas para garantizar la convivencia del centro, actuando sobre aquellas conductas con medidas de carácter educativo, que en ningún caso podrán atentar contra la dignidad de los menores. En casos graves 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 los menores, teniendo en cuenta las circunstancias personales de éstos, su actitud y los resultados derivados de su comportamiento.

Si bien, respecto de aquellas medidas que, se impusieran por conductas o actitudes que fueren atentatorias contra la convivencia en el ámbito residencial, se dará cuenta inmediata a los progenitores, tutores o representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal (artículo 21.7 de la LOPJM).

La resolución de la Entidad Pública en la que se formalice por escrito la medida de guarda, se notificará a los progenitores o tutores que no estuvieran privados de la patria potestad o tutela, así como al Ministerio Fiscal (artículo 172 ter.1 apartado 3 del Código Civil).

Ahora bien, se regula la posibilidad que, la Entidad Pública acuerde estancias, salidas de fin de semana o vacaciones con la familia de origen u otras familias, o instituciones adecuadas para los menores en acogimiento —familiar o residencial— (artículos 161 y 172 ter.3 del Código Civil)²⁰. En este contexto, se impone al Director del centro en caso de acogimiento residencial, o a la familia de acogida en el acogimiento familiar (artículo 20 bis.2 h) LOPJM como tal deber), o a otros agentes implicados en ambos casos, informar a la Entidad Pública de cualquier indicio que las visitas perjudiquen al menor (artículo 13.1 de la LOPJM). De todas formas, al tratarse de una resolución administrativa, el menor, los afectados y el Ministerio Fiscal están legitimados para oponerse a dichas resoluciones administrativas conforme al artículo 780 de la LEC.

Por otra parte, en los casos de desamparo o guarda a petición de los progenitores o del tutor, la Entidad Pública puede fijar una cantidad a abonar por los progenitores o tutores en concepto de alimentos y gastos de cuidados y atención del menor o para atender a la responsabilidad civil que pudiera imputarse al menor de edad por actos realizados por los mismos (artículo 172 ter.4 del Código Civil).

En este contexto, atendiendo a las altas funciones que, se encomienda al Ministerio Fiscal, como superior vigilante de la actuación administrativa en protección de menores, la Entidad Pública dará noticia a tal órgano de forma 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 (artículo 174.1 del Código Civil).

También 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 (artículo 174.2 del Código Civil).

Por otra parte, para el cumplimiento de la función de la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores, cuando sea necesario, podrá

el Ministerio Fiscal recabar la elaboración de informes por parte de los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas competentes²¹.

En este contexto, debemos referirnos además del retorno del menor con la familia biológica en los términos analizados, al derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto con sus progenitores y con su familia de origen, salvo que ello sea contrario a su interés superior.

Respecto al retorno del menor con sus padres hay que partir de la base que no es un derecho absoluto e incondicionado. En este sentido, se han pronunciado las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de julio de 2009²²; de 17 de marzo de 2016²³; de 21 de febrero de 2023²⁴; y, de 20 de septiembre de 2023²⁵.

Asimismo, conviene tener presente la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de junio de 2019 (asunto Haddad c. España, núm. 16527/17 (TEDH 2019,86) estima la demanda contra España interpuesta por el padre de una niña en un caso en el que los tribunales españoles confirmaron las resoluciones administrativas de acogimiento y no atendieron a las peticiones del padre de retorno con el argumento de la falta de contacto, cuando eran las autoridades competentes las responsables de la interrupción del contacto.

En su razonamiento conviene destacar lo siguiente: “69. El Tribunal recuerda la jurisprudencia citada en el párrafo 54 supra, según la cual el artículo 8 del Convenio implica el derecho de un progenitor a disponer de medidas para reagruparlo con su hijo y la obligación de las autoridades nacionales de adoptar tales medidas. Observa que, a pesar de la oposición del demandante al acogimiento en régimen pre-adoptivo de su hija (véanse los apartados 22 y 26 supra), esta opción se eligió únicamente por la falta de contacto entre la menor y su padre durante varios años, a pesar de que las visitas se habían suspendido por decisión del juez n.º 1 de Coslada, ante quien se interpuso una denuncia por violencia de género. Por tanto, las autoridades competentes son responsables de la interrupción del contacto entre el demandante y su hija, al menos desde la absolución del demandante, incumpliendo su obligación positiva de tomar medidas que permitieran al demandante beneficiarse de un contacto regular con la menor (Pontes v. Portugal, no 19554/09, § 92, de 10 de abril de 2012). El Tribunal considera que la tutela de un menor debe ser considerada en condiciones normales como una medida temporal, que debe suspenderse tan pronto como la situación lo permita y que cualquier acto de ejecución debe ser coherente con un objetivo último: reagrupar al padre biológico y al menor (Johansen v. Noruega, de 7 de agosto de 1996, § 78, Compendio 1996-III). (...) 72. Este Tribunal considera que el procedimiento debería haber estado rodeado de las garantías adecuadas para proteger los derechos del demandante y tener en cuenta sus intereses. De esta manera, el tiempo transcurrido como consecuencia de la inercia de la Administración, así como de los tribunales nacionales, que no calificaron de poco razonables los motivos aducidos por la Administración para seguir privando a un padre de su hija basándose únicamente en la ausencia de contacto, que por otro lado tenía prohibido por ley, contribuyó decisivamente a que no existiera posibilidad alguna de reunificación familiar entre el demandante y su hija. 73. A la vista de cuanto antecede y a pesar del margen de discrecionalidad del Estado demandado a este respecto, el Tribunal concluye que las autoridades españolas no han realizado los esfuerzos adecuados y suficientes para garantizar el respeto al derecho del demandante a vivir con su

hija junto a sus hermanos, ignorando de esta manera su derecho al respeto de la vida privada y familiar consagrado en el artículo 8 del Convenio”.

La sentencia de la Sala Primera 858/2021, de 10 de diciembre²⁶, que al amparo del artículo 510.2 de la LEC, estima la demanda de revisión interpuesta por el Sr. Conrado contra las resoluciones judiciales que autorizaron en acogimiento de su hija, y que se rescinden, destaca que la vulneración del art. 8 del Convenio, que consagra el derecho al respeto de la vida privada y familiar, consistió en que en el procedimiento de acogimiento las autoridades españolas (administrativas y judiciales) no realizaron los esfuerzos adecuados y suficientes para garantizar el respeto al derecho del demandante (el Sr. Conrado) a vivir con su hija junto a sus hermanos.

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de octubre de 2023²⁷, aunque el demandante no es el progenitor (que ha fallecido) y lo que se pretende es el acogimiento por la familia paterna extensa, el criterio de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es perfectamente trasladable.

Con ocasión de la multitud de recursos interpuestos por los abuelos de la niña frente a las resoluciones de la entidad pública (interesando el acogimiento familiar extenso) y por la “familia acogedora” (interesando una guarda preadoptiva) se han dictado numerosas resoluciones judiciales. Al respecto procede destacar el auto de esta Sala Primera de 20 de octubre de 2021 (que inadmitió los recursos de casación contra la sentencia 79/2020 de la secc. 2.ª de la Audiencia Provincial, que confirmó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Castellón dictada en las actuaciones sobre juicio verbal de oposición a medidas de protección de menores n.º 298/2018), y destaca que la Consejería no llegara a explorar el acogimiento familiar extenso a pesar del interés de los abuelos en cuidar de la niña. Tanto en las diferentes resoluciones judiciales dictadas en el anterior procedimiento como en las que se han dictado en el procedimiento en el que se plantea este recurso, y en particular en la sentencia recurrida, se explica que la razón de que se haya prolongado el acogimiento de Maite en familia extraña se debe a circunstancias que, si bien no inicialmente, luego solo pueden achacarse a la Administración, cuyo comportamiento en las decisiones adoptadas durante estos años ha sido calificado, tanto por la sentencia que ahora se recurre como por las anteriores, de actuación irregular, desconcertante, obstaculizadora, de no fácil comprensión, de incorrecto proceder, se ha hablado de errores de la Administración y, sobre todo, se le ha reprochado ser incumplidora de los preceptos legales que en un primer momento le habrían llevado a valorar a la familia paterna como acogedores y reticente en el cumplimiento de sentencias judiciales firmes.

No se trata en absoluto de minimizar el impacto que tendría en la niña una súbita separación de la familia de acogida con la que ha estado desde septiembre de 2018 (con independencia de que no ha quedado claro si los acogedores son uno o dos, pues en las resoluciones aportadas se habla de familia de acogida y en ocasiones se hace referencia a dos personas, pero en las actuaciones judiciales solo se ha personado como acogedor Carlos Daniel).

En una valoración conjunta de las circunstancias concurrentes expuestas en este caso y de acuerdo con los criterios que recogen los textos legales y la jurisprudencia sobre protección del interés superior del menor, nuestro Alto Tribunal procede a estimar el recurso de casación de los abuelos recurrentes. En consecuencia, se estima su demanda y se acuerda el acogimiento permanente de Maite

por parte de los abuelos paternos, que siempre han querido cuidarla y son idóneos para ello, lo que además permitirá a la niña vivir en compañía de su hermano de doble vínculo, reforzando sus vínculos afectivos y el sentimiento de identidad de pertenencia a su propia familia.

En su demanda, los abuelos solicitaron que “se acuerde el acogimiento como familia extensa de la menor Petra por parte de los abuelos paternos D. José Ignacio y Dña. Esther, previo régimen de visitas progresivo en favor de nuestros patrocinados”. También que se “acuerde instar a la Conselleria demandada a elaborar sin dilación un Plan de Intervención Familiar que permita llevar a cabo dicho acogimiento con todas las garantías jurídicas para el superior interés del menor”.

En cuanto al derecho de visitas o de relación con la familia de origen viene reconocido en los textos internacionales y en el derecho español para los casos de adopción por las entidades públicas de una medida de protección que comporte la salida del niño de su grupo familiar.

El artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, después de referirse en su apartado 1 a los supuestos en los que, en el interés superior del niño, se determine por las autoridades competentes (siempre a reserva de revisión judicial) que es necesario separarlo de sus padres, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres, establece expresamente en el apartado 3: “Los Estados Parte respetarán el derecho del niño 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 al interés superior del niño”.

El artículo 24.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, entre los derechos del niño reconoce: “Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses”.

En el ordenamiento interno, el artículo 2 c) de la LOPJM establece como uno de los criterios generales a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor; la preservación del mantenimiento de sus relaciones familiares.

Conforme al artículo 21 bis 1.d) de la LOPJM, el menor acogido, con independencia de la modalidad de acogimiento en que se encuentre, tendrá derecho a “relacionarse con su familia de origen en el marco del régimen de visitas, relación y comunicación establecido por la entidad pública”.

Por su parte, el artículo 20.3.d.1.º de la LOPJM ordena que la resolución de formalización del acogimiento familiar se acompañe de un documento anexo que debe incluir, entre otros extremos, 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.

Además, conforme al apartado segundo del artículo 172 ter del Código Civil “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”.

El derecho de los hijos menores a relacionarse con sus progenitores, así como con su familia de origen (hermanos, abuelos, parientes, y también allegados) está regulado más precisamente en los artículos 160 y 161 del Código Civil.

Al respecto, la redacción actual del artículo 161 del Código Civil declara la competencia de la entidad pública para, de forma motivada, y previa audiencia de los afectados, regular y suspender temporalmente las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo. Pero esta decisión está siempre sujeta a control judicial, como expresamente deja a salvo el citado artículo 161 del Código Civil, que se remite a la oposición conforme a la Ley de Enjuiciamiento civil.

Esa regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la que se remite el mencionado artículo 161 del Código Civil es la prevista en su artículo 780, conforme al cual la oposición ante los tribunales civiles a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores podrá formularse en el plazo de dos meses desde su notificación.

No cabe duda, por tanto, de que las personas que tenían reconocido un derecho de visitas están legitimadas para impugnar la resolución que las suspende en el plazo de dos meses desde su notificación.

Lo anterior, con independencia de que, además, en cualquier momento el juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, pueda adoptar las medidas de prohibición de visitas y comunicaciones para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas conforme al artículo 158 del Código Civil.

Pues bien, en el caso que juzga la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de junio de 2024 puesto que el proceso de oposición a la resolución administrativa suspendía las visitas de la recurrente se presentó escrito de oposición, de conformidad con lo dispuesto en el mencionado artículo 780 de la LEC antes de que transcurrieran dos meses desde la notificación de la resolución, debemos entender que se presentó dentro de plazo y que la acción no estaba caducada.

Con todo, puesto que la sentencia recurrida, a pesar de apreciar incorrectamente la caducidad de la acción ejercitada, se pronunció en cuanto al fondo sobre la corrección de la decisión de la entidad pública de suspender en interés de los niños las visitas, no solo respecto de los progenitores sino también respecto de la abuela recurrente, la estimación del motivo del recurso de casación basado exclusivamente en la falta de caducidad de la acción no comporta para el Alto Tribunal que se case la sentencia recurrida, y entender que no puede prosperar la pretensión que se deje sin efecto la resolución administrativa que suspendió las visitas de la recurrente.

Ahora bien, la Ley Orgánica 8/2021 regula en su Título IV las actuaciones en centros de protección —artículos 53 a 55— y en la Disposición Final octava. De forma que, en estos centros de protección de menores con independencia de su titularidad se ha de garantizar el respeto a los derechos fundamentales de los menores —vida e integridad física y psíquica— y, evitar cualquier forma de violencia y abuso. En esencia, que sean entornos seguros. Se incluyen también a los centros específicos de protección de menores con problemas de conducta.

- a) Medidas para garantizar la convivencia y seguridad en los centros de protección a la infancia y a la adolescencia.

En la Disposición Final octava de la Ley Orgánica 8/2021 se modifica la LOP-JM añadiendo un nuevo artículo 21 ter.

Por lo que, las medidas adoptadas para garantizar la convivencia y la seguridad en los centros de protección a la infancia y la adolescencia, consistirán en medidas de carácter preventivo y de desescalada, pudiéndose adoptar también excepcionalmente y como último recurso, medidas de contención física del menor. En todo caso, se prohíbe la contención mecánica, consistente en la sujeción de una persona menor de edad o a una cama articulada o a un objeto fijo o anclado a las instalaciones o a objetos muebles.

Todas estas medidas se regirán por los principios de legalidad, necesidad, individualización, proporcionalidad, idoneidad, graduación, transparencia y buen gobierno; asimismo, la ejecución de las medidas de contención se regirá por los principios rectores de excepcionalidad, mínima intensidad posible y tiempo estrictamente necesario; y, en fin, se llevarán a cabo con el respeto debido a la dignidad, a la privacidad y a los derechos de la persona menor de edad.

En cuanto a las medidas podrá ser de desescalada y de contención física. Las primeras, consistirán en todas aquellas técnicas verbales de gestión emocional conducentes a la reducción de la tensión u hostilidad del menor que se encuentre en estado de alteración y/o agitación con inminente y grave peligro para su vida e integridad o para la de otras personas. Respecto a las de contención física, suponen la interposición entre el menor y la persona u objeto que se encuentra en peligro, la restricción física de espacios o movimientos y, en última instancia, bajo un estricto protocolo, la inmovilización física del menor por personal especializado del centro.

Excepcionalmente y solo aplicable a los centros de protección de menores con trastornos de conducta, la medida de contención física podrá consistir en la sujeción de las muñecas del menor con equipos homologados.

Ahora bien, de entre las modalidades de medidas descritas, únicamente las medidas de contención aplicadas en los centros de protección a la infancia y la adolescencia deberán ser comunicadas con carácter inmediato a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal. Asimismo, se anotarán en el Libro Registro de Incidencias, que será supervisado por parte de la dirección del centro y en el expediente individualizado del menor, que debe mantenerse actualizado. En todo caso, la aplicación de medidas de contención requerirá, en todos los casos en que se hiciera uso de la fuerza, la exploración física del menor por facultativo médico en el plazo máximo de 48 horas, extendiéndose el correspondiente parte médico.

Por otra parte, la adopción de medidas de contención física que supongan restricción de espacios y movimientos o la inmovilización del menor, corresponde adoptarlas al Director del Centro o persona, en la que este haya delegado, deberán ser motivadas y notificarse con carácter inmediato a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal.

No obstante, estas medidas de contención tienen un límite, en cuanto no pueden aplicarse a personas menores de catorce años, a las menores gestantes, a las menores hasta seis meses después de la terminación del embarazo, a las madres lactantes, a las personas que tengan hijos e hijas consigo, ni a quienes se encuentren convalecientes por enfermedad grave, salvo que de la actuación de aquellos pudiera derivarse un inminente y grave peligro para su vida e integridad o para la de otras personas.

En fin, conviene precisar que, tanto las medidas de desescalada como de contención deberán aplicarse por personal especializado con formación en materia de derechos de la infancia y la adolescencia, así como en resolución de conflictos y técnicas de sujeción personal.

- b) Medidas y actuaciones en centros de protección específica de menores con problemas de conducta.

La Ley Orgánica 8/2015 modificó la LOPJM y por primera vez y como novedad se reguló el ingreso de menores en centros de protección específicos para menores con problemas de conducta. A tal fin, se introdujo un nuevo capítulo IV al título II de la citada LOPJM —artículos 25 a 35—. Esta regulación específica vino a responder, por un lado, a las peticiones planteadas por instituciones relevantes como el Defensor del Pueblo, la Fiscalía General del Estado y el Comité de los Derechos del Niño, entre otras; y, por otro a lo indicado por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 131 y 132/2010, de 2 de diciembre de 2010 en las que se resolvieron sendas cuestiones de inconstitucionalidad interpuestas, respectivamente, en relación con el artículo 211 del Código Civil y con la disposición final vigésima tercera de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y, con el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si bien, esta situación también fue abordada por la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines. Se trata de una modalidad de acogimiento residencial que, represente una medida de protección ante menores con problemas de conducta que pretende desde un enfoque positivo y de oportunidades, integrarlos en un ambiente socioeducativo y terapéutico adaptado a sus necesidades²⁸.

Es, por ello, que estos centros de protección a la infancia tienen en cuenta las especiales características, complejidad, condiciones y necesidades de estos menores, que requieren de una intervención especializada, cuando se encuentren bajo la protección de la Entidad Pública.

Al respecto, la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 establece en su artículo 20.3 que la colocación en hogares de guarda, la *kafala* del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Sólo se realizarán en caso de ser necesario y, asimismo, los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada (artículo 3.3)²⁹.

En este contexto, son cada vez más numerosos los casos de menores que ingresan en estos centros de protección, a petición de sus propias familias, ante situaciones muy conflictivas derivadas de problemas de comportamiento agresivo, inadaptación familiar, situaciones de violencia filiofamiliar y graves dificultades para ejercer la responsabilidad parental. Su situación psicológica y social demanda a las administraciones responsables soluciones diferentes, a las que ofrecen los centros de protección ordinarios a sus familias y, requieren de un ingreso en centros especializados, previo informe sobre su situación social y sobre su estado psíquico³⁰.

Por tanto, estos centros deben proporcionar un marco adecuado para la educación, la normalización de su conducta y el libre y armónico desarrollo de la personalidad de estos menores con problemas de conducta, cuando las instancias familiares y educativas ordinarias no existen o han fracasado. En todo caso, está prevista, como último recurso, la utilización de medidas de seguridad y de restricción de libertades o derechos fundamentales, así como las actuaciones e inter-

venciones que pueden realizarse en los mismos. Como establece el artículo 25.2 y 5 de la LOPJM 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 proporcionar al menor un marco adecuado para su educación, la normalización de su conducta, su reintegración familiar cuando sea posible, y 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 en estos centros y las medidas de seguridad que se apliquen en el mismo se utilizarán como último recurso y tendrán siempre carácter educativo. Y, 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.

Ahora bien, corresponde a la Entidad Pública que ostente la tutela o guarda de un menor, o al Ministerio Fiscal 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. 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 según lo establecido en el artículo 9. Dicha autorización se otorgará tras la tramitación del procedimiento regulado en el artículo 778 bis de la LEC, y deberá pronunciarse sobre la posibilidad de aplicarles medidas de seguridad, así como de limitarles temporalmente el régimen de visitas, de comunicaciones y de salidas que pudieran adoptarse.

No obstante, si razones de urgencia, convenientemente motivadas, hiciesen necesaria la inmediata adopción del ingreso, la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal podrá 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 efecto el ingreso en caso de que no lo autorice³¹.

En todo caso, no podrán ser ingresados en estos centros los menores que presenten enfermedades o trastornos mentales que requieran un tratamiento específico por parte de los servicios competentes (artículo 26 de la LOPJM).

Pues bien, tras este breve *excursus*, procede indicar que, de nuevo, en la Disposición Final octava de la Ley Orgánica 8/2021 se modifica la LOPJM, en concreto, los artículos 27 a 30 en la que se regulan de forma específicas las medidas que se han de adoptar en estos centros, en concreto, de seguridad, de contención y de aislamiento del menor orientadas a la máxima protección del menor frente a cualquier forma de violencia, abuso y en su interés superior.

Respecto a las medidas de seguridad, como dispone el artículo 27 de la LOPJM, deberán aplicarse por personal especializado y con formación en materia de derechos de la infancia y la adolescencia, resolución de conflictos y técnicas de sujeción. Si bien, este personal solo podrá utilizarlas con los menores, como último

recurso y, en concreto, en casos de intentos de fuga, resistencia activa que suponga una alteración grave de la convivencia o una vulneración grave a los derechos de otros menores o riesgo directo de autolesión, de lesiones a otros o daños graves a las instalaciones. Por lo que, solo podrán utilizarse, si fracasan las medidas preventivas y de desescalada, que tendrán carácter prioritario.

Consistirán en la contención del menor, en su aislamiento provisional o en registros personales y materiales.

La adopción de decisiones sobre las medidas de seguridad corresponde al Director del Centro o persona, en la que este haya delegado, exigiendo su motivación y notificación con carácter inmediato a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal. En todo caso, 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.

En fin, estas medidas de seguridad aplicadas deberán registrarse en el Libro Registro de Incidencias, que será supervisado por parte de la dirección del centro.

Respecto a *las medidas de contención*, solo podrá utilizarlas el personal de los centros previo intento de restauración de la convivencia y de la seguridad a través de medidas de desescalada. 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 por personal especializado del centro.

Ahora bien, únicamente y con carácter excepcional será admisible la sujeción de las muñecas del menor con equipos homologados, siempre y cuando se realice bajo un estricto protocolo y no sea posible evitar por otros medios, la puesta en grave riesgo de la vida o la integridad física del menor o de terceros. Esta medida excepcional solo podrá aplicarse por el tiempo mínimo imprescindible, que no podrá ser superior a una hora. Durante este tiempo, la persona menor de edad estará acompañada presencialmente y de forma continua, o supervisada de manera permanente, por un educador u otro profesional del equipo educativo o técnico del centro.

En todo caso, la aplicación de esta medida se comunicará de manera inmediata a la Entidad Pública, al Ministerio Fiscal y al órgano judicial que esté conociendo del ingreso.

De todas formas, recordemos que, la contención mecánica está prohibida en los términos establecidos en el artículo 21 ter de la LOPJM (artículo 28 de la LOPJM).

En cuanto a *al aislamiento provisional de un menor* como otra medida excepcional a adoptar, supone la permanencia de aquel 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, al personal del mismo o a terceros, así como de daños graves a sus instalaciones. Y se aplicará puntualmente en el momento en el que sea preciso y en ningún caso como medida disciplinaria. En todo caso, el aislamiento no podrá exceder de tres horas consecutivas sin perjuicio del derecho al descanso del menor. Durante este periodo de tiempo en que el menor se encuentra en aislamiento, deberá estar acompañado presencialmente y de forma continua, o supervisado de manera permanente por un educador u otro profesional del equipo educativo o técnico del centro (artículo 29 de la LOPJM).

En fin, con relación a los *registros materiales y personales*, se llevarán a cabo con el respeto debido a la dignidad, privacidad y a los derechos fundamentales de la

persona, con el fin de evitar situaciones de riesgo producidas por la introducción o salida del centro de objetos, instrumentos o sustancias que por sí mismos o por su uso inadecuado pueden resultar peligrosos o perjudiciales. Para ello, se utilizarán preferentemente medios electrónicos. Respecto al registro personal y cacheo del menor habrá de efectuarse por el personal indispensable, que requerirá, al menos dos profesionales del centro del mismo sexo que el menor. De implicar alguna exposición corporal esta será parcial, se realizará en lugar adecuado, sin la presencia de otros menores y preservando en todo lo posible la intimidad del menor.

Por otra parte, el personal del centro está autorizado a realizar el registro de las pertenencias del menor, pudiendo retirarle aquellos objetos que se encuentren en su posesión que pudieran ser de ilícita procedencia, resultar dañinos para sí, para otros o para las instalaciones del centro o que no estén autorizados para menores de edad. Si bien, los registros materiales se deberán comunicar previamente al menor siempre que no pudieran efectuarse en su presencia (artículo 30 de la LOPJM)³².

C. Acogimiento transfronterizo

Ahora bien, en esta Ley Orgánica 8/2021 se introduce un tipo de acogimiento nuevo que, es el acogimiento transfronterizo regulado en los artículos 20 ter a 20 quinquies de la LOPJM. En dicho preceptos se regula las condiciones y el procedimiento aplicable, por un lado, a las solicitudes de acogimiento transfronterizo en España de personas menores de edad procedentes de un Estado miembro de la Unión Europea o por un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996; y por otro, las solicitudes de acogimiento transfronterizo de menores de edad desde España a otro Estado miembro de la Unión Europea o un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996, conforme a los Reglamentos (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000 y (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores —Reglamento de Bruselas II ter—, o a un Estado parte del citado Convenio de La Haya de 1996. Desde el 1 de agosto de 2022 del Reglamento de Bruselas II ter, en sustitución del Reglamento de Bruselas II bis, el nuevo sistema de regulación de acogimiento transfronterizo en el espacio judicial europeo contemplado en el artículo 82 del citado Reglamento de Bruselas II ter es ya una realidad que, en los próximos años va a requerir de una actuación adecuada y diligente de todas las autoridades implicadas en lo que implica el procedimiento diseñado para su puesta en práctica. Asimismo, con esta regulación se da cumplida traslación legal a los criterios jurisprudenciales fijados tanto en la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 9 de mayo de 2019, como la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de octubre de 2016.

En el primer supuesto de acogimiento transfronterizo señalado, las solicitudes de acogimiento deberán realizarse por escrito y acompañarse de los documentos que la Autoridad Central española —Ministerio de Justicia— requiera para valorar la idoneidad de la medida en beneficio de la persona menor de edad y la

aptitud del establecimiento o familia para llevar a cabo dicho acogimiento. En todo caso, además de la exigida por la normativa internacional aplicable, deberá aportarse un informe sobre el niño, niña o adolescente, los motivos de su propuesta de acogimiento, la modalidad de acogimiento, la duración del mismo y cómo se prevé hacer seguimiento de la medida.

Dichas solicitudes deberán ser remitidas por la Autoridad Central del Estado requirente al objeto de obtener la preceptiva autorización de las autoridades españolas competentes con carácter previo a que se pueda producir el acogimiento.

Recibida la solicitud de acogimiento transfronterizo, la Autoridad Central española comprobará que, la solicitud reúne el contenido y los requisitos señalado en líneas precedentes y la transmitirá a la Administración autonómica competente para su aprobación. Esta, una vez evaluada la solicitud, remitirá su decisión a la Autoridad Central española que, la hará llegar a la Autoridad Central del Estado requirente. El plazo máximo para la tramitación y respuesta de la solicitud será de tres meses.

Sólo en caso de ser favorable el acogimiento, las autoridades competentes de dicho Estado requirente dictarán una resolución que, ordene el acogimiento en España, notificarán a todas las partes interesadas y solicitarán su reconocimiento y ejecución en España, asimismo, directamente ante el Juzgado o Tribunal español territorialmente competente. En todo caso, las solicitudes de acogimiento y sus documentos adjuntos deberán acompañarse de una traducción legalizada en español.

Ahora bien, la Autoridad Central española podrá rechazar las solicitudes de acogimiento transfronterizo cuando: a) El objeto o finalidad de la solicitud de acogimiento no garantice el interés superior de la persona menor de edad para lo cual se tendrá especialmente en cuenta la existencia de vínculos con España; b) La solicitud no reúna los requisitos exigidos para su tramitación. En este caso, se devolverá a la Autoridad Central requirente indicando los motivos concretos de la devolución con el fin de que pueda subsanarlos; c) Se solicite el desplazamiento de una persona menor de edad incurso en un procedimiento penal o sancionador o que haya sido condenada o sancionada por la comisión de cualquier ilícito penal o administrativo; y, d) No se haya respetado el derecho fundamental de la persona menor de edad a ser oída y escuchada, así como a mantener contactos con sus progenitores o representantes legales, salvo si ello es contrario a su superior interés (artículo 20 quater de la LOPJM).

En cuanto a las solicitudes de acogimiento transfronterizo que realicen las autoridades competentes en materia de protección de personas menores de edad por parte de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996 se remitirán por escrito a la Autoridad Central española, que las transmitirá a las autoridades competentes del Estado miembro requerido para su tramitación. La tramitación y aprobación de dichas solicitudes se regirá por el Derecho Nacional del Estado miembro requerido. En todo caso, la Autoridad Central española remitirá la decisión del acogimiento requerido a la Autoridad solicitante. En fin, las solicitudes de acogimiento y los documentos adjuntos que se dirijan a una autoridad extranjera deberán acompañarse de una traducción a una lengua oficial del Estado requerido o aceptada por este (artículo 20 quinquies de la LOPJM)³³.

Pues bien, en este contexto, nos parece importante concluir este apartado, señalado que el artículo 1 del citado Reglamento de Bruselas II ter dispone que: “se

aplica a las materias civiles relativas: a) al divorcio, la separación legal y la nulidad matrimonial; b) a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental. 2. Las materias contempladas en el apartado 1, letra b), podrán, en particular, incluir: a) el derecho de custodia y el derecho de visita; b) la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; c) la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes de un menor; de representarlo o de prestarle asistencia; d) *el acogimiento de un menor en un establecimiento o un hogar de acogida*; e) las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de los bienes de un menor. Por su parte, el artículo 82 concreta el procedimiento de acogimiento del menor en otro Estado miembro. Así, cuando un órgano jurisdiccional o una autoridad competente considere el acogimiento del menor en otro Estado miembro, deberá primero obtener la aprobación de la autoridad competente en ese otro Estado miembro. A tal efecto, la autoridad central del Estado miembro requirente transmitirá a la autoridad central del Estado miembro requerido en el que el menor deba ser acogido una solicitud de aprobación, que incluirá un informe sobre el menor y los motivos de su propuesta de acogimiento o asistencia, información sobre cualquier dotación financiera prevista, así como cualquier otra información que considere pertinente, como la duración prevista del acogimiento.

Atendiendo a tal base legal, no sólo ha de estarse ante una decisión de la autoridad competente que pueda adoptar un acogimiento como medida de protección en un litigio sobre responsabilidad parental, sino que dicho acogimiento que está considerando adoptar, tenga un carácter transfronterizo dentro de la Unión Europea. Este carácter transfronterizo del acogimiento viene precedido de la decisión de la autoridad competente del Estado miembro —Estado miembro requirente— de adoptar un acogimiento que ha de hacer efectivo en un hogar —con una o más personas, familiares no— o en un establecimiento o institución, situados en el territorio de otro Estado miembro —Estado miembro requerido—. En todo caso, debe seguirse el procedimiento previsto en el apartado 1 del artículo 82. A tal fin, la solicitud y todo documento suplementario irán acompañados de una traducción a la lengua oficial del Estado miembro requerido o, en caso de que existan varias lenguas oficiales en dicho Estado miembro, a la lengua oficial o una de las lenguas oficiales del lugar en el que se vaya a cursar la solicitud, o a cualquier otra lengua que el Estado miembro requerido haya indicado de forma expresa que puede aceptar. Los Estados miembros comunicarán esta aceptación a la Comisión en virtud del artículo 103³⁴. Este acogimiento solo lo podrá ordenar o concertar el Estado miembro requirente después de que la autoridad competente del Estado miembro requerido haya aprobado dicho acogimiento. La autoridad central de otro Estado miembro podrá informar a un órgano jurisdiccional o a una autoridad competente que considere el acogimiento de un menor sobre un vínculo estrecho del menor con ese Estado miembro. Esto no afectará ni a la legislación ni a los procedimientos nacionales del Estado miembro que considere el acogimiento. El procedimiento para recabar la aprobación se regirá por el Derecho nacional del Estado miembro requerido.

Ahora bien, se establece dos excepciones referidas en este mismo precepto. Así, en primer lugar, no se aplicará cuando el menor deba ser acogido por un progenitor; y, en segundo lugar, permite a los Estados miembros podrán decidir que no es necesaria su aprobación del mencionado apartado 1 del artículo 82 para los

acogimientos dentro de su propio territorio con determinadas categorías de parientes cercanos además de los progenitores. Estas categorías serán comunicadas a la Comisión en virtud del artículo 103. En fin salvo que existan circunstancias excepcionales que lo impidan, la resolución por la que se otorga o deniega la aprobación se comunicará a la autoridad central requirente a más tardar tres meses después de la recepción de la solicitud³⁵.

3. GUARDA PROVISIONAL, VOLUNTARIA Y JUDICIAL

Para la adopción de cualquiera de las guardas indicadas no se necesita de una previa declaración de desamparo. Si bien, para establecer la guarda judicial, se necesita que sea decretada por el Juez en proceso civil (artículos 103.2, 158.6 y 172.2 bis del Código Civil), penal o incluso en expediente de jurisdicción voluntaria; mientras que, para las otras guardas basta una resolución administrativa.

A la guarda judicial se refiere el artículo 19.1 *in fine* de la LOPJM cuando indica que la Entidad Pública deberá asumir la guarda en los términos previstos en el artículo 172 bis del Código Civil, cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda. Por tanto, representa la asunción de una guarda provisional por parte de la Entidad Pública por mandato judicial³⁶.

Por su parte, en el artículo 172.4 del Código Civil se recoge, como hemos precisado en líneas precedentes, la posibilidad de asumir la guarda provisional mediante resolución administrativa, sin declaración previa de desamparo, ni solicitud expresa de los progenitores; mientras tienen lugar las diligencias precisas para la identificación del menor, la investigación de sus circunstancias y la constatación de la situación real de desamparo. La guarda provisional, aunque imprescindible para atender situaciones de urgencia, debe tener límites temporales pues en otro caso podrían generarse situaciones de inseguridad jurídica. Por ello, se prevén las obligaciones de las Entidades y el papel a desempeñar por el Ministerio Fiscal, como superior vigilante de la actuación administrativa. No se trata ni de una guarda judicial, ni a solicitud de los propios progenitores en situación de especial necesidad (guarda voluntaria). Si bien, tendrá carácter necesario. Puede ser de escasa duración temporal o, en fin, derivar en una declaración de riesgo o desamparo. En todo caso, para una parte de la doctrina, el presupuesto objetivo de la guarda voluntaria es el “semidesamparo” consistente “en un estado en que se halla el menor, caracterizado por la carencia de la necesaria asistencia moral y material, siendo los causantes de dicha carencia los mismos que acuden a la Entidad Pública buscando un remedio transitorio”³⁷. De todas formas, el artículo 172.5 *in fine* del Código Civil establece que: “La guarda provisional cesará por las mismas causas que la tutela”.

En cuanto a la guarda voluntaria en el artículo 172 bis del citado cuerpo legal establece que, es la que tiene lugar a petición de los progenitores, no podrá sobrepasar el plazo máximo de dos años, salvo prórroga por concurrir circunstancias excepcionales; de forma que, transcurrido dicho plazo, o la prórroga, el menor debe regresar con sus progenitores o tutores, o ser dictada una nueva medida de protección permanente³⁸.

En fin, en el artículo 172 ter del Código Civil se recoge la prioridad del acogimiento familiar respecto al residencial, y se regula también la posibilidad de acor-

dar, por las Entidades Públicas, estancias, salidas de fin de semana o vacaciones con familias, de origen o alternativas, o instituciones adecuadas para los menores en acogimiento y se establece la posibilidad de que, en los casos de desamparo o guarda a petición de los progenitores, la Entidad Pública pueda fijar una cantidad a abonar por los progenitores o tutores en concepto de alimentos y gastos de cuidado y atención del menor (y de responsabilidad civil por daños)³⁹.

V. LA ADOPCIÓN DE MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS

La regulación originaria de la adopción en el Código Civil ha sido objeto de distintas modificaciones, entre las más importantes hemos de destacar, por un lado, la Ley 27/1987 de 11 de noviembre que lleva a cabo una reforma en profundidad de la institución de la adopción y como establece en su Preámbulo “esta Ley se basa en dos principios fundamentales: la configuración de la misma como instrumento de integración familiar, y el beneficio del adoptado que se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución”. Además se indica en el mismo que, tales finalidades de integración familiar y de consecución, con carácter prioritario del interés del menor, determinan la consagración de la completa ruptura del vínculo que el adoptado mantenía con su familiar de origen; asimismo, en esta norma se regula por primera vez el acogimiento familiar y, aunque, el procedimiento sigue siendo de carácter judicial con intervención del Ministerio Fiscal, se simplifica al desaparecer la intervención notarial a la vez que, se prescinde de determinados asentimientos de personas especialmente vinculadas con el adoptante y adoptado; y, por otro, debemos referirnos a las dos últimas reformas que tienen lugar en la institución como son la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y la Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV). La primera normativa, como señalamos en líneas precedentes, pretende garantizar a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado y constituir una referencia para las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia. Además, incorpora algunas de las novedades que, precisamente, se contenían en algunas normas autonómicas. También se procede a adaptar la legislación española de protección a la infancia y adolescencia a los diferentes acuerdos e instrumentos internacionales ratificados por España. Al respecto interesa destacar el Convenio Europeo en materia de adopción de menores hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008 y ratificado por España el 16 de julio de 2010. Se modifican con la Ley 26/2015 todos los preceptos que regulan la adopción nacional —artículos 175 a 180 del CC— con excepción del artículo 179 y se añade un nuevo artículo 166 bis. Entre las novedades a destacar con esta reforma: en relación con la capacidad de los adoptantes, se establece la incapacidad para adoptar de aquellos que no pueden ser tutores; además de una diferencia de edad máxima entre adoptante y adoptado de cuarenta y cinco años; respecto a la actuación de la Entidad Pública en el procedimiento judicial de adopción se exige que la declaración de idoneidad de los adoptantes sea necesariamente previa a la propuesta de adopción y se modifican los supuestos en que no es preceptiva tal propuesta previa para iniciar el expediente; se equi-

paran las parejas no casadas al matrimonio en materia de adopción; se incluye la posibilidad que pese a la adopción, pueda mantenerse con algún miembro de la familia de origen alguna forma de relación o contacto, a través de visitas o de comunicación, lo que se denomina adopción abierta; y se refuerza el derecho de acceso a los orígenes de las personas adoptadas⁴⁰. También se modifica en esta Ley 26/2015, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción Internacional que, entendiendo por esta “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, es o va a ser desplazado a España por adoptantes con residencia habitual en España, bien después de su adopción en el Estado de origen, bien con la finalidad de constituir tal adopción en España” (artículo 1.2); y, la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, en concreto y para los efectos que, nos interesan el artículo 781 que regula el proceso civil contradictorio. Por otra parte, en la Ley 15/2015 se regula el expediente de adopción en los artículos 33 a 42 —derogando con ello los preceptos hasta entonces en vigor de la LEC de 1881 (artículo 1829 a 1832)—.

Ahora bien, la adopción, pese a las modificaciones normativas sobre la materia, no se define en el Código Civil, dejando dicha labor a la doctrina y la jurisprudencia. Para LÓPEZ MAZA se puede definir “como aquel acto por el cual se constituye una relación de filiación entre el adoptante y adoptado. Tras la resolución judicial que constituye la adopción, el adoptado queda integrado en la unidad familiar del adoptante (o adoptantes), de una manera estable e irrevocable (artículo 180.1 del Código Civil) con las excepciones previstas en los artículos 178.2 y 180.2 del Código Civil”⁴¹. Por su parte, PÉREZ ÁLVAREZ señala que “la adopción consiste en una institución jurídica que, pretende reproducir la relación materno y paterno filial de base biológica que une a los hijos con sus progenitores”⁴². Asimismo, para BARBER CÁRCAMO la adopción se presenta como una figura jurídica con una doble naturaleza: “es una clase de filiación y forma de protección de menores. (...) Como forma de protección de menores, se contraponen al acogimiento familiar, pese a su idéntica base de hecho o apariencia, identificándose por la integración más plena posible del adoptado en la familia del adoptante, con la consiguiente ruptura con su familia de origen”⁴³.

Se trata de una medida definitiva que, opera esencialmente, cuando una vez constatada la imposibilidad de reintegrar al menor en su entorno familiar⁴⁴, de no adoptarse otra medida de protección como el acogimiento familiar permanente, y, consecuencia de otras medidas previas de protección como el acogimiento familiar y residencial. En todo caso, satisface las exigencias propias del interés del menor desde la perspectiva del artículo 2 de la LOPJM y el artículo 9 de la Convención de Derechos del Niño⁴⁵.

1. REQUISITOS SUBJETIVOS DE LA ADOPCIÓN. ADOPTANTE Y ADOPTADO

El artículo 175 del Código Civil contiene los requisitos subjetivos que debe cumplir el adoptante/s y el adoptado/s. Consta de cinco apartados, uno más que en su redacción anterior. El apartado primero, se dedica a los requisitos que debe cumplir el adoptante; el apartado segundo, a los requisitos que debe cumplir el

adoptando; el apartado tercero, se refiere a las personas que no pueden ser adoptadas; el apartado cuarto, contiene la previsión de dos supuestos de adopción: unipersonal y dual —conjunta o sucesiva— y la posibilidad de una nueva adopción en caso de muerte del adoptante o que sufra la exclusión prevista en el artículo 179 del Código Civil; y el apartado quinto, se refiere a la posibilidad de adopción de dos cónyuges⁴⁶ o de una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, pese a la separación o divorcio o ruptura de la relación de los mismos que, conste fehacientemente con anterioridad a la propuesta de adopción.

Como novedades en este ámbito subjetivo, como hemos anticipado, hay que destacar que, se amplía la diferencia mínima de edad entre el adoptante y adoptado; se fija una edad máxima para adoptar; se posibilita que las parejas unidas por análoga relación de afectividad a la conyugal puedan adoptar; en caso de adopción de mayores de edad o menores emancipados se establece un plazo mínimo de un año de convivencia entre adoptantes y adoptado; y la posibilidad de adopción en caso de separación, divorcio o ruptura de la pareja estable en caso que el adoptando se encontrara en acogimiento permanente o en guarda con fines de adopción⁴⁷.

Sobre tales bases, con respecto al adoptante o adoptantes el artículo 175.1 del Código Civil establece que, el adoptante debe ser mayor de veinticinco años. Además de la plena capacidad de obrar, se impone un requisito de edad para adoptar⁴⁸. Cuando sean dos los adoptantes —adopción conjunta simultánea o sucesiva— bastará con que uno de ellos cumple con este requisito de edad⁴⁹. Si bien, como precisa LIÉBANA ORTIZ “el cónyuge o pareja de análoga relación de afectividad menor de veinticinco años, debe ser en todo caso mayor de edad o menor emancipado”⁵⁰. Ahora bien, se precisa en la doctrina que, pese al silencio del Código Civil en este punto, esta misma regla mínima de edad se aplica también al caso de adopción de hijo biológico del cónyuge o pareja de hecho; por lo que si el progenitor biológico tiene al menos veinticinco años, no será necesario que lo tenga el adoptante; si, por el contrario, ninguno tiene dicha edad no se podrá adoptar hasta que, alguno de ellos alcance dicha edad⁵¹. Como se ha señalado, el adoptante debe tener plena capacidad de obrar, por lo que, no podrán ser adoptantes las personas con discapacidad con medidas de apoyo representativas⁵².

Por otra parte, es necesario que entre el adoptante y adoptado exista una diferencia de edad que no puede ser inferior a dieciséis años —antes catorce años— en la línea con lo dispuesto en el artículo 9.1 del Convenio europeo en materia de adopción⁵³. Esta diferencia de edad mínima se exige respecto de ambos adoptantes en los casos de adopción conjunta⁵⁴. Ahora bien, como indicamos, representa una importante novedad, la fijación de una edad máxima para adoptar, así se establece en el artículo 175.1 del Código Civil, una diferencia máxima de edad de cuarenta y cinco años⁵⁵, salvo en los supuestos previstos en el artículo 176.2 del Código Civil⁵⁶. Si bien, esta excepción, ante la redacción un tanto confusa del citado artículo 175.1, ha dado lugar en la doctrina al debate sobre si alcanza solo a la edad máxima o también a la mínima. Frente a quienes optan por limitarlo a la edad máxima⁵⁷, no faltan tampoco quienes lo aplican a ambas. Así entre estos últimos CALLEJO RODRÍGUEZ señala que, esta posición es la más acorde con el Convenio europeo de adopción y además, si los supuestos del artículo 176.2 constituyesen excepciones solo a la diferencia máxima de edad, se habría recogido de forma separada y no en un inciso relativo a ambas diferencias de edad⁵⁸. En todo

caso, parece que, por la colocación sistemática de la excepción opera respecto de la diferencia máxima de edad, y además resulta más lógico excepcionar la edad máxima que la mínima.

De todas formas, y referida a la exigencia de edad máxima, se excepciona la misma en el caso que se adopten grupos de hermanos o menores con necesidades especiales. En todo caso, como se indica en el Preámbulo de la Ley 26/2015 la diferencia de edad de cuarenta y cinco años se refiere a la capacidad de los adoptantes⁵⁹.

Por otra parte, hay que señalar que, aunque no hay referencia legal de ello, resulta evidente que, quien quiera adoptar, ha de tener capacidad para prestar el consentimiento exigido para constituir la adopción (artículo 177.1 del Código Civil).

En este contexto, no pueden ser adoptantes los que no pueden ser tutores por incurrir en alguna causa de inhabilidad contenida en los artículos 243 y 244 del Código Civil, sin que sea necesaria una resolución administrativa, pues actúa de forma automática y coincide con la inhabilidad para ser acogedor (artículo 177 ter 1.2 del Código Civil)⁶⁰. Se trata, como señala PÉREZ ÁLVAREZ, de una prohibición de carácter absoluta⁶¹; y además opera como presupuesto previo a la propia declaración de idoneidad⁶².

La adopción, como regla general, sigue siendo individual, salvo que los adoptantes sean matrimonio o pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, en cuyo caso la adopción es conjunta —simultánea o sucesiva— (artículo 175.4 del Código Civil).

En cuanto al adoptando, solo puede serlo los menores de edad no emancipados (artículo 175.2 del Código Civil). Aunque no se exige una edad mínima para ser adoptado, el *nasciturus* no puede ser adoptado, pues, entre otras exigencias la madre no puede prestar el asentimiento a la adopción hasta transcurrido seis semanas desde el parto y además, como acertadamente se indica, el adoptado debe tener capacidad jurídica⁶³.

No pueden ser adoptados los mayores de edad y los menores emancipados⁶⁴; no obstante, será posible la adopción en estos supuestos, cuando inmediatamente antes de la emancipación, hubiera existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ello de al menos un año (artículo 175.2 del Código Civil)⁶⁵. Ya no se exige que, la convivencia anterior a la emancipación sea ininterrumpida ni que se haya iniciado antes de contar el adoptando con la edad de catorce años. Ahora bien, se ha considerado al respecto que, el hecho que la convivencia o el acogimiento haya tenido lugar inmediatamente antes de la emancipación, no significa que debe haber una continuidad en la misma, admitiéndose una convivencia o acogimiento a plazo, si bien con la exigencia que, todos los plazos sumen un total de un año y que se cumpla tal exigencia inmediatamente antes de la emancipación⁶⁶. En todo caso, el plazo de un año que ha de tenerse en cuenta ha de ser anterior a la emancipación y no a la adopción⁶⁷. Además, la convivencia ha de ser estable, siendo no obstante la misma compatible con separaciones físicas temporales⁶⁸. De todas formas, no es necesario que se mantenga la convivencia en el momento de la adopción, pues, el propio acogimiento cesa tras la mayoría de edad o emancipación del menor (artículo 173.4 d) del Código Civil). Si bien, hay que señalar que, para la constitución de la adopción en estos supuestos no será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública (artículo 176.2 4.ª del Código Civil).

Por otra parte, no puede adoptarse a: 1. Un descendiente, cualquiera que sea su grado y tipo de filiación; 2. A un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad; 3. A un pupilo por su tutor hasta que no se haya aprobado definitivamente la cuenta de la tutela (artículo 175.3 del Código Civil). Si concurre tutor de la persona y del patrimonio de forma separada (artículo 236.1 del Código Civil) la prohibición afecta al segundo y no al primero⁶⁹. No obstante, esta excepción a la posibilidad de adopción referida al tutor se excepciona: 1. Cuando se aprueben definitivamente las cuentas de la tutela; 2. Cuando haya prescrito la acción de rendición de cuentas —cinco años contados desde que el tutor cesó en el cargo (artículos 279.2 y 1972 del Código Civil)—⁷⁰. En todo caso, la LJV permite acumular el expediente de constitución de la adopción con la rendición de cuentas (artículos 15 y 51). De todas formas, las prohibiciones descritas tienen carácter relativo⁷¹.

Ahora bien, nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice de forma conjunta —simultánea o sucesivamente— por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal (artículo 175.4 del Código Civil). Respecto de la pareja de hecho puede ser heterosexual o homosexual y el debate se plantea sobre si ha de estar inscrita o no, y si debe existir o no un previo periodo de convivencia. Del propio tenor literal, se entiende que no sería necesaria su inscripción y tampoco un periodo determinado de convivencia —como no se exige al matrimonio—; en todo caso, habrá que atender a los requisitos fijados en las legislaciones autonómicas sobre parejas de hecho⁷².

Por otra parte, resulta indiferente que, el matrimonio se haya celebrado antes o después de la adopción, pues se admite que el matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permita al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. Esta previsión resultará también aplicable a las parejas de hecho que, se constituyan con posterioridad (artículo 175.4 del Código Civil).

En todo caso, son dos las situaciones en las que el adoptado puede concurrir a una nueva adopción: 1. En caso de fallecimiento del adoptante: si son dos los adoptantes deben fallecer ambos; pues la muerte de uno de ellos no extingue la adopción, que continúa con el otro sobreviviente; 2. Cuando el adoptante sufra la exclusión prevista del artículo 179 del Código Civil. A estos dos supuestos, LÓPEZ MAZA añade otro, como es el caso de adopción conjunta, uno de los adoptantes fuera excluido y el otro falleciera⁷³.

De todas formas, ni el matrimonio ni la pareja de hecho determina la constitución de adopción conjunta, pues, es posible la adopción unipersonal por uno solo de los cónyuges o miembro de la pareja, siempre que medie el asentimiento a la adopción por parte del cónyuge o miembro de la pareja de hecho que, no sea adoptante (artículo 177.2.1 del Código Civil)⁷⁴.

Si bien, el matrimonio ulterior o la constitución de la pareja de hecho pueden dar lugar a la adopción conjunta sucesiva, al permitirse, como hemos señalado, la adopción de los hijos del cónyuge o la pareja de hecho (artículo 175.4 del Código Civil).

Ahora bien, una regla especial se establece en los supuestos de separación, divorcio o ruptura de la pareja antes de la propuesta de adopción, así si el adoptando se encuentra el acogimiento permanente (artículo 173 bis 2 del Código Civil) o guarda con fines de adopción (artículo 176 bis del Código Civil) de dos cónyuges o pareja unida por relación análoga a la conyugal, la separación o el divorcio legal o la ruptura de la relación de la pareja que conste fehacientemente con anterioridad

a la propuesta de adopción, no impedirá que pueda promoverse la adopción conjunta. Para ello será necesario acreditar la convivencia afectiva del adoptante con ambos cónyuges o miembros de la pareja unida por análoga relación a la conyugal durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción⁷⁵. La referencia al acogimiento permanente se entiende por la doctrina que, constituye un error del legislador, pues, tal medida de protección del menor tiene un carácter estable y pretender ser una alternativa a la adopción. La referencia debería haber sido al acogimiento familiar temporal⁷⁶. En todo caso, no parece necesario que a lo largo de toda la convivencia requerida se encuentre el menor bajo estas formas de guarda. Solo se exige su concurrencia en el momento de la propuesta de adopción⁷⁷. El plazo de dos años se entiende que, es suficiente para una convivencia estable y que se consolide su relación con los adoptantes⁷⁸. De todas formas, el artículo 176.2.3.^a del Código Civil señala que no se requerirá propuesta previa de la Entidad Pública cuando el adoptando lleve más de un año en guarda con fines de adopción. Por lo que, en este caso que, se exige dos años bajo esta forma, no se podría solicitar por ambos cónyuges la adopción sin necesidad de propuesta previa hasta que transcurra tal plazo de dos años. No obstante, BARBER CÁRCAMO señala que esa convivencia puede haber tenido lugar bajo otra forma de guarda. Dejando en manos del juez valorar que el interés del menor aconseje esta adopción conjunta⁷⁹.

2. EL PROCEDIMIENTO PARA LA CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN

El proceso de adopción tiene dos fases: una primera de carácter administrativo que se desarrolla ante la Entidad Pública. Está regulada en el artículo 176 del CC y ha sido objeto de tratamiento normativo por casi todas las Comunidades Autónomas en base a la competencia atribuida en el artículo 148.20 de la Constitución española en materia de asistencia social y que ha determinado su legislación sobre acogimiento y adopción⁸⁰; y, la segunda, regulada también en el artículo 176 del CC y en los artículos 33 a 42 de la LJV.

El citado artículo 176 ha sido reformado tanto por la Ley 15/2015 como por la Ley 26/2015 y contiene cuatro apartados, uno más que la versión anterior. Así, el antiguo apartado tercero es el ahora apartado cuarto y se incorporar un nuevo apartado tercero.

A. *La fase administrativa*

Se desarrolla ante la Entidad Pública que tiene encomendada la protección de menores en el territorio de la correspondiente Comunidad Autónoma. Los futuros adoptantes han de formular la correspondiente solicitud ante la Entidad Pública e inscribirse en el registro de adoptantes que exista en tales Entidades. Después de llevar a cabo tales trámites, comienza la fase administrativa y la Entidad Pública somete a los futuros adoptantes inscritos a la oportuna declaración de idoneidad, salvo en los supuestos del artículo 176.2.2 del Código Civil.

La competencia que se atribuye a la Entidad Pública en relación con la promoción del expediente de adopción señala PÉREZ ÁLVAREZ “es exclusiva y tiene

carácter objetivo. Exclusiva en el sentido que, salvo los casos en que no se requiere propuesta previa de la Entidad, la Administración es la única que puede promover la adopción. Y tiene carácter objetivo en el sentido que, como regla general, la propuesta administrativa se precisa para promover el expediente de jurisdicción voluntaria con independencia de si la adopción se refiere o no a un menor desamparado”⁸¹.

Se entiende por idoneidad “la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidad que conlleva la adopción” (artículo 176.3 del Código Civil). Esta definición coincide con la ya contenida en el artículo 10.1 de la Ley 54/2007 de Adopción internacional⁸². Además, este precepto —reformado por la Ley 26/2015— establece en su apartado quinto la posibilidad que, las personas que se ofrecen para la adopción, puedan ser declaradas idóneas simultáneamente para la adopción nacional e internacional, siendo compatible la tramitación de su ofrecimiento para los dos ámbitos. Esta idoneidad no solo debe tener existencia en el momento presente, sino también mantenerse en el futuro “lo que implica estar motivado para desempeñar las obligaciones propias de la filiación adoptiva”⁸³. De todas formas, esta capacidad, aptitud y motivación para ejercer la responsabilidad parental viene a ser la misma que, se exige a los progenitores biológicos, pues, estamos operando en el ámbito de la potestad parental⁸⁴.

Ahora bien, esta declaración de idoneidad debe ser previa a la propuesta de adopción por parte de la Entidad Pública —lo que representa una importante novedad— y determina su carácter abstracto. Por otra parte, será necesario para emitir tal declaración de idoneidad llevar a cabo una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes, así como su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias. Además, conforme el apartado cuarto del artículo 176.3 del Código Civil las personas que, se ofrezcan para la adopción deben asistir a las sesiones informativas y de preparación organizadas por la Entidad Pública o por Entidad colaboradora autorizada. Esta última exigencia también se establece en el artículo 11.1 de la Ley 54/2007 con carácter previo y obligatorio a la solicitud de declaración de idoneidad en el supuesto de adopción internacional. Asimismo, en el artículo 178.4 *in fine* del Código Civil se establece que, deberá constar en la declaración de idoneidad, si las personas que se ofrecen para la adopción, aceptarían una adopción abierta.

El Código Civil no establece un plazo de vigencia de la declaración de idoneidad. Se entiende que, una vez que, la Entidad Pública declara idóneos a los futuros adoptantes, deberá remitir inmediatamente al juez la propuesta de adopción junto a tal declaración. No obstante, la doctrina considera posible aplicar por analogía el plazo de tres años desde la fecha de su emisión por la Entidad Pública que, el artículo 10.3 de la Ley 54/2007 dispone para la vigencia de la declaración de idoneidad y de los informes psicosociales referentes a la misma en el supuesto de adopción internacional⁸⁵.

La declaración de idoneidad se ha de formalizar mediante la correspondiente resolución por parte de la Entidad Pública. Contra la resolución desestimatoria de idoneidad emitida por ésta, cabe formular recurso de oposición por la vía del artículo 780 de la LEC en el plazo de dos meses desde la notificación. Este procedimiento tendrá carácter preferente (artículo 779.1 de la LEC) y será competente

el juez de Primera Instancia del domicilio de la Entidad Pública, o, en su defecto, el del domicilio del adoptante (artículo 779.2 de la LEC). De todas formas, que la Entidad Pública tenga como competencia el valorar la idoneidad de los adoptantes, esto no impide que el juez pueda en fase judicial, realizar un control de la misma en la fase judicial⁸⁶.

En este contexto, el artículo 176.3.3 del Código Civil contiene una serie de supuestos relativos a personas que no pueden ser declaradas idóneas: 1. Quienes se encuentren privados de la patria potestad; 2. Quienes tengan suspendido su ejercicio; 3. Quienes tengan confiada la guarda de su hijo a la Entidad Pública. Estas causas operan *a priori*, de forma automática sin necesidad de pronunciamiento expreso de la Administración⁸⁷.

Una vez fijada la declaración de idoneidad de los adoptantes, se ha de proceder a formular propuesta de adopción por parte de la Entidad Pública que, tendrá lugar por escrito. En dicha propuesta de adopción se harán constar: 1. 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 aquél o aquéllos. Tales relaciones previas pueden haber tenido lugar mediante un acogimiento familiar temporal (artículo 173 bis 2 b) del Código Civil) o por una guarda con fines de adopción (artículo 176 bis del Código Civil); 2. En su caso, respecto de quienes han de prestar su asentimiento o ser oídos, deberá indicarse el último domicilio conocido del cónyuge del adoptante o de la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad a la conyugal o de los progenitores, tutor, familia acogedora o guardadores del adoptando; 3. Se ha de indicar si unos y otros han formulado su asentimiento ante la Entidad Pública o en documento público (artículo 35.2 a), b) y c) de la LJV). Además, junto con la propuesta se presentarán los documentos que acrediten los extremos indicados, 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 (artículo 35.4 de la LJV). En todo caso, el escrito de propuesta de la Entidad Pública deberá cumplir con los requisitos formales de toda solicitud de incoación de expediente de jurisdicción voluntaria establecidos en el artículo 14 de la LJV.

Ahora bien, no será necesaria propuesta previa de la Entidad Pública ni declaración de idoneidad, bastando el ofrecimiento para la adopción, cuando en el adoptando concorra alguna de las circunstancias siguientes: 1. Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad⁸⁸; 2. Ser el hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal —esta última resulta una novedad introducida por la reforma—; 3. Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo la tutela del adoptante por el mismo tiempo; 4. Ser mayor de edad o menor emancipado. Este supuesto se debe relacionar con el artículo 175.2 de CC que, requiere un acogimiento o convivencia estable con el adoptando que haya durado más de un año.

En todos estos casos, como hemos señalado, la solicitud de la adopción la hace directamente el adoptante al juez —sin participación alguna de la Entidad Pública ni siquiera a los efectos de ser oída (artículo 177.3 del Código Civil)—. El artículo 35.3 de la LJV establece que se presentará tal solicitud por escrito que deberá expresar: 1. Las indicaciones señaladas en el artículo 35.2 en cuanto fueran aplicables; 2. Las alegaciones y pruebas conducentes a demostrar que en el adop-

tando concurre algunas de las causas contenidas en el citado artículo 176.2.2 del Código Civil. En todo caso, con dicho ofrecimiento para la adopción se presentarán los documentos acrediten los extremos contenidos en el mencionado artículo 35.2 y cuantos informes y documentos se estimen oportunos.

Sobre tales bases, el artículo 176.4 del Código Civil también establece que, en los casos de los números 1, 2 y 3 del apartado segundo podrá constituirse la adopción, aunque el adoptante hubiera fallecido —adopción *post mortem*— siempre que éste hubiera prestado su consentimiento ante el juez o el mismo conste en documento público o en testamento en cualquiera de sus formas⁸⁹. La constitución de este tipo de adopción no tiene carácter automático, pues, precisa el consentimiento del adoptando mayor de doce años (artículo 177.1 del Código Civil), además de quedar al arbitrio judicial su constitución.

La resolución judicial que constituye la adopción *post mortem* se retrotrae a la fecha de prestación del consentimiento por el adoptante con la finalidad de poder ser considerado hijo póstumo a efectos hereditarios, pues, el fallecimiento tiene lugar con posterioridad a la constitución de la adopción.

B. La fase judicial: el expediente de adopción

Se tramita ante el juez a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria contenido en los artículos 33 a 42 de la LJV.

La Entidad Pública o el adoptante, cuando estuviera legitimado para ello, pueden solicitar el inicio del expediente ante el Juez de Primera Instancia correspondiente a la sede de la Entidad Pública que tenga encomendada la protección del adoptando, y, en su defecto, el del domicilio del adoptante (artículos 33 y 35.1 de la LJV). La tramitación del expediente de adopción tendrá carácter preferente y se practicará con intervención del Ministerio Fiscal y no será necesaria la asistencia de abogado ni de procurador (artículo 34 de la LJV). El artículo 14.3 de la LJV señala al respecto que, se facilitará al interesado un impreso normalizado para formular la solicitud, no siendo en este caso necesario que, se concrete la fundamentación jurídica de lo solicitado. La solicitud se podrá presentar por cualquier medio, incluida la forma electrónica.

En todo caso, el juez puede ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse que la adopción es en interés del adoptando. Por otra parte, el expediente se practicará con intervención del Ministerio Fiscal que deberá ser oído e informar previamente sobre la constitución o no de la adopción (artículo 4 de la LJV). Si se opone el trámite del expediente se convierte en contencioso, y el Letrado de la Administración de Justicia citará a los interesados a una vista y se continuará por los trámites de juicio verbal (artículo 39.3 de la LJV)⁹⁰.

El expediente de adopción termina con auto que, tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad y tiene efectos constitutivos de la adopción (artículo 176.1 del Código Civil). Contra el auto que resuelve el expediente cabe recurso de apelación, que tendrá carácter preferente, sin que produzca efectos suspensivos (artículo 39.4 de la LJV). El testimonio de la resolución firme en que se acuerde la adopción se remitirá al Registro Civil correspondiente, para que se practique su inscripción (artículo 39.5 de la LJV).

3. CONSENTIMIENTOS, ASENTIMIENTOS Y AUDIENCIAS EN EL EXPEDIENTE DE ADOPCIÓN

Como regla general los consentimientos, asentimientos y audiencias tendrán lugar en presencia del Juez que tramita el expediente y debe estar presente el Ministerio Fiscal (artículo 4 de la LJV). Se ha de citar a todas las personas que van a prestar su consentimiento, a asentar o ser oídas. Para ello ha de constar tanto en la propuesta previa de la Entidad Pública como en el ofrecimiento para la adopción el último domicilio de todos los interesados (artículo 35.2 b) de la LJV). Ahora bien, si en la propuesta de adopción o en el ofrecimiento para la adopción no constase el domicilio de los que deban ser citados, el Letrado de la Administración de Justicia practicará inmediatamente las diligencias oportunas para la averiguación del domicilio conforme a lo prevenido en el artículo 156 de la LEC y los citará ante el Juez 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 (artículo 38.1 de la LJV). Si se trata de citaciones que deban prestar su asentimiento o ser oídas se incluirá el apercibimiento que si fueran citados personalmente y no compareciesen 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 quince días siguientes, con el apercibimiento que, aunque no comparezcan, el expediente seguirá su trámite (artículo 38.2 de la LJV). Cuando no haya podido conocerse el domicilio o el 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 que se acuerde será válida, sin perjuicio, en su caso, del derecho que tienen los progenitores de solicitar la extinción de la adopción en los términos que establece el artículo 180.2 del Código Civil (artículo 38.3 de la LJV).

A. Personas que han de consentir la adopción

Señala PÉREZ ÁLVAREZ que el consentimiento “supone la emisión de una declaración manifestando la voluntad de querer ser adoptado por alguien en concreto” y añade que “de configura como un acto jurídico voluntario, personalísimo, irrevocable, puro y formal”⁹¹. Deben prestar el consentimiento para la adopción el adoptante o adoptantes⁹² y el adoptado mayor de doce años (artículo 177.1 del Código Civil y artículo 36 de la LJV), esto es, las personas que se va a ser parte del vínculo de adoptivo. Deben para ello “emitir una declaración de voluntad aceptando de una manera libre y plena la adopción”⁹³.

Se debe prestar ante el juez (artículos 177.1 del Código Civil y 36 y 37 de la LJV), salvo en el supuesto contenido en el artículo 176.4 que, posibilita que se preste en documento público o en testamento cuanto tiene lugar el fallecimiento del adoptante. Si el adoptante no ha fallecido, y hubiera prestado su consentimiento ante la Entidad Pública, debe volver a prestarlo ante el juez⁹⁴.

En todo caso, cuando la adopción es conjunta, corresponde a ambos adoptantes prestar el consentimiento. Si el consentimiento ha de prestar el adoptando ha de hacerlo, si es mayor de doce años con independencia de su grado de madurez y sin asistencia de ningún representante legal. Si es menor de doce años, aunque

tenga madurez suficiente para entender y querer el acto, no tiene que prestarlo, pero podrá ser oído. No prestará el consentimiento ni será oído el menor de doce años que, no tiene madurez suficiente⁹⁵.

Si el adoptando es persona con discapacidad puede prestar el consentimiento. Igualmente, si se establece una medida de apoyo asistencial. De ser esta representativa, al ser un acto personalísimo, no procederá el consentimiento por la medida de apoyo nombrada (curador) (artículo 287.1 del Código Civil)⁹⁶.

En todo caso, ha de prestarse el consentimiento expreso a la adopción ante el órgano jurisdiccional, no valiendo el consentimiento tácito. Por lo que, no procede declaración de la adopción *post mortem*, si consta que el solicitante falleció antes de prestar su consentimiento en sede judicial⁹⁷.

El consentimiento del adoptante o adoptantes y del adoptando mayor de doce años son obligatorios para constituir la adopción, por lo que su omisión determina el sobreseimiento del expediente y que aquella no pueda tener lugar⁹⁸. Si bien, el juez no está vinculado por ellos, pues, puede denegar la adopción, pese a existir el consentimiento del adoptante/es o del adoptado si no resulta conveniente al interés del menor⁹⁹. De todas formas, estos consentimientos son revocables en tanto no recaiga auto judicial firme que, constituya la adopción¹⁰⁰.

B. *Personas que han de asentar la adopción*

LÓPEZ MAZA señala que el asentimiento constituye “una declaración de voluntad permitiendo o admitiendo la adopción”¹⁰¹. Para PÉREZ ÁLVAREZ representa una suerte de “autorización a la adopción a constituir que, implícitamente, conlleva una aceptación de las consecuencias que ocasionará a quien asiente”¹⁰². Lo cierto es que, las personas que van a asentar la adopción no son parte de la relación adoptiva, pero van a resultar afectadas —personal y patrimonialmente— por la adopción que se constituya¹⁰³.

El artículo 37.1 de la LJV señala expresamente que deberá prestarse el asentimiento ante el juez. Si bien, no será necesario el asentimiento, cuando se hubiera prestado con anterioridad a la iniciación del expediente ante la correspondiente Entidad Pública o en documento público, salvo que hubieran transcurrido más de seis meses desde que lo hicieron. Por lo que, en estos casos, el asentimiento tiene un plazo de validez de seis meses, transcurridos los mismos sin que la Entidad Públicas hubiese iniciado la tramitación judicial del expediente, deberá emitirse de nuevo ante el juez¹⁰⁴. En todo caso, si el asentimiento se expresa ante la Entidad Pública o en documento público, deberá remitirse ante el juez que, conoce el expediente junto con la propuesta de adopción.

Deben asentar la adopción: 1. El cónyuge o persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal —lo que representa una novedad—, salvo que medie separación o divorcio legal o ruptura de la pareja que conste fehacientemente, excepto en los supuestos en los que la adopción se vaya a formalizar de forma conjunta¹⁰⁵. Se trata de separación legal o divorcio —error del legislador la calificación de divorcio legal, del mismo supuesto de divorcio (pues, ya no son cónyuges), y, además, no se aplica a la separación de hecho—. La no necesidad de asentimiento en caso de separación o divorcio o ruptura de la pareja se diferencia del supuesto

contenido en el artículo 175.5 del Código Civil pues, en este caso, se produce antes de la propuesta previa de adopción y estando el menor adoptando en acogimiento temporal o en guarda con fines de adopción, mientras que en el supuesto que estamos analizando, tiene lugar durante la tramitación del expediente y en caso de no darse este supuesto, habrían de consentir ambos en caso de adopción conjunta. De todas formas, la redacción del artículo 177.2 del Código Civil es un tanto confusa pues, la fase “excepto en los supuestos en los que la adopción se vaya a formalizar de forma conjunta” opera no como tal excepción, porque como hemos señalado, de no mediar separación, divorcio o ruptura de la pareja sería necesario el consentimiento de los dos adoptantes y además en el caso que, dándose las exigencias que determina el artículo 175.5 del Código Civil se promueva la adopción conjunta tras la separación, divorcio o ruptura de la pareja, ambos deberán prestar el consentimiento¹⁰⁶; y, 2. Los progenitores del adoptando que no esté emancipado¹⁰⁷. Si bien, haya varios supuestos en los que se excepciona la prestación de tal asentimiento: A. Cuando los progenitores estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación¹⁰⁸. Ha de ser una privación total y no una mera suspensión del ejercicio de la patria potestad o privación parcial. Si bien, como aclara el artículo 177.2.2 del Código Civil, la necesidad o no de asentimiento en estos casos solo podrá apreciarse en el procedimiento judicial contradictorio que se tramitará conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Precisamente, el artículo 781 de la LEC establece el procedimiento a seguir. Así cuando los progenitores citados, comparezcan y reclamen su derecho a asentar la adopción, se suspenderá el expediente y se les dará un plazo de quince días para interponer demanda, siendo competente el mismo juez que está conociendo el expediente de adopción (artículo 781.1 de la LEC y artículo 37.2 de la LJV). Si la demanda se presenta fuera de plazo, el Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto, dando por finalizado el trámite y alzará la suspensión del expediente de adopción, que continuará tramitándose conforme a la LJV (artículo 37.2.3 de la LJV y artículo 781.2 de la LEC). Si bien, el decreto del Letrado de la Administración de Justicia será recurrible directamente en revisión ante el tribunal. Una vez firme la resolución, no se admitirá ninguna reclamación posterior de los mismos sujetos sobre la necesidad de asentimiento para la adopción de que se trate. Ahora bien, si la demanda se presenta dentro de plazo, el Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto declarando contencioso el expediente de adopción y acordará seguir su tramitación conforme a lo dispuesto en el artículo 781 de la LEC por los trámites de juicio verbal como pieza separada conforme al artículo 753 de la LEC —la demanda se tramitará en el mismo procedimiento de adopción—. Una vez firme la resolución que se dicte en la pieza separada sobre la necesidad de asentimiento de los progenitores del adoptando, el juez resolverá a continuación sobre la adopción en ese mismo procedimiento (artículo 781.3.2 de la LEC). El auto que ponga fin al procedimiento será susceptible de recurso de apelación (artículo 781.1.3.IV de la LEC), que tendrá efectos suspensivos.

Tampoco procede el asentimiento de la madre/padre biológicos ante la suspensión de la patria potestad por el trascurso de dos años desde la notificación de la declaración de la situación de desamparo sin oposición a la misma¹⁰⁹. O el trascurso de más de dos años desde que se desestimara la oposición formulada frente a la declaración de desamparo de los menores y no consta acreditado que se haya producido una modificación significativa de las circunstancias que dieron lugar

a dicha declaración; además, puede darse el caso de una perfecta integración y vinculación de los menores con la familia de acogida¹¹⁰.

2. No será necesario el asentimiento de los progenitores del adoptando cuando se encuentren imposibilitado para ello, que deberá apreciar el juez motivadamente en la resolución que constituya la adopción (artículo 177.2.º apartado segundo del Código Civil). La imposibilidad de asentir puede deberse a múltiples causas: falta de capacidad física o psíquica —en caso de persona con discapacidad habrá que estar a la existencia o no de medidas de apoyo—, ausencia de los progenitores o su fallecimiento¹¹¹.

3. Tampoco puede asentir los progenitores que tuvieran suspendida la patria potestad cuando hubieran transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de la situación de desamparo, en los términos previstos en el artículo 172.2 del Código Civil, sin oposición a la misma o cuando, interpuesta en plazo, hubiera sido desestimada. Para que resulte operativa esta excepción a la prestación de asentimiento es necesario que haya una situación de desamparo; que hayan transcurrido dos años desde la notificación de la resolución por la que se declara la situación de desamparo; y que, los progenitores no se hayan opuesto a tal declaración de desamparo o a cualquier medida de protección que se haya adoptado por la Entidad Pública competente¹¹². En todo caso, se penaliza el desinterés de los progenitores, se “castiga” su inacción al no impugnar u oponerse a la declaración de desamparo y a la medida de protección acordada por la Entidad Pública en el plazo indicado¹¹³.

4. Tampoco será necesario el asentimiento cuando el adoptando esté emancipado o sea mayor de edad¹¹⁴.

5. Tampoco procede el asentimiento de la progenitora con antecedentes de desprotección grave; incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad y la existencia de una separación definitiva de hijo/os. Carencia de medios personales, materiales y sociales para atender a su hijo/os. Situación social cronificada tanto en los progenitores como el entorno familiar, que impide la existencia de una red social y familiar que dé cobertura al menor nido a su discapacidad¹¹⁵. O incumplimiento por ambos progenitores de los deberes exigibles unidad a malos tratos y agresiones sexuales. Además llevar con la familia de acogida un número de años importantes e integración en la misma a lo largo de su infancia y desarrollo¹¹⁶.

6. En fin, tampoco resulta necesaria el asentimiento de la madre biológica de la adopción en supuesto de gestación por sustitución. Los menores constan inscritos únicamente como hijos de su padre; por lo que, a efectos de la adopción, no habiendo impugnación ni controversia en cuanto a la inscripción¹¹⁷. Ni en los supuestos de acogimiento previo con fines de adopción, cuando el menor está plenamente adaptado y se desarrolla satisfactoriamente en el seno de la familia de acogida, pues, operar de otra forma, supondría un riesgo psicológico para el menor ante un cambio de situación¹¹⁸.

Un breve paréntesis en relación con la gestación o maternidad subrogada. Como bien sabemos, la legislación española declara nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución y atribuye la titularidad de la relación de filiación materna a la madre gestante, sin que en la reforma de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida llevada a cabo por la Ley 19/2015, de 13 de julio —promulgada con posterioridad a la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2013— esta previsión legal fue modificada.

En esta sentencia y en el posterior auto de 2 de febrero de 2015 que desestimó la solicitud de nulidad de dicha sentencia, se sostuvo que, los contratos de gestación por sustitución vulneran los derechos fundamentales, tanto de la mujer gestante como del niño gestado, y son por tanto manifiestamente contrarios a nuestro orden público. No se trata solamente de que el artículo 8 de CEDH no garantice el derecho de fundar una familia ni el derecho de adoptar, pues el derecho al respeto de la vida familiar no protege el simple deseo de fundar una familia (sentencia de 24 de enero de 2017, caso Paradiso y Campanelli, apartado 141). Es que, como concluye el Informe del Comité de Bioética de España de 2017, el deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas. Un contrato de gestación por sustitución como el que es objeto de este recurso entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio.

Si bien, esta contrariedad manifiesta deriva no sólo de que el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana, sino también porque el contrato de gestación por sustitución vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos en los que España es parte. Al respecto, el artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el que España es parte, establece: *“Los Estados partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”*.

La prohibición de la venta de niños también aparece enunciada en el artículo 1 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, firmada y ratificada por España. En el artículo 2 a) del Protocolo Facultativo se define la venta de niños como “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”. Asimismo, como pone de relieve el Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, Asamblea General de la ONU, 15 de enero de 2018, la expresión “para cualquier fin o en cualquier forma” que emplea el citado art. 35 de la Convención supone que la gestación por sustitución no supone una excepción a la prohibición de venta de niños establecida en dicha norma. Y que la gestación por sustitución comercial entra de lleno en la definición de “venta de niños” del artículo 2 a) del Protocolo Facultativo cuando concurren los tres elementos exigidos en dicha definición: a) “remuneración o cualquier otra retribución”; b) el traslado del niño (de la mujer que lo ha gestado y parido a los comitentes); y c) el intercambio de “a)” por “b)” (pago por la entrega del niño). La entrega a que se obliga la madre gestante no tiene que ser necesariamente actual (esto es, de un niño ya nacido), puede ser futura, como ocurre en el contrato de gestación por sustitución. Resulta gravemente lesivo para la dignidad e integridad moral del niño (y puede también serlo para su integridad física habida cuenta de la falta de control de la idoneidad de los comitentes) que se le considere como objeto de un contrato, y atenta también a su derecho a conocer su origen biológico.

Por otra parte, en el apartado 115 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y

la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto, se declarara: *“(La Unión Europea) Condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos”*. Además, como expresan tanto el Informe de la Relatora Especial como del Comité de Bioética de España, un mercado que tenga por objeto la gestación subrogada de niños favorece que estos contratos se celebren y ejecuten cada vez con más frecuencia en aquellos Estados en los que se otorgan mayores prerrogativas a los comitentes y, correlativamente, se acentúe la vulneración de la autonomía personal, la integridad física y moral y, en definitiva, la dignidad de la mujer gestante. En este sentido, el Informe de la Relatora Especial de la ONU sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños a que se ha hecho referencia, afirma sobre esta cuestión: *“La exigencia de que las órdenes nacionales de patria potestad se reconozcan a escala mundial sin restricciones debidas y haciendo caso omiso de las preocupaciones relativas a los derechos humanos plantea el riesgo conexo de que una minoría de jurisdicciones con enfoques permisivos en materia de gestación por sustitución de carácter comercial y con regulaciones que no protegen los derechos de las partes vulnerables frente a la explotación normalicen a escala mundial prácticas que violan los derechos humanos”*.

Ahora bien, conductas vinculadas con este tipo de contratos, en las que, mediante compensación económica, se entregue a otra persona un hijo o cualquier menor, pueden quedar encuadradas en el artículo 221.1 del Código Penal cuando se hayan eludido los procedimientos legales aplicables a la guarda, acogimiento o adopción. Asimismo, el artículo 26 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (LAI) rige para la validez en España,

Además de lo expuesto sobre los instrumentos internacionales que prohíben la venta de niños suscritos por España, conforme al artículo 3 del citado Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, los Estados firmantes deben tipificar como delito la actuación consistente en “inducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción”, “tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras”. España también es parte en la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, que en su art. 6 conmina a los Estados parte a adoptar las medidas precisas para suprimir todas las formas de trata de mujeres, en la que puede incluirse la situación que para la mujer gestante resulta de un contrato de gestación por sustitución comercial.

En los mismos términos se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de marzo de 2022¹¹⁹ tras indicar que, en estos casos tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas

dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad. La madre gestante se obliga desde el principio a entregar al niño que va a gestar y renuncia antes del parto, incluso antes de la concepción, a cualquier derecho derivado de su maternidad. Se obliga a someterse a tratamientos médicos que ponen en riesgo su salud y que entrañan riesgos adicionales a las gestaciones resultantes de una relación sexual (“tantas transferencias embrionarias como sean necesarias”, “llevar a cabo hasta las transferencias de 3 (tres) embriones por cada ciclo de reproducción asistida”, “tomar medicamentos para el ciclo de transferencia de embriones por vía oral, por inyección o intravaginal en horarios específicos durante periodos prolongados de tiempo”). La madre gestante renuncia a su derecho a la intimidad y confidencialidad médica (“la gestante sustituta, mediante la firma del presente contrato, renuncia a todos los derechos de confidencialidad médica y psicológica, permitiendo a los especialistas que la evaluarán, compartir dichos resultados con la futura madre”, “la gestante sustituta acepta que la futura madre o un representante que la sociedad mercantil “México Subrogacy” S. de R.L. de C.V. designe, esté presente en todas las citas médicas relacionadas con el embarazo”, “la futura madre puede estar presente en el momento del nacimiento del niño”). Se regulan por contrato cuestiones como la interrupción del embarazo o la reducción embrionaria, cómo será el parto (por cesárea, “salvo que el médico tratante recomiende que sea un parto vaginal”), qué puede comer o beber la gestante, se fijan sus hábitos de vida, se le prohíben las relaciones sexuales, se le restringe la libertad de movimiento y de residencia, de modo más intenso según avanza el embarazo, prohibiéndole salir de la ciudad donde reside o cambiar de domicilio salvo autorización expresa de la futura madre, hasta recluirla en una concreta localidad distinta de la de su residencia en la última fase del embarazo. La madre gestante se obliga “a someterse a pruebas al azar sin aviso previo de detección de drogas, alcohol o tabaco según la petición de la futura madre”. Y, finalmente, se atribuye a la comitente la decisión sobre si la madre gestante debe seguir o no con vida en caso de que sufriera alguna enfermedad o lesión potencialmente mortal.

A lo que añade, el Alto Tribunal que, no es preciso un gran esfuerzo de imaginación para hacerse una cabal idea de la situación económica y social de vulnerabilidad en la que se encuentra una mujer que acepta someterse a ese trato inhumano y degradante que vulnera sus más elementales derechos a la intimidad, a la integridad física y moral, a ser tratada como una persona libre y autónoma dotada de la dignidad propia de todo ser humano. Y, como ocurre en estos casos, aparece en el contrato la agencia intermediadora cuyo negocio lo constituye este tipo de prácticas vulneradoras de los derechos fundamentales.

En definitiva, el futuro niño, al que se priva del derecho a conocer sus orígenes, se “cosifica” pues se le concibe como el objeto del contrato, que la gestante se obliga a entregar a la comitente. Para que el contrato llegue a buen término, se imponen a la gestante unas limitaciones de su autonomía personal y de su integridad física y moral incompatibles con la dignidad de todo ser humano.

A continuación se hace una fuerte crítica respecto a las agencias que intermedian en la gestación por sustitución actúan sin ninguna traba en nuestro país, hacen publicidad de su actividad (basta con usar como términos de búsqueda “gestación subrogada” u otros similares en un buscador de Internet para encontrar una amplia oferta de estas agencias dirigida al público español) pese a que el

artículo 3.1 de la Ley General de Publicidad considera ilícita “la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución Española”. Estas agencias han organizado en España “ferias” presenciales de gestación subrogada en las que publicitan y promueven sus “servicios”. Con frecuencia se publican noticias sobre personas famosas que anuncian la traída a España de un “hijo” fruto de una gestación por sustitución, sin que las administraciones competentes para la protección del menor adopten iniciativa alguna para hacer efectiva esa protección, siquiera sea para comprobar la idoneidad de los comitentes. El Informe del Comité de Bioética pone de relieve la incoherencia que supone el contraste entre esta regulación legal y que en la práctica no existan obstáculos a reconocer el resultado de una gestación por sustitución comercial en la que, se han vulnerado los más elementales derechos fundamentales de la madre gestante y del niño, si ha tenido lugar en el extranjero.

En base lo expuesto, la consecuencia es que el niño nacido en el extranjero fruto de una gestación por sustitución, pese a las normas legales y convencionales a que se ha hecho referencia, entra sin problemas en España y acaba integrado en un determinado núcleo familiar durante un tiempo prolongado. En nuestro ordenamiento jurídico, el reconocimiento de esa relación puede realizarse, respecto del padre biológico, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad, conforme prevé el art. 10.3 LTRHA.

Ahora bien, cuando quien solicita el reconocimiento de la relación de filiación es la madre comitente, la vía por la que debe obtenerse la determinación de la filiación es la de la *adopción*. El Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2019 acepta como uno de los mecanismos para satisfacer el interés superior del menor en estos casos “la adopción por parte de la madre comitente (...) en la medida en que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que puedan aplicarse con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño”.

En este caso, el “estudio de circunstancias socio-familiares” o “las valoraciones sobre la idoneidad para la cobertura de las necesidades de todo orden del menor” (en definitiva, la idoneidad del adoptante o de los adoptantes para asumir la condición de progenitor respecto del menor adoptado) no deben ser consideradas como un obstáculo para la satisfacción del interés superior del menor objeto de la adopción, sino como actuaciones encaminadas a su satisfacción.

Así, en el presente caso, las pruebas ya aportadas y valoradas en este procedimiento pueden contribuir a cumplir el requisito de prontitud en la acreditación de dicha idoneidad (material, afectiva, etc.), junto con la aplicación, en su caso, de la previsión contenida en el artículo 176.2.3.º del Código Civil.

En todo caso, la cuestión de la diferencia de edad entre el menor y la madre comitente no se revela como un obstáculo excesivo, habida cuenta que la diferencia máxima de 45 años entre adoptante y adoptado prevista en la normativa reguladora de la adopción no tiene un carácter absoluto (artículo 176.2.3.º en relación al 237, ambos del Código Civil), tanto más cuando los hechos fijados por la Audiencia Provincial revelan la integración del menor en el núcleo familiar y los cuidados de que es objeto desde hace varios años.

En fin, concluye que, con esta solución satisface el interés superior del menor, valorado en concreto, como exige el citado Dictamen del Tribunal Europeo de De-

rechos Humanos, pero a la vez intenta salvaguardar los derechos fundamentales que el citado tribunal también ha considerado dignos de protección, como son los derechos de las madres gestantes y de los niños en general (sentencias de 24 de enero de 2017, Gran Sala, caso Paradiso y Campanelli, apartados 197, 202 y 203, y de 18 de mayo de 2021, caso Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia, apartado 65), que resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial porque se facilitara la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución, en caso de que estas pudieran asegurar a sus potenciales clientes el reconocimiento casi automático en España de la filiación resultante del contrato de gestación subrogada, pese a la vulneración de los derechos de las madres gestantes y de los propios niños, tratados como simples mercancías y sin siquiera comprobarse la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de la patria potestad del menor nacido de este tipo de gestaciones.

Pues bien, en la reciente sentencia de este mismo Tribunal Supremo y Sala de lo Civil, de 17 de septiembre de 2024¹²⁰, siendo el mismo ponente que en la anterior expuesta, el magistrado Rafael Sarazá Jimena, admite ahora que los padres de un nacido por gestación subrogada cambien en el Registro Civil el lugar de nacimiento en el extranjero por el del domicilio familiar. Los progenitores de un menor nacido mediante gestación por sustitución cuya filiación paterna es la biológica y la materna es la adoptiva del cónyuge del padre, solicitaron ante el Registro Civil de su domicilio el traslado de la inscripción de nacimiento de un hijo desde el Registro Civil Central y que modificase la mención registral del lugar de nacimiento del niño en el extranjero para que constase como tal del domicilio familiar. El encargado del Registro Civil accedió al traslado, pero denegó el cambio de la mención del lugar de nacimiento del menor. Los padres recurrieron el acuerdo de calificación ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, que desestimó el recurso y frente a la resolución del Centro Directivo presentaron demanda de oposición que también fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia. El Alto Tribunal, en contra de lo postulado por las sentencia de instancia, considera aplicables por analogía los precepto de la Ley de Registro Civil (en concreto la Ley 17/1957 que es la que ha de aplicarse dada la fecha de inicio del expediente) que permiten esa modificación en caso de adopción internacional.

A tal fin, argumento la Sala de lo Civil que, la razón jurídica para no hacer público que el nacimiento del menor tuvo lugar en un país remoto es la misma en el caso de adopción internacional que en el caso de adopción nacional de un niño nacido en el extranjero, en el que se ha determinado la filiación biológica del padre y posteriormente la del cónyuge de éste que, lo ha adoptado y no es otra que impedir que el carácter adoptivo de la filiación y las circunstancias relativas al origen del menor sean públicos. Por ello, considera que concurren los requisitos del artículo 4.1 del Código Civil para aplicar analógicamente la previsión contenida en los artículos 16.3 y 20.1 de la LRC (Ley 17/1957), que supone la designación del domicilio del adoptante o adoptantes como lugar de nacimiento del menor adoptado en la inscripción de nacimiento del menor al supuesto litigioso. Aunque en este caso la adopción no es internacional, el lugar de nacimiento del menor tiene lugar en un país remoto con el que los padres carecen de relación, por lo que ello denotaría la filiación y las circunstancias de origen del menor.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 4 de diciembre de 2024 desestima el recurso de casación interpuesto contra el auto de apelación, al considerar que el reconocimiento de esa sentencia estadounidense de gestación subrogada vulnera el orden público que actúa como límite al reconocimiento de las decisiones de las autoridades extranjeras y que está integrado por los derechos a la integridad física y moral de la mujer gestante y del menor y el respeto a su dignidad.

Los actores celebraron un contrato de gestación por sustitución con la madre gestante y su esposo en el Estado de Texas (EEUU). Un Juzgado de este Estado dictó sentencia que validó el contrato y dictaminó que los comitentes eran los progenitores de los dos niños que la mujer había dado a luz.

La demanda de exequatur que presentaron, en la que solicitaban el reconocimiento de efectos de esta sentencia, que confirmaba su paternidad, fue desestimada tanto en primera instancia como en apelación por ser dicha sentencia contraria al orden público.

Al respecto, rechaza que la denegación del reconocimiento vulnere el principio de libre desarrollo de la personalidad de los menores. Argumenta que lo que vulnera la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, tanto de la mujer gestante como de los menores nacidos en virtud del acuerdo de gestación por subrogación, es la celebración del propio contrato de gestación subrogada, en el que la mujer y los menores son tratados como meros objetos, así como la pretensión de que un contrato, por más que esté “validado” por una sentencia extranjera, puede determinar una relación paternofilial.

Asimismo, indica que la maternidad subrogada atenta contra la integridad moral de la mujer gestante y del niño, que son tratados como cosas susceptibles de comercio, privados de la dignidad propia del ser humano. Indica que priva al menor de su derecho a conocer su origen biológico, que atenta contra la integridad física de la madre, que puede verse sometida a agresivos tratamientos hormonales para conseguir que quede embarazada, y que puede atentar también a la integridad física y moral del menor, dada la falta de control de la idoneidad de los comitentes; y, también resalta que un contrato de gestación por sustitución como el que fue validado por la sentencia cuyo reconocimiento se pretende entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor, por lo que el reconocimiento de los efectos de dicha sentencia, que supone el reconocimiento de los efectos del contrato de gestación subrogada validado en tal sentencia, es contrario al orden público.

A continuación, la Sala de lo Civil rechaza, igualmente, que la denegación del reconocimiento de efectos de la sentencia vulnere el superior interés de los menores. Pone de relieve que la concreción de lo que en cada caso constituye este interés no debe hacerse conforme a los intereses y criterios de los comitentes de la gestación subrogada, sino teniendo en cuenta los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales sobre estado civil e infancia.

En este contexto, remarca que la protección de los menores no puede lograrse aceptando acríticamente las consecuencias del contrato de gestación por sustitución suscrito por los recurrentes, tal y como fueron aceptadas por los Tribunales de Texas con base en la legislación de este Estado, que admite el contrato oneroso de gestación por sustitución y que la filiación quede determinada a favor de quienes

realizan y pagan el encargo y razona que la protección del interés 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 Texas, sino que habrá de partir, de ser ciertos tales datos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que los gestó y alumbró, de la existencia de una filiación biológica paterna y de un núcleo familiar en que estén integrados los menores.

En fin, concluye el Alto Tribunal que así que la protección que ha de otorgarse a dichos menores ha de partir de las previsiones de las leyes y convenios aplicables en España, y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica, tomando en consideración su situación actual, estableciendo la relación de filiación mediante la determinación de la filiación biológica paterna, la adopción, o permitiendo la integración de los menores en un núcleo familiar mediante la figura del acogimiento familiar.

Y, destaca que esta solución satisface el interés superior de los menores, valorado en concreto, y a la vez intenta salvaguardar los derechos de las madres gestantes y de los niños en general, que según la Sala de lo Civil resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial porque se facilitara la actuación de las agencias de intermediación, en caso de que estas pudieran asegurar a sus potenciales clientes el reconocimiento casi automático en España de la filiación resultante del contrato de gestación subrogada, pese a la vulneración de los derechos de las gestantes y de los propios niños, tratados como simples mercancías y sin comprobarse la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de la patria potestad de los menores nacidos de este tipo de gestaciones.

De todas formas, no podemos dejar de señalar que, en el apartado 115 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto, se declara: “Condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos”.

Más recientemente, La Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 1/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo -a cuya exposición de motivos alude el recurrente en el primer motivo de su recurso- considera, tanto en su preámbulo como en su articulado, que la gestación por sustitución es una forma de violencia contra las mujeres. En la regulación relativa a la realización de campañas institucionales de prevención e información, la ley considera la gestación subrogada como una forma de violencia en el ámbito reproductivo (artículo 10 quinquies), e introduce dos artículos nuevos (32 y 33) en los que reitera la nulidad de los contratos de gestación por sustitución, indica que se promoverá la información de su ilegalidad y de la nulidad de pleno derecho de tales contratos, así como que las administraciones instarán la declaración de ilicitud de la promoción comercial de la gestación por sustitución. Pues bien, procede indicar que, estas novedades legislativas confirman que la gestación subrogada es contraria a nuestro orden

público Al igual que ocurría en el caso de la sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (LA LEY 2868,2014) donde se disponía que, la cuestión planteada ante este tribunal no es la de un “hecho” que haya de ser objeto por primera vez de una decisión de autoridad en España y que al presentar un elemento extranjero (el lugar de nacimiento, cuanto menos) deba ser resuelto conforme a la ley sustantiva a la que remita la norma de conflicto aplicable. La técnica jurídica a aplicar no es la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento. Existe ya una decisión de autoridad, la adoptada por un tribunal de Texas al validar un contrato de gestación subrogada, fijar, con base en tal contrato, una determinada relación paternofilial y ordenar a la mujer que ha dado a luz a los niños que, en cumplimiento del contrato, los entregue inmediatamente a los comitentes. Hay que resolver si esa decisión de autoridad puede ser reconocida y puede desplegar sus efectos, en concreto la determinación de la filiación a favor de los demandantes, en el sistema jurídico español.

Ciertamente, la resolución recurrida ha resuelto la cuestión, la denegar el reconocimiento de efectos a la sentencia extranjera por ser contraria al orden público. El artículo 46.1 a) de la Ley 29/2015, de 30 de julio de cooperación jurídica internacional en materia civil, al regular las causas de denegación del reconocimiento, establece: “1. Las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán: a) Cuando fueran contrarias al orden público”.

El Tribunal Supremo en anteriores sentencias sobre la gestación subrogada ha declarado que es incompatible con nuestro sistema de derechos fundamentales la determinación de la filiación del niño como hijo de los comitentes con base en un contrato de gestación subrogada y en los actos de autoridades extranjeras que reconocen la filiación resultante de dicho contrato, al vulnerarse con ello gravemente los derechos fundamentales tanto del menor como a la madre gestante. A ello une al Alto Tribunal el hecho de la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, pues, ello atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto de tráfico mercantil. Es, por ello, necesario llevar a cabo una ponderación que tenga como resultado la solución que menor perjudique a los menores, empleando para ello los criterios establecido en el ordenamiento jurídico.

Recordemos que, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014 (casos Labasse contra Francia y Mennesson contra Francia) fueron analizadas específicamente en el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de febrero de 2015 que desestimó la promoción del incidente de nulidad de actuaciones respecto de sentencia 835/2013, de 6 de febrero de 2014 la. En esa resolución el Alto Tribunal puso, asimismo, de relieve las importantes diferencias existentes entre los casos objeto de las sentencias del TEDH y nuestra sentencia, como eran las siguientes: “(i) Mientras que el Tribunal de Casación francés afirma la imposibilidad de que pueda determinarse legalmente en Francia cualquier relación de filiación entre el niño y los padres comitentes; de tal modo que procede incluso anular el reconocimiento o el establecimiento de la paternidad del padre biológico por el carácter fraudulento del contrato de gestación por sustitución (“*fraus omnia corrumpit*”, el fraude todo lo corrompe, dice el Tribunal de Casación francés en dos sentencias dictadas en el año 2013 sobre esta misma cuestión, citadas por el Tribunal de Estrasburgo en sus sentencias

de los casos Labassee y Mennesson); por el contrario, el ordenamiento jurídico español, y así lo afirma sentencia de dicho Alto Tribunal, prevé que respecto del padre biológico es posible la determinación de filiación paterna; y, en todo caso, si los comitentes y los niños efectivamente forman un núcleo familiar “de facto” (lo que es muy posible pero no ha sido el objeto del recurso, pues los demandados han fundado su oposición a la demanda del Ministerio Fiscal en la procedencia de transcribir las actas de nacimiento de California tal como allí fueron extendidas). Dicha sentencia acuerda que debe protegerse legalmente, en su caso mediante la adopción (que, si uno de los solicitantes de la nulidad de actuaciones fuera padre biológico, no requeriría siquiera propuesta previa ni declaración administrativa de idoneidad, sino solo el asentimiento del consorte y la comprobación judicial de la adecuación de la medida al interés del menor (artículo 176 del Código Civil) o, de considerarse que existe una situación de desamparo por la decisión de la madre gestante de no ejercer sus funciones como tal, mediante el acogimiento. (ii) En Francia, las niñas no pueden adquirir la nacionalidad francesa ni heredar a los comitentes en calidad de hijas. En España, la sentencia de esta Sala acordó que solo se anulara la mención a la filiación de los menores en tanto se determinaba la filiación biológica paterna y también, en su caso, la filiación que fuera acorde con la situación familiar “de facto” (por ejemplo, mediante la adopción), de modo que, una vez quede determinada la filiación biológica respecto del padre biológico y la filiación por criterios no biológicos respecto del otro cónyuge (o respecto de ambos, si ninguno de ellos fuera el padre biológico), tendrán la nacionalidad española y podrán heredar como hijos (iii) El Tribunal de Casación francés afirma que ante la existencia de fraude, no puede invocarse el interés superior del menor ni el derecho a la vida privada del mismo. Nuestra sentencia, por el contrario, afirma que debe tenerse en cuenta el interés superior del menor; tal como es protegido por el ordenamiento jurídico español (artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida), y evitando en todo caso su desprotección, para lo que se instó al Ministerio Fiscal a que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercitara las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores, y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar “de facto”. (iv) En los asuntos franceses, los comitentes habían solicitado que se determinara la filiación de las niñas no solo con base en las actas de nacimiento expedidas en Norteamérica (determinadas por la existencia de sendos contratos de gestación por sustitución que, una vez homologados judicialmente sus efectos, dieron lugar a la inscripción del nacimiento en el Registro Civil con determinación de la filiación respecto de los padres comitentes): en ambos casos se pidió, de modo alternativo o subsidiario, que se determinara la filiación paterna biológica respecto del marido, pues constaba que tanto el Sr. Labassee como el Sr. Mennesson eran los padres biológicos de las respectivas niñas. Y en el caso del matrimonio Labassee, se solicitó también que se realizara la inscripción de la filiación con base en un acta de notoriedad de posesión de estado civil puesto que constaba que el matrimonio Labassee había criado y educado a la niña desde su nacimiento. El Tribunal de Estrasburgo hace constar que en ambos casos está constatado que los matrimonios demandantes y las niñas fruto de la gestación por sustitución por ellos contratada formaban sendos núcleos familiares “de facto”.

En consecuencia, los menores nacidos del contrato de gestación subrogada concertado por los demandantes pueden ver determinada su filiación biológica paterna y, si existe actualmente un núcleo familiar en que estén integrados, si los menores tienen relaciones familiares de facto con quien pretende el reconocimiento de la relación paterno-materno-filial en su favor la solución que haya de buscarse tanto para el comitente como por las autoridades públicas que intervengan, habrán de partir de este dato y permitir con ello el desarrollo y protección de estos vínculos, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha reconocido la existencia de una vida familiar de facto incluso en ausencia de lazos biológicos o de un lazo jurídicamente reconocida, siempre que existan lazos personales afectivos y los mismos tengan una duración relevante (sentencia del TEDH de 24 de enero de 2017, Gran Sala, caso Paradiso y Campanelli, apartados 140 y 151 y siguientes y de 18 de mayo de 2021, caso Valdis Fjólnisdóttir y otros contra Islandia, apartado 62). Así lo exige el interés superior del menor (artículo 2 de la LOPJM) y su derecho a la vida privada reconocido en el artículo 8 del CEDH que, de acuerdo con la jurisprudencia.

En las sentencias 45/2022, de 27 de enero (la ley 4405/2022), y 558/2022, de 11 de julio (LA LEY 153030/2022), citadas por el Ministerio Fiscal en su informe, hemos afirmado: “El interés del menor no es causa que permita al juez atribuir una filiación. Es el legislador quien, al establecer el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses presentes (la libertad de procreación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del hijo)”. En la sentencia 754/2023, de 16 de mayo (LA LEY 80446/2023) se ha pronunciado el Alto Tribunal en similares términos.

Y, finalmente, en la ya citada sentencia de 6 de febrero de 2014 en España ha relación de filiación se puede establecer mediante la determinación de la filiación biológica paterna y para el otro posible progenitor mediante la adopción, o permitiendo la integración de los menores en un núcleo familiar mediante la figura del acogimiento familiar.

A todo ello, añade el Tribunal Supremo que, esta aplicación analógica se ajusta, además, a las exigencias del artículo 18.1 de la CE, pues, permite la efectividad del derecho a la intimidad personal y familiar del menor (en cuyo ámbito de protección se encuentran la filiación y los datos que denotan el origen del menor adoptado); del artículo 14 de la CE relativo a la no discriminación por razón del nacimiento; y, del artículo 39 de la CE en relación con la protección por los poderes públicos de los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación.

En fin, entiende que, la publicidad registral de un determinado lugar de nacimiento en el extranjero, que, por ejemplo, constaría en su DNI o en su pasaporte, vulneraría el derecho a la intimidad del menor, al ser revelador de la existencia de la adopción y de las circunstancias relativas a su origen especialmente sensibles, en concreto, haber sido engendrado por gestación por sustitución; y supondría una discriminación respecto de otras filiaciones (concretamente, la adoptiva internacional), que no se encuentra justificada.

Sobre tales bases, tras esta breve referencia a la cuestión relativa a la maternidad subrogada, será objeto de un estudio más profundo, procede continuar con la materia señalando que, la negativa a prestar el asentimiento a la adopción del

hijo biológico no supone un obstáculo para que el órgano judicial puede entrar en el examen de cuál es el interés del menor¹²¹.

En este contexto, una previsión importante tiene lugar con relación al asentimiento a la adopción por parte de la madre biológica, pues, no puede prestarlo hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto (artículo 177.2.º apartado 4 del Código Civil) —antes era de treinta días—¹²². Con ello se opera en la línea del artículo 5.5 del Convenio Europeo en materia de adopción. Si bien, una previsión de este tipo se contiene en el artículo 235.41.2 del Código Civil catalán. Se trata de garantizar un periodo razonable de recuperación y de toma de decisiones por parte de la madre y, como señala, asimismo, la doctrina para evitar las gestaciones por sustitución¹²³.

Por otra parte, el artículo 177.2.º apartado 5 del Código Civil establece que, las adopciones que exijan propuesta previa, no admitirán que, el asentimiento de los progenitores se refiera a adoptantes determinados. Los progenitores no pueden elegir a quien van a adoptar. Se excluye como precisa PÉREZ ÁLVAREZ “el asentimiento condicionado subjetivamente”¹²⁴.

La omisión de los asentimientos descritos determina que la adopción no pueda constituirse válidamente; si bien, el juez no se encuentra vinculados por ellos y no suponen un obstáculo para que el órgano jurisdiccional pueda entrar en el examen de cuál es el interés superior del menor adoptando y por ende, dilucidar cuál es la resolución más adecuada en el supuesto que se analiza¹²⁵.

Ahora bien, como establece el artículo 177.4 del Código Civil, los consentimiento y asentimientos deberá otorgarse de manera libre en la forma legalmente requerida —sin vicios que lo invaliden—; por escrito —no cabe el consentimiento y asentimiento de forma oral—, y previa información de sus consecuencias —de las consecuencias de los consentimiento y asentimientos y de los efectos de la adopción—.

C. Personas a las que debe darse audiencia, ser oídas

El artículo 177.3.º del Código Civil y el artículo 37.3 de la LJV —por remisión al mismo— se refiere a las personas que deben ser oídas por el juez una vez iniciado el expediente de adopción. Así, en primer lugar, a los progenitores que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no fuera necesario para la adopción. Se establece como supuestos en que los progenitores deben ser oídos y no es necesario su asentimiento¹²⁶: 1. Si el adoptando es mayor de edad o menor emancipado¹²⁷; 2. Cuando los progenitores están incurso en causa de privación de la patria potestad, pero aún no han sido privados de la mismas¹²⁸; 3. Cuando hayan quedado suspendido de la patria potestad y no hayan impugnado la declaración desamparo en el plazo de dos años o lo han hecho sin que haya prosperado la impugnación.

Cuando se cita a los progenitores, el juez deberá indicar, en su caso, la circunstancia por la cual basta su audiencia (artículo 38.1 *in fine* de la LJV). Por otra parte, si los progenitores pretenden que se les reconozca la necesidad de prestar su asentimiento a la adopción, deberán ponerlo de manifiesto en el expediente. El Letrado de la Administración de Justicia acordará la suspensión del expediente y otorga el plazo de 15 días para la presentación de la demanda. Presentada esta dentro de plazo aquél dictará decreto, declarando contencioso el expediente de

adopción y se acordará su tramitación conforme a lo dispuesto en el artículo 781 de la LEC (artículo 37.2 de la LJV).

En segundo lugar, deben ser oídos el tutor y, en su caso, la familia acogedora y el guardador o guardadores. Si todos ellos son adoptantes se requerirá su consentimiento. La referencia a guardadores es tanto para los guardadores formales como para los de hecho¹²⁹. Respecto a la familia acogedora que tiene como derecho ser parte en todos los procesos de oposición a las medidas de protección y a la declaración de situación de desamparo del menor acogido (artículo 20 bis.1 d) de la LOPJM) parece que, frente a una interpretación amplia del término en que se posibilita, que se pueda oír a otros miembros de la familia acogedora que, no sean los acogedores (guardadores)¹³⁰, resulta más correcto entender que solo se limita a estos últimos. De todas formas, sobre la base del artículo 39.1 de la LJV el juez puede ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurar-se que la adopción sea en interés del adoptando, por lo que se puede dar entrada a otros miembros de la familia acogedora.

En tercer lugar, también tienen derecho a ser oído, el adoptando menor de doce años de acuerdo con su edad y madurez; si es mayor de doce años debe consentir. El artículo 9 de la LOPJM prevé la posibilidad que el menor sea oído.

Ahora bien, aunque no se menciona en el artículo 177.3 del Código Civil, el Ministerio Fiscal también deberá ser oído (artículos 3.1 y 4 de la LJV). Por otra parte, se ha eliminado la audiencia a la Entidad Pública. LÓPEZ MAZA acertadamente, entiende que, debería haberse mantenido esta audiencia de la Entidad Pública en aquellos casos en que no fuera necesaria la propuesta previa para la incoación del expediente de adopción¹³¹. De todas formas, como hemos señalado, por la vía del artículo 39. 1 de la LJV se posibilita que el juez pueda dar audiencia a otras personas, o a la propia Entidad Pública.

En todo caso, la omisión del trámite de audiencia respecto de aquellas personas que tienen derecho a ser oídas, determina la invalidez de la adopción¹³²; si bien, no vinculan al juez, pues, tienen una función meramente informativa¹³³. No obstante, la omisión del trámite de asentimiento o de audiencia puede dar lugar a la solicitud de extinción de la adopción, si éste se hubiera constituido sin la participación culposa de los progenitores (artículo 180.2 del Código Civil).

De todas formas, en las citaciones que tengan lugar respecto de aquellos 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 responden 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 que, aunque no comparezcan, el expediente seguirá su trámite. De no haberse podido conocer el domicilio o paradero de alguna persona que debe ser citada o si citada debidamente con los apercibimientos oportunos, no compareciese, se prescindirá del trámite y la adopción acordada será válida (artículo 38.2 y 3 de la LJV).

En este contexto, con carácter general, todas las actuaciones relativas al expediente de adopción se deben llevar a cabo con la conveniente reserva, evitando que la familia de origen tenga conocimiento de la identidad de la familia adoptiva, excepto en los supuestos contenidos en los apartados 2 y 4 del artículo 178 del Código Civil —mantenimiento de los vínculos jurídicos y la adopción abierta— y

sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 180 del citado cuerpo legal (artículo 39.2 de la LJV).

Ahora bien, en caso de ruptura de los adoptantes con posterioridad a la propuesta de la adopción, procede la misma, si existe vínculos afectivos del adoptando con los acogedores y sus hijos; además es la única familia que ha conocido y, se ha valorado el informe final de la propuesta de adopción favorable a su constitución¹³⁴.

VI. LA GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN

El artículo 176 bis del Código Civil regula *ex novo* la guarda con fines adoptivos en el caso que el menor se encuentre en situación de desamparo. Viene a sustituir al anterior acogimiento preadoptivo regulado en el antiguo artículo 173 bis 3 del CC; de ahí que, la Disposición Adicional 6.^a de la Ley 26/2015 establezca al respecto la equiparación de la guarda con fines de adopción al acogimiento preadoptivo. Se califica de una novedad más aparente que real¹³⁵, y un cambio meramente terminológico¹³⁶. Se trata ahora de una fase previa a la adopción. Como señala LÓPEZ MAZA la finalidad de esta figura es “conseguir que el menor se integre en la que será su familia adoptiva, evitando así que tenga que permanecer en tanto se constituye la adopción en un centro de protección o con otra familia”¹³⁷. Esta medida de protección termina con la adopción del menor; y si ésta al final no procede, deberá la Entidad Pública fijar otra medida protectora del menor que sea más adecuada a su situación, como puede ser la tutela o el acogimiento permanente (artículo 176 bis 3 apartado 2 del Código Civil).

Para que tenga lugar esta guarda con fines de adopción, deben reunir a quienes de atribuye la misma los requisitos de capacidad para adoptar previstos en el artículo 175 del Código Civil, esto es, la edad necesaria para adoptar; así como las diferencias mínima y máxima de edad que debe existir entre el adoptante y adoptado; además deben haber prestado su consentimiento —se entiende a la adopción y no a la guarda y no impide que prestado ante la Entidad Pública se deba volver a prestar ante el Juez—¹³⁸; y, que hayan sido preparadas, declaradas idóneas y asignadas para la adopción.

Ahora bien, esta delegación de la guarda con fines de adopción acordada mediante resolución debidamente motivada habrá de tener lugar antes de la presentación de propuesta de adopción —a diferencia de la anterior regulación que posibilitaba la constitución del acogimiento preadoptivo cuando la Entidad Pública remitía la propuesta de adopción (antiguo artículo 173 bis 1.3 del Código Civil)—¹³⁹ y hasta que se dicte la resolución judicial de adopción.

Por otra parte, es necesaria la audiencia previa de los afectados y del menor si tuviera madurez suficiente y en todo caso, fuera mayor de doce años. Al referirse a afectados y no únicamente a futuros adoptantes, se ha planteado, acertadamente, la posibilidad de incluir en dicho término, además de a estos últimos, a la institución que tenga a su cargo al menor, a los progenitores no privados de la patria potestad y a los tutores no removidos de la tutela¹⁴⁰.

En todo caso, la resolución habrá de notificarse a los progenitores no privados de la patria potestad o a los tutores no removidos de la tutela —al igual que en el acogimiento familiar—. No se prevé la notificación al Ministerio Fiscal; lo que, si

ocurre en el acogimiento familiar; lo que no está exento de crítica¹⁴¹. Tampoco se establece la notificación a los futuros adoptantes, aunque resulta obvia la necesidad de tal notificación por ser parte interesada y, además se les da audiencia en los términos apuntados.

Ahora bien, esta delegación de la guarda con fines adoptivos solo podrá decretarse con respecto a menores en situación de desamparo que hayan sido declarados como tales por la Entidad Pública y estén en acogimiento familiar o residencial¹⁴².

Una vez acordada la delegación de la guarda con fines de adopción en la correspondiente resolución administrativa debidamente motivada, los futuros adoptantes tendrán los mismos derechos y obligaciones que los acogedores familiares (artículo 176 bis 1 apartado 2 del Código Civil)¹⁴³.

En este contexto, esta guarda constituye un tipo de acogimiento familiar temporal que, tendrá según establece el artículo 173 bis 2 b) del Código Civil una duración máxima de dos años, salvo que el interés del menor aconseje una prórroga; asimismo, representa una medida de protección transitoria que, va a culminar en una medida definitiva y más estable como es la adopción; de ahí que, el artículo 176 bis 3 del Código Civil establezca que, la propuesta de adopción al juez deberá realizarse en el plazo más breve posible y, en todo caso, antes de transcurridos tres meses desde el día en que se hubiera acordado la delegación de la guarda con fines de adopción; si bien, este plazo puede prorrogarse, cuando la Entidad Pública los considere necesario en función de la edad y circunstancias del menor, estableciendo un periodo de adaptación del menor a la familia adoptiva¹⁴⁴. Ahora bien, como apunta MAYOR DEL HOYO el artículo 176 bis del Código Civil choca con el artículo 176.2.2.3.^a del citado cuerpo legal que, establece que no se requiere propuesta previa de la Entidad Pública cuando el adoptando “lleve más de un año en guarda con fines de adopción”, probablemente señala la citada autora “esta regulación aparentemente poco clara se debe a la inercia del legislador que ha ido introduciendo modificaciones mediante un parcheado del articulado y fijándose solo en los aspectos parciales que en cada momento interesaba retocar”¹⁴⁵. De todas formas, conviene recordar que, si la Entidad Pública no presenta la propuesta de adopción en el plazo de un año, esto no impide que, pasado dicho plazo y teniendo en cuenta la duración de este tipo de guarda, pueda plantearse por los futuros adoptantes —guardadores— la adopción.

Como novedad y, a diferencia del acogimiento familiar en general, la Entidad Pública procederá a suspender el régimen de vivistas y relaciones con la familia de origen cuando se inicie el periodo de convivencia preadoptiva, salvo que otra cosa convenga al interés del menor; y a excepción de los casos previstos en el artículo 178.4 que se refiere a la posibilidad de mantener contacto o relación entre el menor y la familia de origen y a la adopción abierta (artículo 176 bis 2 del Código Civil).

Finalmente, esta guarda con fines de adopción cesa cuando se constituye la adopción con la correspondiente resolución o también cuando ésta no tenga lugar, debiendo la entidad pública determinar la medida protectora más adecuada para el menor (artículo 176 bis 3 apartado segundo del Código Civil).

VII. EFECTOS DE LA ADOPCIÓN

Una vez constituida la adopción por el juez en la correspondiente resolución judicial, tiene lugar la extinción de los vínculos entre el adoptado y su familia de

origen (artículo 178.1 del Código Civil), y el adoptado se integra plenamente en la familia adoptiva, dando lugar una relación de filiación entre el adoptado y lo adoptantes. Tiene los mismos derechos que los hijos biológicos del adoptante, si tuviera (artículo 108 del Código Civil). Por lo que sobre tales premisas el adoptado queda sujeto a la patria potestad del adoptante/es; tiene los apellidos del adoptante/es; adquiere la nacionalidad española de origen y la vecindad civil común o la que le corresponda; tiene los mismos derechos sucesorios sobre la herencia del adoptante/es que, los demás hijos; y la adopción origina una relación de parentesco entre el adoptado y adoptante/es y entre el adoptado y los parientes del adoptante/es.

Ahora bien, la ruptura de los vínculos jurídicos con la familia de origen tiene dos excepciones establecidas en el artículo 178.2 del Código Civil, así subsiste los vínculos con la familia del progenitor que, según el caso corresponda: 1. Cuando el adoptando sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal —lo que constituye una novedad—, aunque el consorte o la pareja hubieran fallecido; 2. Cuando uno solo de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que hubiera sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuya vínculo ha de mantenerse.

No obstante, la ruptura de los vínculos con la familia de origen y las dos excepciones citadas se entienden sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales (artículo 178.3 del Código Civil). Los apartados 1 y 2 del artículo 47 del Código Civil establecen que, no pueden contraer matrimonio entre sí, los parientes en línea recta por consanguinidad o por adopción, ni los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado.

1. LA ADOPCIÓN ABIERTA

El apartado 4 del artículo 178 del Código Civil establece la posibilidad que, cuando el interés del menor así lo aconseje, y en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, se pueda acordar el mantenimiento de algún tipo de relación o contrato a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose en cuando sea posible, la relación entre hermanos biológicos. En el Preámbulo de la Ley 26/2015 se indica que “la oportunidad de introducir esta figura en nuestro ordenamiento jurídico obedece a la búsqueda de alternativas consensuadas, familiares y permanentes que, permitan dota de estabilidad familiar a algunos menores, especialmente a los más mayores, cuya adopción presenta dificultades. A través de la adopción abierta se flexibiliza la institución de la adopción, posibilitando que la familia de origen acepte mejor la “pérdida” y que el menor pueda beneficiarse de una vida estable en su familia adoptante, manteniendo vínculos con la familia de la que proviene, en especial con sus hermanos”. Además, se señala que “se trata de una figura establecida con diferente amplitud y contenido en legislaciones de diversos países, tales como Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Austria, Canadá o Nueva Zelanda”¹⁴⁶. En España, se opta por un modelo en que tal modalidad de adopción debe ser acordada por el juez siempre en interés del menor. Para la doctrina esta figura merece un juicio favorable al posibilitar, precisamente, la adopción de adolescentes o menores no emancipados

en una difícil situación familiar cuya adopción puede resultar complicada. Aunque también es cierto que, existe una medida de protección como el acogimiento familiar permanente que, puede acordarse como tal medida para estos menores¹⁴⁷.

En la última década ha habido un aumento en la aceptación de la adopción abierta. Muchos adoptantes y padres biológicos consideran que mantener una relación y contactos que ya existían previamente a la adopción, puede ser beneficioso para el menor mantenerlos, y además, le proporciona acceso a información sobre su historia familiar en todo caso, como analizaremos, es necesario que exista un consentimiento de todas las partes implicadas debiendo quedar todo ello reflejado en el auto de adopción emitido por el juzgado correspondiente. De todas formas, como toda medida puede generar riesgos y beneficios en la misma proporción¹⁴⁸.

Ahora bien, en estos casos, el juez, a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal y con el consentimiento de la familia adoptiva y del adoptando, si tuviera suficiente madurez y siempre que sea mayor de doce años, podrá constituir la adopción, acordando el mantenimiento de una relación o comunicación del adoptando con la familia biológica, fijando para ello su periodicidad, duración y condiciones.

En la propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal habrán de acompañarse los informes y documentos que la justifique, así como la declaración de idoneidad del adoptante/es en el que se hará constar que, aquél o aquellos aceptan esta modalidad de adopción (artículo 178.4.4 del Código Civil)¹⁴⁹. En todo caso, será oído el adoptando menor de 12 años de acuerdo con su edad y madurez. De todas formas, mientras que para la adopción solo puede consentirla el menor de doce años, en cambio, para esta modalidad de adopción puede consentirla tanto el mayor de 12 años como el menor de dicha edad, si tuviera suficiente madurez¹⁵⁰.

Por otra parte, procede señalar que, la adopción la consienten los adoptantes, sin embargo, para esta modalidad de adopción debe consentirla “la familia adoptiva”. Frente a quienes consideran que, debe, igualmente, consentirlo los adoptantes¹⁵¹; no falta quien señala que, debe entenderse tal expresión en sentido amplio, e incluir a otros familiares como hermanos¹⁵². No se exige el consentimiento de la familia de origen; sin embargo, una vez constituida pueden solicitar al juez su suspensión o supresión. De todas formas, por pura lógica, si la familia de origen se opone —en especial, los progenitores— no tiene sentido adoptar esta modalidad de adopción —se incluyen en la familia de origen, progenitores y hermanos—. En todo caso, corresponde al juez en última instancia decidir sobre su constitución o no, también sobre quienes van a participar en la relación o comunicación (adoptando, adoptantes y progenitores biológicos o algún otro miembro de la familia adoptante y de origen), y en fin, sobre la forma, periodicidad, duración y condiciones de tal relación o comunicación así mediante visitas, pernocta o no con la familia de origen, comunicación telefónica, email, cada cuánto tiempo y su duración—. Si bien, podrá acordarse, si fuera necesario, que dicha relación se lleva a cabo por intermediación de la Entidad Pública o entidades acreditadas a tal fin (por ejemplo, en Punto de Encuentro Familiar —PEF—)¹⁵³.

Ahora bien, el juez puede, asimismo, acordar la modificación o finalización de esta modalidad de adopción atendiendo al interés del menor. Para la toma de cualquier de estas decisiones, la Entidad Pública remitirá al juez informes periódicos sobre el desarrollo de las visitas y comunicaciones, así como propuestas de mantenimiento o modificación de las mismas durante los dos primeros años y transcurridos éstos a petición del juez (artículo 178.4.2 del Código Civil).

Por otra parte, están legitimados para solicitar la suspensión o supresión de dichas visitas o comunicaciones la Entidad Pública, la familia adoptiva, la familia de origen y el menor, si tuviera madurez, y, en todo caso, si fuera mayor de doce años.

Ciertamente, esta modalidad de adopción abierta únicamente posibilita el mantenimiento de contacto o relación con la familia de origen en cualquier modalidad que se acuerde, pero, en ningún caso, el mantenimiento de vínculos jurídicos con aquella, pues, tales vínculos se extinguen con la adopción.

En fin, el artículo 119 de la Ley 4/2023 la denomina adopción con contacto y la define como “la constituida de acuerdo con lo establecido en el artículo 178.4 del Código Civil, en la que se mantiene alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos”.

Para que esta opere, se dispone la conveniencia de una adopción con contacto, se valorarán las relaciones existentes entre el niño, y su familia de origen y la posibilidad de que el mantenimiento de contactos con alguno de sus miembros pueda ser favorable para su identidad y desarrollo emocional, en cuyo caso se detallarán las características y condiciones de tales contactos de acuerdo con lo previsto en el artículo 178.4 del Código Civil.

En todo caso, en la propuesta de adopción con contacto que se eleve ante la autoridad judicial se especificará un plan de contacto previamente aceptado por la familia adoptante y los miembros de la familia de origen implicados, o sus tutores en caso de ser niños, que recogerá las pautas generales en cuanto a su periodicidad, duración y condiciones, cuyo establecimiento se regirá por el interés superior del niño. Para la elaboración del plan de contacto se contará con su participación y opinión, que se valorará en función de su edad y madurez, y será necesario su consentimiento cuando sea mayor de doce años.

Ahora bien, en estos casos de adopción con contacto, se asignarán familias adoptantes que se hayan ofrecido para ello y hayan sido declaradas idóneas para esta modalidad.

En cuanto a los seguimientos del plan de contacto y, en su caso, las propuestas de modificación del mismo, serán remitidos periódicamente por la Comisión de Protección a la Infancia y Adolescencia al órgano judicial durante los dos primeros años desde el inicio de la guarda con fines de adopción y posteriormente, a requerimiento del juez, según lo previsto en el artículo 178.4 del Código Civil.

Por otra parte, las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales tienen 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 privada o pública tendrá obligación de facilitar a las Entidades Públicas y al Ministerio Fiscal, cuando les sean requeridos, los informes y antecedentes necesarios sobre el menor y su familia de origen (artículo 180.6 del Código Civil)¹⁵⁴.

2. LA KAFALA COMO INSTITUCIÓN DE PROTECCIÓN. PROHIBICIÓN DE LA ADOPCIÓN PROCEDENTE DE LA KAFALA

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en su art. 20 reconoce el derecho de los menores a la protección y asistencia especiales del Estado, de conformidad con las normas nacionales de éste, y entre esos cuidados reconoce la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores.

El artículo 23.1 de la Ley de Adopción Internacional (LAI) reconoce la kafala como “medida de protección” en España, lo que significa que siempre se puede pedir el reconocimiento de la kafala, el efecto legal en España de la decisión judicial extranjera que la constituye (y también de la kafala intrafamiliar), como institución de protección de menores, aunque no produzcan vínculos de filiación (artículo 34.1 de la LAI).

El Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, sobre 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 en su art. 3 e) recoge la kafala como medida contemplada en el Convenio (y el art. 33, como acogimiento en otro país), aunque este Convenio no regule la adopción como parte de su ámbito material (excluida expresamente en art. 4 b).

La 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, aclara que la kafala del Derecho de los países de inspiración coránica es una institución que no crea un vínculo de filiación entre el “kafils” o persona que asume la “Kafala” del menor y este último, y que se limita a fijar una obligación personal por la que los adoptantes se hacen cargo del adoptando y se obligan a atender su manutención y educación, de forma similar a la situación de acogimiento o prohijamiento del Derecho español (cita Resoluciones de 14 mayo 1992; 18 octubre 1993, 14 mayo 1992; 13 octubre 1995; 25 abril 1995; y 27-5.^a de febrero; y, 21 de marzo de 2006). En efecto, dice la Circular, que “el Derecho islámico clásico no regula ninguna institución como la adopción plena del Derecho español, esto es, equiparando la posición jurídica del hijo adoptivo con la propia de la filiación natural en cuanto a la creación de vínculos de parentesco y cambio subsiguiente en el estado civil de las personas. Ello se debe a que el Corán prohíbe que el hijo adoptivo se integre en la familia con los mismos apellidos y los mismos derechos sucesorios que los hijos naturales (vid. versículos 4 y 5 de la Sura XXXIII), tan sólo se admite que el niño acogido, que no adoptado, se beneficie de los cuidados materiales y de la educación que le proporciona la nueva familia de acogida. No se producen, en consecuencia, ni la modificación del orden sucesorio en la herencia causada por cualquiera de los miembros de la nueva familia, ni el nacimiento de vínculo de parentesco alguno ni, en consecuencia, impedimentos para el matrimonio (cfr. artículos 121 a 123 del Código de Familia argelino, y artículos 83.3 de la “Mudawana” marroquí y artículos 2 y 17 del “Dahir” n.º 1-02-172 de 13 de junio de 2002 relativo a la promulgación de la Ley n.º 15-01 relativa a la toma a cargo —“kafal” — de niños abandonados). Y añade esta Resolución que ni la “kafala”, ni las “adopciones simples” serán reconocidas

en España como propias adopciones, pero pueden ser reconocidas con efectos similares a los de un acogimiento familiar.

En suma, la kafala es una medida de protección de menores expresamente reconocida en normas internacionales y en consecuencia, garantiza la vida familiar de los menores, más aún, cuando el artículo 34 de la LAI articula mecanismos para asimilarla a otras medidas de protección de menores previstas en el Derecho español, como son el acogimiento y la tutela. El artículo 21 c) del Convenio de Nueva York ordena a los Estados contratantes velar por que “el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen” y, en consecuencia, la “kafala” equivale a un acogimiento.

En el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 10 de junio de 2020¹⁵⁵ la pretensión de los actores no es de reconocimiento de la kafala, sino de adopción plena del menor.

La prohibición de la adopción en España de menores procedentes de kafala es similar a la del Derecho belga. El artículo 361.5 del Code Civil belga exige, para que la kafala pueda dar paso a la adopción, que se trate de un menor huérfano de padre o de madre, o que haya sido declarado en situación de abandono y que se encuentre bajo la tutela de la autoridad pública, de tal manera que se excluye la posibilidad de que sea adoptado en Bélgica un menor respecto del cual se haya decretado una Kafala intrafamiliar. Al mismo tiempo, se requiere que la autoridad competente del Estado de origen del menor autorice su desplazamiento a Bélgica, a fin de que se establezca de forma permanente en este país y, por último, las autoridades competentes del Estado de origen y del Estado de recepción deben de formalizar por escrito un acuerdo, por el cual se confía el menor a los adoptantes. Cumplidos todos estos formalismos y una vez que el menor se encuentre en territorio belga, podrá procederse a su adopción por los tribunales competentes.

En sentido similar, en Francia, el artículo 370-3 Code civil, sobre adopción internacional, dispone que la adopción de un menor extranjero no podrá formalizarse en Francia si la ley personal de éste la prohíbe, salvo si el menor ha nacido y reside habitualmente en Francia. Y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que esta previsión no es contraria a los artículos 6,8 y 14 del CEDH (sentencia del TEDH, sección 5.^a, de 4 de octubre de 2012, rec. 43631/2009 (Affaire Harroudj c. Francia)).

No está en juego el orden público, como afectación de algún Derecho Fundamental (igualdad, dignidad, educación, protección del menor) pues el menor estará protegido, aunque no se conceda la adopción. No cabe subordinar la protección del menor a una “armonía internacional de soluciones”, sino que se deben respetar los diversos ordenamientos jurídicos y aunque detrás de las prohibiciones de adopción puedan existir ideas religiosas extrañas a la concepción no confesional que inspira el sistema español, no apreciamos que el menor quede desprotegido. Es decir, la no viabilidad de la adopción no alcanza a suponer una infracción de Derechos Fundamentales.

El menor de edad aunque puede ostentar el apellido del adoptante, al ser de nacionalidad marroquí, hay que estar a su ley nacional. Marruecos no “desconoce la adopción”, sino que la prohíbe, el artículo 149 de la “Mudawana” marroquí dice que “la adopción (Attabani) será jurídicamente nula y no producirá ninguno de los efectos de la filiación legítima”.

Por tanto, no es posible tramitar la demanda cuando hay una kafala previa y es aplicable la ley nacional del adoptando, que prohíbe una adopción sucesiva.

Solo es posible tramitar la adopción si el menor está desamparado en España o si se acompaña certificado de idoneidad (para caso de adopciones en el extranjero).

Todo ello nos lleva a confirmar la resolución apelada. Visto el artículo 19.4 de la LAI y el defecto de mecanismos como la autorización de desplazamiento con fin de establecimiento permanente, o los acuerdos entre Estados, en interés del menor (artículo 9 de la LAI y artículo 21e) del Convenio de Nueva York), la adopción no es posible. El menor no ha nacido en España, ni está en situación de desamparo en nuestro país. Tampoco es sujeto de un procedimiento de adopción internacional que requiera certificado de idoneidad. El certificado de idoneidad es de imposible emisión.

Asimismo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 1.^a, de 19 de julio de 2021¹⁵⁶ manifiesta que, la institución marroquí de la kafala se considera muy cercana a la adopción en relación con las normas de nuestro ordenamiento jurídico que rigen en materia de familia y extranjería. Pues bien, en nuestro derechos los menores que, temporal o permanente se encuentren privado de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio tendrán derecho a la protección u asistencia especiales del Estado. El Código Civil español en su artículo 222.4 regula la tutela a favor de menores que se encuentran en situación de desamparo. En el Código de Familia de Marruecos o Al Mudawana, la representación legal del menor queda garantizada por la tutela legal, la tutela testamentaria o la tutela dativa (artículo 229), siendo tutores legales el padre, a madre o el juez por dicho orden. Asimismo, conforme al artículo 236 el padre es en derecho el tutor legal de sus hijos, mientras no haya sido removido de la tutela por una sentencia; en caso de impedimento del padre, le corresponde a la madre velar por los intereses urgentes de sus hijos. No obstante, es cierto que, si bien el artículo 164 de este Código atribuye la custodia del menor a la madre y a la madre siempre que subsistan los vínculos conyugales, no es menor cierto que, conforme al artículo 165 si ninguna de ello acepta hacerse cargo de las mismas, o bien, aunque acepten, no cumplen las condiciones necesarias, los interesados o el Ministerio Público puede dirigirse al tribunal pertinente para que designe el asignatario más apto entre los parientes cercanos del menor o entre otras personas. Por su parte, el artículo 22.1 del Convenio de Cooperación Judicial en Materia Civil, Mercantil y Administrativa, suscrito entre el Reino de España y el reino de Marruecos el 30 de mayo de 1998, prevé que las resoluciones judiciales en materia, civil, mercantil y administrativa, comprendidas las que concedan indemnizaciones de daños y perjuicios por responsabilidad civil a las víctimas de infracciones penales dictadas por órganos jurisdiccionales de alguno de ambos Estados Contratantes, tendrán la autoridad de cosa juzgada y fuerza ejecutiva en el otro estado, en las condiciones y según las modalidades establecidas por el presente título. El artículo 23 dispone que *“las resoluciones judiciales en materia civil, mercantil y administrativa dictadas por los órganos jurisdiccionales competentes de España y Marruecos, respectivamente, tendrán autoridad de cosa juzgada en el territorio de otro Estado, si reúnen las condiciones siguientes: 4. La resolución no contiene disposiciones contrarias al orden público del Estado en que se solicite la ejecución, ni a los principios del derecho internacional que sean aplicables en el mismo”*. A ello se ha de añadir que el artículo 30 del mismo Convenio precisa que *“los documentos auténticos ejecutivos en uno de los dos Estados serán declarados ejecutivos en el otro, por el tribunal competente, según la legislación del Estado donde debe procederse la ejecución”*. En el presenta

caso enjuiciado no existen datos nuevos que apoyen la adopción por la delegación diplomática de una decisión distinta a la dictado en primer lugar por la subdelegación del gobierno, posibilitando el reagrupamiento familiar. En consecuencia, se estima el recurso y se anula el acto administrativo que decidió en contra de dicha reagrupación del menor con su familia de origen por no ser ajustado a Derecho.

VIII. EXTINCIÓN DE LA ADOPCIÓN

El artículo 180.1 del Código Civil establece que, una vez constituida la adopción, ésta es irrevocable y supone la extinción de los vínculos con la familia de origen del adoptado¹⁵⁷. No obstante, el juez puede acordar la extinción de la adopción, a petición de cualquier de los progenitores del adoptando que, sin culpa suya, no hubieran podido intervenir en el expediente de adopción en los términos que establece el artículo 177 del Código Civil —asintiendo o siendo oídos—. Para poder solicitar la extinción será necesario que, la demanda se interponga en el plazo de los dos años siguientes a la adopción y que la extinción que soliciten no perjudique el interés del menor. El plazo debe entenderse de caducidad¹⁵⁸. Si el adoptando es mayor de edad, la extinción de la adopción exigirá su consentimiento expreso. La petición de extinción se sustanciará por los trámites del juicio verbal. Durante la sustanciación del proceso, el juez podrá adoptar, incluso de oficio y previa audiencia del Ministerio Fiscal, las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del adoptado menor o persona con capacidad modificada judicialmente (artículo 40.2 LJV). Ahora bien, el artículo 180.3 del Código Civil señala que, a pesar de la extinción de la adopción no se producirá la pérdida de la nacionalidad ni la vecindad civil que hubiera adquirido el adoptado, ni los efectos patrimoniales anteriormente producidos. No tiene la extinción de la adopción efectos retroactivos. No obstante, extinguida la adopción renacen los vínculos jurídicos del adoptado con su familia de origen.

Por su parte, el artículo 180.4 del citado cuerpo legal establece que, una vez constituida la adopción, la determinación posterior de la filiación por naturaleza no tendrá ningún efecto sobre la adopción¹⁵⁹.

Finalmente, señalar que, hay preterición del menor adoptado en la herencia de su padre biológico, fallecido antes de la constitución de la adopción. Así lo entiende la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de mayo de 2019¹⁶⁰, pues, la cuestión que en realidad se suscita en el recurso se refiere a los derechos del menor adoptado en la herencia de su padre biológico cuando este fallece antes de la constitución de la adopción. La demandada ahora recurrente sostiene que Avelino carecía de derecho sucesorio en el momento en que se realizó la partición hereditaria porque cuando fue adoptado no tenía consolidado su título de heredero, dado que la institución que lo tutelaba no había aceptado la herencia y, después de la adopción, se había extinguido su posible derecho hereditario a aceptar o repudiar la herencia de su padre biológico.

Existe un abundante número de sentencias en las que se analiza qué actos suponen aceptación tácita de la herencia, bien con la finalidad de determinar si el heredero que no ha utilizado el beneficio de inventario, pero ha realizado actos concluyentes que suponen aceptación tácita, debe responder también con sus propios bienes de todas las cargas de la herencia (artículo 1003 del Código Civil), bien

para valorar la eficacia de una renuncia posterior, que ya no sería posible si hubo previa aceptación (artículo 997 del Código Civil). De acuerdo con esta jurisprudencia, conforme al artículo 999 del Código Civil, para que haya aceptación tácita, es preciso que la actuación del llamado revele de forma clara, precisa e inequívoca la voluntad de aceptar (“actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar”), o que sus actos sean incompatibles con la ausencia de la voluntad de aceptar (actos “que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero”).

IX. RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LAS ACTUACIONES PREVENTIVAS, DE ATENCIÓN INMEDIATA, DE RIESGO Y DESAMPARO

El artículo 106,2 de la Constitución garantiza la responsabilidad de los poderes públicos, (ya recogida como principio general en el artículo 9.3) al disponer que “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otro lado, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) establece en el artículo 32.1 que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. Y el art. 34 del mismo texto normativo señala: “1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”. En definitiva, no todo daño que produzca la Administración es indemnizable sino, que como se ha dicho, tan sólo los que merezcan la consideración de lesión, entendida, según la doctrina y jurisprudencia, como daño antijurídico, no porque la conducta de quien lo causa sea contraria a Derecho, sino porque el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportarlo, por no existir causas de justificación que lo legitimen. Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, de fecha 10 de febrero de 1998, de 17 de octubre de 2000, 10 de octubre de 2000, 23 de mayo de 2014 o de 19 de febrero de 2016 han establecido los requisitos que deben concurrir para que se pueda declarar la responsabilidad de una Administración Pública y que deben ser examinados en cada caso concreto para decidir si la Administración ha incurrido en algún supuesto de responsabilidad y señalan los siguientes: a) La existencia de una lesión sufrida por el particular en sus bienes o derechos que sea antijurídica, esto es, que no tenga obligación de soportar, y que sea real y efectiva, individualizable, en relación a una persona o grupo de personas, y susceptible de valoración económica; b) Que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal

o anormal del servicio público, entendido éste como toda actuación, gestión, actividad, o tarea propia de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad; y c) Que exista una relación de causa-efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que concurra fuerza mayor. Es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que la responsabilidad patrimonial es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, aunque, siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. Y reiteradamente se ha señalado por la jurisprudencia que solo son indemnizables las lesiones producidas provenientes de daños que no haya el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. La antijuridicidad del daño viene exigiéndose por la jurisprudencia, en sentencias, entre otras muchas, de 22 de abril de 1994, que cita las de 19 de enero y de 7 de junio de 1988, de 29 de mayo de 1989, de 8 de febrero de 1991; y, de 2 de noviembre de 1993, según la cual: “esa responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar” (en el mismo sentido sentencias de 31 de octubre de 2000; y, de 30 de octubre de 2003)¹⁶¹.

También resulta conveniente recordar que en materia de responsabilidad patrimonial adquiere gran importancia la correcta aplicación de las normas sobre la carga de la prueba, de modo que corresponderá a quien sostiene que la Administración ha incurrido en responsabilidad patrimonial acreditar la concurrencia de los requisitos a los que nos hemos referido, incluidos los distintos conceptos por los que reclama una indemnización y el importe de los mismos, siendo carga de la Administración probar los hechos impositivos u obstructivos a la pretensión de la parte actora, conforme dispone el artículo 217 de la LEC, debiéndose recordar en este punto que a tal fin son admisibles tanto las pruebas directas como las indirectas. Las normas de la carga de la prueba deben cohonestarse con el principio de facilidad probatoria (cuando a una de las partes le resulta fácil probar el hecho controvertido y no lo hace) y con el de la posibilidad probatoria (ya que no es posible exigir pruebas que resulten difíciles o de imposible realización).

Sin embargo, no debe olvidarse, tal como ha declarado también de forma reiterada el Tribunal Supremo (sentencias de 5 de junio de 1998; de 13 de septiembre de 2002; y, de 3 de junio de 2011, entre otras muchas) que no es acorde con el referido principio de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, aun de forma mediata, indirecta o concurrente; de manera que, para que exista aquélla, es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido, y que la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento, lo que, en otras palabras, significa que la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad

desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico¹⁶².

De esta manera, el criterio que se viene siguiendo por el Tribunal Supremo (sentencias de 5 de junio de 1997; de 10 de octubre de 2007; o de 3 de junio de 2011), y por los distintos Tribunales Superiores de Justicia (sentenciad del TSJ de Murcia de 1 de marzo de 2002; de Andalucía —Granada— de 31 de enero de 2000; de Asturias de 13 de julio de 2004; y, de Navarra de 30 de septiembre de 2004, es el de cuestionarse si el riesgo inherente al funcionamiento del servicio público ha rebasado o no los límites impuestos por los “estándares de seguridad jurídica”; de tal suerte, que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico, basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. Si ello es así, no existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a imputable a la Administración. En definitiva, la eficacia exigible de los servicios públicos ha de ser la “estándar” en función de los valores aceptados al momento actual, y de lo que a tenor de los mismos puede resultar racionalmente exigible a la Administración en el funcionamiento de sus servicios públicos conforme a las exigencias de un Estado Social y Democrático de Derecho. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 3 de junio de 2001 afirma: “Sin embargo, no está de más añadir, en línea con lo ya afirmado con anterioridad por esta Sala en diversas ocasiones, particularmente en materia de accidentes de tráfico (sentencia de 10 de octubre de 2007, rec. 851/2004) que si bien: “Es cierto que la principal característica de la responsabilidad patrimonial es su carácter directo y objetivo, en el doble sentido de que la reclamación se formula frente a la Administración actuante sin necesidad de concretar al funcionario causante del daño, y de que la responsabilidad, y por tanto la obligación de indemnización, nace sin necesidad de que exista culpa, ni siquiera ilicitud o anormal funcionamiento, de la Administración”, ello tampoco convierte, a través de esta institución, a la Administración en una aseguradora universal de cualquier daño que sufran los particulares. Y así lo ha reiterado la doctrina jurisprudencial, por todas sentencias de 7 de febrero de 1998; 10 de febrero de 2000; y, 26 de Febrero de 2002 al afirmar que: “para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, y que ahora contempla expresamente el artículo 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, al disponer que “sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley...”; es necesario que el daño sea antijurídico al no existir deber de soportarlo pues lo contrario convertiría a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales; lo que, no resulta acorde con el significado de la responsabilidad extracontractual, aunque sea objetiva o por el resultado, como declaró esta Sala, entre otras, en su Sentencia de 7 de febrero de 1998 (recurso de casación 6282/93, fundamento jurídico tercero)”. En esta línea, la sentencia del Alto Tribunal y Sala, de 17 de abril de 2007 señala que, sobre la existencia de nexo causal con el funcionamiento del servicio, la jurisprudencia viene modulando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, rechazando que

la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir. En esta línea, la sentencia de 14 de octubre de 2003 manifiesta que: “Como tiene declarado esta Sala y Sección, en sentencias de 30 de septiembre del corriente, de 13 de septiembre de 2002 y en los reiterados pronunciamientos de este Tribunal Supremo, que la anterior cita como la Sentencia, de 5 de junio de 1998 (recurso 1662/94), la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquella de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas, convierta a éstas, en aseguradoras universales de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro Ordenamiento Jurídico.

La aplicación de la doctrina expuesta a casos como el de autos, en los que el daño se imputa a un actuar de la Administración dentro de unas competencias específicas de protección de los menores, lleva a matizar esa teoría de la responsabilidad objetiva, de forma que nuestra jurisprudencia ha venido a situar fuera del ámbito indemnizatorio aquéllos supuestos de aplicación administrativa de conceptos jurídicos indeterminados o discrecionales donde existe un margen de apreciación (en línea con el denominado “margen de tolerancia” expuesto por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 31 de Enero de 2008, en línea con lo fijado por la Sentencia de esta misma sección, de fecha 8 de Febrero del 2006 (Rec. 445/2003): “En estos supuestos no existiría duda de que siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no solo razonados sino razonables deberla entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio siempre que este se llevase a cabo en los términos antedichos; estaríamos pues ante un supuesto en el que existiría una obligación de soportar el posible resultado lesivo”. Como ya señalaba esta misma Sala en su sentencia de 28 de diciembre de 2018 (Recurso 306/2017), ello nos sitúa ante el examen de la naturaleza y alcance de la potestad de tutela confiada a la Administración actuante,

En particular, nuestra legislación responde a la consagración en el plano constitucional internacional del *favor minoris* o interés del menor como principio superior que debe presidir cualquier resolución en materia de protección de menores (artículo 39 CE, Convenios Internacionales Nueva York, Convención de las Naciones Unidas de 1989). En la jurisprudencia constitucional son constantes las referencias al superior interés del menor como principio orientador de las medidas de protección frente al interés de los progenitores biológicos, aunque se advierte que éste no resulta desdeñable (sentencia 58/2008, de 28 de abril) e igual sucede en la jurisprudencia del TEDH (entre otras muchas, enumeradas en el ATC 28/2001, de 1 de febrero, caso WW contra Gran Bretaña de 8-7-1987). Las medidas que han de tomarse para proteger al menor deben tener siempre en cuenta el valor superior del interés del niño, recogido en el artículo 3.1 de la Convención de Nueva York sobre Derechos del Niño, de 20 noviembre 1989, ratificada por España en 1990. Dicho artículo establece que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las

instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Esta norma ha sido recogida en el artículo 2.1 de la LOPJM que establece como principio general que “En la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”, y fijando su art. 11.2 el principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación a los niños: “a) La supremacía del interés del menor; b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés y c) su integración familiar y social”. Por tanto, la legislación que regula las decisiones que deben adoptarse en los casos de situaciones de riesgo para los niños, sobre todo cuando haya que tomar la medida de separación de la familia, requiere que estas se funden siempre en el interés del menor, como así se proclama en el artículo 172.4 del Código Civil.

En aplicación de este consolidado principio, la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 31 julio 2009 dice que cuando existe una contradicción entre el interés del menor y la reinserción familiar, debe tenerse en cuenta “la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor (...)”, de modo que “el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor”. Ciertamente esta sentencia resolvía un conflicto entre un acogimiento familiar acordado por el desamparo declarado del menor y la reclamación de la familia biológica, pero su doctrina y cita resulta oportuna para mostrar el juego prevalente del interés del menor sobre el de los padres. En consecuencia, podemos afirmar que la potestad tutelar de la Administración en este ámbito le permite adoptar medidas cautelares, provisionales o de acogimiento del menor, atendiendo a la ponderación de intereses en juego, y según el contexto concreto de actuaciones procesales concurrentes en el caso, teniendo en cuenta que el interés del menor es preferente sobre el de la familia. No estamos por tanto, ni ante una potestad estrictamente reglada ni tampoco abiertamente discrecional sino ante una potestad que puede y debe ejercerse bajo la perspectiva del interés del menor, observando elementales exigencias de motivación y proporcionalidad, pero sin que, digámoslo ya, pueda en los casos de decisiones administrativas sobre posible situación de desamparo del menor, cuando median actuaciones judiciales penales frente a un progenitor, imputarse automáticamente responsabilidad a la Administración tanto si asume la tutela pública (y luego la sentencia penal firme es absolutoria) como si no asume la tutela pública (y luego la sentencia penal firme es condenatoria), ya que el instituto de la responsabilidad se asienta por hacer lo que no debe o por no hacer lo que se debe, pero nunca en ambos casos frente a una misma situación.

En este contexto, procede señalar que la tutela de los menores constituye una función constitucional y legal que actúa bajo principios de prevención, de manera que el test de responsabilidad ha de pasar por la ponderación de las circunstancias del caso para evaluar si la actuación administrativa fue arbitraria, irrazonable, negligente o precipitada.

Como ha dicho la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo de 21 de diciembre de 2017 (rec. 3840/2015): “En los supuestos de

ejercicio de potestades discrecionales por la Administración, el legislador ha querido que ésta actúe libremente dentro de unos márgenes de apreciación con la sola exigencia de que se respeten los aspectos reglados que puedan existir; de tal manera que el actuar de la Administración no se convierta en una conducta arbitraria rechazada por el artículo 9.3 de la Constitución. En estos supuestos parece que no existiría duda de que siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no sólo razonados sino razonables, debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales, a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio, siempre que éste se llevase a cabo en los términos antedichos. Estaríamos pues ante un supuesto en el que existiría una obligación de soportar el posible resultado lesivo. El tema, sin embargo, no se agota en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales dentro de los parámetros que exige el artículo 9.3 de la Constitución, sino que ha de extenderse a aquellos supuestos, asimilables a éstos, en que en la aplicación por la Administración de la norma jurídica en caso concreto no haya de atender sólo a datos objetivos determinantes de la preexistencia o no del derecho en la esfera del administrado, sino que la norma, antes de ser aplicada, ha de integrarse mediante la apreciación, necesariamente subjetivada, por parte de la Administración llamada a aplicarla, de conceptos indeterminados determinantes del sentido de la resolución”.

La sentencia de esta misma Sala, de 29 de mayo de 2017 (Recurso 450/2017), afirma al respecto que: “En consecuencia, podemos afirmar que la potestad tutelar de la Administración en este ámbito le permite adoptar medidas cautelares, provisionales o de acogimiento del menor, atendiendo a la ponderación de intereses en juego, y según el contexto concreto de actuaciones procesales concurrentes en el caso, teniendo en cuenta que el interés del menor es preferente sobre el de la familia. No estamos por tanto, ni ante una potestad estrictamente reglada, ni tampoco abiertamente discrecional, sino ante una potestad que puede y debe ejercerse bajo la perspectiva del interés del menor; observando elementales exigencias de motivación y proporcionalidad, pero sin que, digámoslo ya, pueda en los casos de decisiones administrativas sobre posible situación de desamparo del menor; cuando median actuaciones judiciales penales frente a un progenitor; imputarse automáticamente responsabilidad a la Administración tanto si asume la tutela pública (y luego la sentencia penal firme es absolutoria), como si no asume la tutela pública (y luego la sentencia penal firme es condenatoria), ya que el instituto de la responsabilidad se asienta por hacer lo que no debe o por no hacer lo que se debe, pero nunca en casos como el enjuiciado, en que la Administración, ha actuado guiada por el interés del menor y lo ha hecho contando con amparo en resoluciones judiciales irresistibles”. Anteriormente, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de noviembre del 2010 (rec. 614/2007), resolvía la reclamación de indemnización por responsabilidad por daños y perjuicios derivados de la declaración de desamparo de los menores, con la consiguiente suspensión de la potestad y la tutela de los padres, ya que, al parecer de la parte recurrente, la actuación de la Administración ha sido antijurídica pues no existían indicios suficientes para adoptar la resolución de desamparo y más cuando en el seno familiar tenían cubiertas sus necesidades. Afirma la Sala: “Debe afirmarse que cuando la Administración en el ejercicio de su potestad resolutoria de los expedientes, actúa dentro de

los límites normales de interpretación de la normativa aplicable y del significado y trascendencia de los hechos que fueron objeto de aquellos, aunque se demuestre que finalmente ha aplicado de forma errónea el derecho no por ello debe necesariamente responder patrimonialmente de este hecho. Asimismo, hay que destacar que la Administración mantuvo un seguimiento constante de la situación familiar, como se acredita por las subsiguientes resoluciones que fue adoptando a la vista de la evolución de la situación de los miembros del grupo familiar. La declaración de desamparo y acogimiento simple de los menores en un centro hasta devolver la custodia los padres, fue una medida tomada en beneficio de aquéllos, y por tanto una medida que todos los recurrentes debieron soportar. Además, la Administración con el transcurso del tiempo y al mejorar la situación, fue adoptando las oportunas medidas adecuadas al contexto de la situación familiar vivida...". Y, en fin, la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 6 de octubre de 2010 (rec.796/2008) desestima la indemnización por medidas similares adoptadas por la Administración autonómica señalando que: "Este tribunal no puede llegar a conclusión distinta de la de considerar que en el caso de autos no concurre una actuación antijurídica imputable a la Administración demandada, puesto que la misma en todo momento ha actuado guiada por la pretensión del interés de la menor tratando, en primer lugar, de integrarla en una familia adecuada para su mejor desarrollo espiritual y material, según las directrices marcadas por los equipos técnicos oficiales y reaccionando frente a las actuaciones judiciales promovidas por los hoy recurrentes a través de los medios legalmente establecidos".

Respecto al concepto de daños morales nos parece procedente señalar, simplemente, que, el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, tiene declarado que el daño moral constituye una noción dificultosa (sentencia del Tribunal de Supremo, de 22 de mayo de 1995), relativa e imprecisa. Iniciada su indemnización en el campo de la culpa extracontractual, se amplió su ámbito al contractual adoptándose una orientación cada vez más amplia. La situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, un estado de impotencia, zozobra (como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre), una situación de ansiedad y angustia (sentencia de 6 de julio de 1990), de impacto emocional con la incertidumbre consecuente (sentencia de 27 de enero de 1998). Aunque en materia de daño moral se tiende a evolucionar hacia concepciones amplias como la del "placer frustrado", no puede operar sin más en todo caso de incumplimiento contractual, ni es subsumible, en principio, en la previsión general de evitar que "el contrato opere en el vacío". Sin embargo, sí opera cuando se da una situación que revela por sí misma la singular afección».

Es, igualmente, cierto que la moderna jurisprudencia viene sosteniendo que no es imprescindible la prueba de los daños y perjuicios cuya indemnización se reclama salvo cuando éstos resultan inherentes al incumplimiento como daños "*in rep ipsa*" (sentencias del Tribunal Supremo, de 5 de abril de 2022; de 17 de marzo de 2003; y, de 14 de abril de 2003, entre otras) o "*in re ipsa loquitur*" (cuando se trata de los daños morales), así como, cuando de los hechos demostrados o reconocidos por las partes en el pleito se deduzca necesariamente la existencia del daño (sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 1992), pero por más que en estos casos resulte el que reclama relevado de la prueba de tales daños, no todos los reclamados han de ser, sin más, objeto de indemnización, porque tal solución, aun partiendo de un previo

incumplimiento contractual, resultaría a todas luces injusta, por hacer depender de la sola voluntad y capricho del que reclama la indemnización. Es, por ello, por lo que el artículo 1107 del Código Civil distingue los daños y perjuicios de los que responde el deudor de buena fe, que se concretan sólo en los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento, de aquellos otros de los que responde el deudor de mala fe que son todos los que se deriven del incumplimiento de la obligación.

Se afirma, en sede de prueba, que la jurisprudencia exige acreditar la realidad y alcance del daño, esto es, su existencia y contenido o entidad, y que ello es aplicable al daño moral.

La temática planteada, aunque relacionada con la doctrina general sobre la carga de la prueba del daño, presenta ciertas peculiaridades, sobre todo por la variedad de circunstancias, situaciones o formas (polimorfía) con que puede presentarse el daño moral en la realidad práctica, y de ello es muestra la jurisprudencia, que aparentemente contradictoria, no lo es si se tienen en cuenta las hipótesis a que se refiere. Así se explica que unas veces se indique que la falta de prueba no basta para rechazar de plano el daño moral (sentencia de 21 de octubre de 1996), o que no es necesaria puntual prueba o exigente demostración (sentencia de 15 de febrero de 1994), o que la existencia de aquel no depende de pruebas directas (sentencia de 3 de junio de 1991), en tanto en otras se exija la constatación probatoria (sentencia de 14 de diciembre de 1993), o no se admita la indemnización —compensación o reparación satisfactoria— por falta de prueba (sentencia de 19 de octubre de 1996). Lo normal es que no sean precisas pruebas de tipo objetivo (sentencias de 23 julio de 1990; de 29 de enero de 1993; de 9 diciembre de 1994; y de 21 de junio de 1996), sobre todo en relación con su traducción económica, y que haya de estarse a las circunstancias concurrentes, como destacan las sentencias de 29 de enero de 1993; y, de 9 de diciembre de 1994. Cuando el daño moral emane de un daño material (sentencia de 19 de octubre de 1996), o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, pero cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la “*in re ipsa loquitur*”, o cuando se da una situación de notoriedad (sentencias de 15 febrero de 1994; y, de 11 de marzo de 2000), no es exigible una concreta actividad probatoria.

Por otro lado, en materia de prueba, cuando es de aplicación su exigencia, rige la doctrina general que veda su verificación o control en casación, sino se plantea por el cauce y con el fundamento adecuado, resultando esta apreciación de consignación oportuna, porque en el recurso se niegan datos fácticos sentados en la resolución recurrida sin más argumento que el mero disenso, lo que supone incurrir en petición de principio, o hacer supuesto de la cuestión, que, como es conocido, está vedado en casación.

La situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico (sentencias de 22 mayo de 1995; de 19 de octubre de 1996; y, de 27 de septiembre de 1999). La jurisprudencia se ha referido a diversas situaciones, entre las que cabe citar el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual (sentencia de 23 de julio de 1990), impotencia, zozobra, ansiedad, angustia (sentencia de 6 de julio de 1990), la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (sentencia de 22 de mayo de 1995), el trastorno de ansiedad, impacto emocional,

incertidumbre consecuente (sentencia de 27 de enero de 1998), impacto, quebranto o sufrimiento psíquico (sentencia de 12 de julio de 1999)¹⁶³.

En este contexto, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de A Coruña, Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 1.ª, de 20 de septiembre de 2024 rechaza que la Consellería de Política Social de la Xunta deba indemnizar a una pareja —solicitaba 120.000 euros— por el daño moral que asegura que le ocasionó como consecuencia del ejercicio de la guarda preadoptiva de un menor en 2016, durante la cual el niño fue diagnosticado de síndrome de alcoholismo fetal. Los magistrados concluyen en la resolución que, de las pruebas practicadas, tanto documentales como testificales, no puede considerarse acreditado que la Administración autonómica hubiese ocultado información a los recurrentes. Subrayan que “es evidente que ese grave diagnóstico no existía en el momento de la formalización de la guarda preadoptiva”, al tiempo que indican que “es indudable que los recurrentes pudieron sufrir decepción, tristeza, frustración porque la adopción no pudiese realizarse finalmente, pero no se ha acreditado que se hubiese producido el daño moral por el que reclaman”.

El tribunal recalca que “ninguna duda existe acerca de que consta la declaración de idoneidad de los recurrentes para ejercer la guarda preadoptiva”, así como que “habían solicitado la adopción de un menor que no tuviese problemas de salud”. Además, considera probado que nada más iniciarse la convivencia con el niño “constataron el comportamiento anómalo y agresivo de éste, que consistía en que su forma de relacionarse no solamente con los recurrentes, sino también con los demás adultos, era pegar, dar patadas”. Lógicamente, según explican los jueces, “esa situación creó en los recurrentes una enorme preocupación y desasosiego, que se vio incrementada cuando se escolarizó al menor y se comprobó que su comportamiento seguía siendo disruptivo”.

Además, en la sentencia inciden en que lo que la Xunta había autorizado era una guarda preadoptiva, no una adopción definitiva, “situación creada precisamente para evaluar si se produce o no la integración del menor en una familia determinada”. El diagnóstico, según subraya el Tribunal Superior, “cambió por completo la situación, toda vez que, de conformidad con la normativa, ese diagnóstico requería una adopción especializada”.

Asimismo, en cuanto a los reproches de los recurrentes respecto a la firma del documento de cesación de la guarda preadoptiva, los magistrados señalan que en el informe del equipo de adopción “consta claramente que manifestaron que no se veían capaces de seguir adelante, opinión compartida tanto por el equipo de adopción como por la terapeuta”. Por último, en relación con el reproche respecto a la excesiva duración del periodo de suspensión del expediente y a la falta de realización de otra guarda preadoptiva, el alto tribunal indica que, como resulta de la normativa de aplicación, “el interés que debe primar siempre en este tipo de procesos es el interés de los menores”. Por lo tanto, descarta la existencia de responsabilidad patrimonial por parte de la Xunta, por lo que desestima el recurso. La sentencia no es firme, pues es recurrible en casación ante el Tribunal Supremo.

Por el contrario, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 22 de mayo de 2024¹⁶⁴ condena a la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades De Castilla-La Mancha a indemnizar a unos padres y a sus hijos con 328.000 euros, por los daños y perjuicios causados por la indebida declaración de desamparo de tres menores. El artículo 18.4

de la LOPJM establece que 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 haya sido informada del traslado.

En este caso, la Administración Canaria acordó declarar la situación provisional de desamparo.

Para el Tribunal, acordada dicha situación provisional de desamparo por la Administración de Canarias, la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha debería haber realizado todos aquellos actos administrativos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de la situación de desamparo; concretamente debería haber recabado informes sanitarios, psicológicos, socio-familiares, educativos, legales y cuantos se estimen oportunos sobre el menor y su familia.

En este sentido, la sentencia estima que la Administración actuó con celeridad en el dictado de las resoluciones de protección de menores, sin haber practicado todas las actuaciones necesarias en el plazo de los tres meses para ratificar o no la resolución provisional de la Administración de Canarias.

En la declaración de desamparo no se hace mención alguna a la situación provisional de desamparo que acordó la Dirección General de Protección de la Infancia y la Familia de Canarias, sino que se limita a declarar a los menores en situación de desamparo y la asunción de tutela.

Para el Tribunal, aunque existía una situación de base que requería la adopción de medidas urgentes, se acordó la declaración de desamparo en base a unas causas que podían haber sido objeto de otra medida de protección y, en cuanto a la situación de sospecha de enfermedad mental de los progenitores, sin recabar más información. Todo ello, a pesar de que consta que incluso antes de la declaración de desamparo, se aportó un informe emitido por el Servicio de Psiquiatría del Complejo Hospitalario de Toledo en el que se indicaba que la madre no presentaba patología en dicho momento. Además, consta en el expediente que las circunstancias sociofamiliares que dieron lugar al ingreso de los menores no eran un caso de negligencia crónica y generalizada, y se sugería que los progenitores debían ser valorados a nivel social y psicológico para poder determinar si mantener la unión familiar era una alternativa para sus hijos.

Por todo ello, la Sala destaca la sensación de abandono que sufrieron los menores y acuerda el abono de indemnización a los recurrentes y sus hijos por los daños y perjuicios causados por la indebida declaración de desamparo.

Sobre tales bases, se constata que en las actuaciones por las Administraciones Públicas en materias de riesgo¹⁶⁵; de declaración de desamparo —privación de la patria potestad¹⁶⁶, de medidas cautelares provisionales¹⁶⁷; de acogimiento residencial¹⁶⁸ o familiar¹⁶⁹; derecho de visitas¹⁷⁰; de reagrupación familiar y, de adopción —nacional o internacional—¹⁷¹ pueden derivar en responsabilidad de la Administración por los daños causados; o no incurrir en la misma por un funcionamiento normal y correcto de aquélla.

X. BIBLIOGRAFÍA

ADROHER BIOSCA, S. (2017). “La reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia por Leyes 8/2015 y 26/2015: razones, proceso de elaboración

- y principales novedades". En: M.^a V. Mayor Del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2015). "Las instituciones de protección a la infancia y adolescencia: atención inmediata, situación de riesgo y desamparo, tutela administrativa y acogimiento familiar y residencial tras la Ley 26/2015", *LA LEY Derecho de Familia. Especial Reforma del Sistema de Protección a la Infancia y Adolescencia*, octubre.
- (2016). "Violencia de género y custodia compartida", *LA LEY Derecho de Familia*, número 12, octubre-diciembre, pp. 1-13.
- CALZADILLA MEDINA, M.^a A. (2021). "La constitución de un régimen de visitas y de comunicaciones en casos de violencia: la reforma del artículo 94 del Código Civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio". En: M.^a A. Calzadilla Medina (dir.), C. Hernández López (coord.), *Estudios Jurídicos sobre la eliminación de la violencia ejercida contra la infancia y la adolescencia*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- CARDONA GUASCH, O., "Comentario artículo 18 de la Ley 26/2015". En: Fco. Lledó Yagüe; M.^a P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, M.^a J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid: Dykinson.
- DIEZ GARCÍA, H. (2016), "Comentario al artículo 172 del Código Civil". En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *La modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, E. (2024). "El acogimiento transfronterizo como medida de protección del menor en la Unión Europea", *Revista Internacional de Derecho Privado*, pp. 1-36.
- GARCÍAS DE ESPAÑA, E. (2018). "Comentario al artículo 14 de la Ley 26/2021". En: Fco. Lledó Yagüe; M.^a P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, M.^a J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid: Dykinson.
- GARRIDO CHAMORRO, P. (2016). "Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción". En: director V. M. Garrido De Palma (dir.), *Instituciones de Derecho Privado, T.IV Familia*, vol. 2.º, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 2016.
- GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2024). "Adopción abierta: desarrollo normativo y aplicación práctica en España 10 años después", *LA LEY Derecho de familia*, núm. 43, julio, pp. 1-25.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2016). "El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor". En: V. Cabedo Mallol e I. Ravellat Ballest (dirs.), *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, Valencia: tirant lo Blanch.
- (2017). "La configuración del interés del menor ex artículo 2 LOPJM y su posible aplicación a la determinación del interés de la persona con discapacidad intelectual o mental: una propuesta". En: M.^a V. Mayor Del Hoyo (dir.), *La re-*

- forma legislativa de 2015, Cizur Menor, (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi.
- GUIRADO, S., y RAMÓN, F. (2020). "Custodia compartida y violencia de género: perspectivas de presente y de futuro", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 12, febrero, pp. 676-697.
- HERNÁNDEZ IBAÑEZ, C. (2022). "La supresión de la facultad de corregir razonable y moderadamente a los hijos y pupilos: ¿un craso error del legislador?", *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, número 1, enero-marzo, pp. 103-139.
- HUETE NOGUERAS, J.J. (2017). "Desafíos de la nueva Ley: nuevos derechos de los menores y el papel del Ministerio Fiscal". En: M.^a V. Mayor Del Hoyo (dir.), *La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi.
- LINACERO DE LA FUENTE, M. (2021). *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, 3.^a ed., tirant lo blanch, Valencia 2021.
- LOPEZ AZCONA, A. (2016). "Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LXX, número 2185, enero.
- LLODRÀ GRIMALT, F. (2018). "Comentario al artículo 11 de la Ley 26/2015". En: directores Fco. Lledó Yagüe; M.^a P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, M.^a J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid: Dykinson.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2021). "Comentarios a los artículos 92 y 94 del Código Civil". En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5.^a ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). "Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio". En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, 6.^a ed., Madrid: Edisofer.
- MARTÍNEZ GARCÍA, C. (2021). "La protección administrativa de la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Niveles y ámbitos de actuación prioritarios". En: C. Martínez García (coord.), *Infancia, violencia y derechos. El nuevo marco legal de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- MAYOR DEL HOYO, M.^a V. (2016). "El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio". En: M.^a V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- MIRALLES GONZÁLEZ, I., "Comentario al artículo 19 de la Ley 26/2015", *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, directores Francisco Lledó Yagüe; María Pilar Ferrer Vanrell, Juan Antonio Torres Llena, María José Achón Bruñén, coordinador Oscar Monje Balmesada, Dykinson, 2018.
- MÚRTULA LAFUENTE V. (2016). *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Madrid: Dykinson.
- (2017). "El interés del menor en las situaciones de riesgo y desamparo provocadas por la violencia de género". En: M.^a V. Mayor Del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

- ORTEGA CALADERÓN J.L. (2021). “La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 del Código Civil tras la reforma por la Ley 8/21, de 2 de junio”, *Diario La Ley*, núm. 9892, sección Tribuna, 15 de julio, pp. 1-17.
- PANIZA FULLANA A. (2018). “Comentario al artículo 17 apartado 9 de la Ley 26/2015”. En: Fco. Lledó Yagüe; M.^a P. Ferrer Vanrell, Juan Antonio Torres Llena, M.^a J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid, Dykinson,.
- PÉREZ ÁLVAREZ M.Á. (2016). “Comentario al artículo 172 del Código Civil”. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. I, 2.^a ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.
- (2017). “Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores”. En: M.^a V. Mayor Del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- PÉREZ VALLEJO A.M.^a (2016). “Custodia compartida y violencia de género: cuestiones controvertidas ex artículo 92.7 del Código Civil”, *Revista de Estudios de las Mujeres*, vol. 4, pp. 87-115.
- SAIN-CANTERO M.^a B. (2014). “El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, número 4, octubre-diciembre.
- (2018). “Comentario al artículo 172 del Código Civil”. En: Fco. Lledó Yagüe; M.^a P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, M.^a J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid: Dykinson, 2018.
- SÁNCHEZ MELGAR, J. (2021). “La prueba preconstituida en las declaraciones de los menores y discapacitados”, *LA LEY Derecho de Familia*, número 32, pp. 2-32.
- TARDÓN OLMOS M. (2016). “El régimen de visitas en supuestos de violencia de género. Aplicación práctica”, *LA LEY Derecho de Familia*, número 12, octubre-diciembre, pp. 1-8.
- VERDERA IZQUIERDO B. (2017). “El interés del menor versus interés familiar e interés particular de los progenitores”. En: M.^a V. Mayor Del Hoyo (dir.), *La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

XI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC, Sala Segunda, secc. 2.^a, 20 de febrero de 2023.
- STC, Sala Segunda, secc. 2.^a, 6 de marzo de 2023.
- STC, Sala Segunda, secc. 2.^a, 15 de enero de 2024.
- STC, Sala Segunda, secc. 2.^a, 14 de febrero de 2024.
- STC, Sala Segunda, secc. 2.^a, 27 de febrero de 2024.
- STC, Sala Segunda, secc. 2.^a, 8 de abril de 2024.
- STC, Sala Segunda, secc. 2.^a, 3 de junio de 2024.
- STC, Sala Segunda, secc. 2.^a, 23 de septiembre de 2024.

- STS, Sala de lo Civil, 10 de mayo de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, 2 de noviembre de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, 31 de marzo de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 21 de febrero de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de febrero de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, 21 de febrero de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de septiembre de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de septiembre de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, 18 de octubre de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, 23 de octubre de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de junio de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de julio 2024.
- STS, Sala de lo Civil, 17 de septiembre de 2024.
- STS, Pleno de la Sala de lo Civil, 4 diciembre 2024.
- STSJ Sevilla, Contencioso-administrativo, secc. 3.^a, 23 de octubre de 2014.
- STSJ Barcelona, Contencioso-administrativo, secc. 4.^a, 4 de mayo de 2015.
- STSJ Madrid, Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, 8 de junio de 2015.
- STSJ Sevilla, Contencioso-administrativo, secc. 3.^a, 17 de junio de 2015.
- STSJ Las Palmas de Gran Canaria, Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, 29 de julio de 2016.
- STSJ Madrid, Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, 26 de septiembre de 2016.
- STSJ Madrid, Contencioso-administrativo, sec. 10.^a, 4 de noviembre de 2016.
- STSJ Granada, Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, 21 de diciembre de 2016.
- STSJ Santa Cruz de Tenerife, Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, 10 de marzo de 2017.
- STSJ Oviedo, Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, 14 de junio de 2017.
- STSJ Granada, Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, 2.^o de junio de 2017.
- STSJ Barcelona, Contencioso-administrativo, secc. 4.^a, 27 de diciembre de 2018.
- STSJ Oviedo, Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, 28 de diciembre de 2018.
- STSJ Barcelona, Contencioso-administrativo, secc. 4.^a, 28 de junio de 2019.
- STSJ Málaga, Contencioso-administrativo, secc. 6.^a, 23 de abril de 2020.
- STSJ Valladolid, Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, 15 de julio de 2021.
- STSJ Barcelona, Contencioso-administrativo, secc. 4.^a, 30 de junio de 2022.
- STSJ Barcelona, Contencioso-administrativo, secc. 4.^a, 14 de octubre de 2022.
- STSJ Valladolid, Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, 18 de julio de 2023.
- STSJ A Coruña, Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, 29 de noviembre de 2023.
- STSJ Sevilla, Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, 11 de diciembre de 2023.
- STSJ Granada, Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, 24 de enero de 2024.
- STSJ Castilla-La Mancha, Contencioso-administrativo, secc. 2.^a, 22 de mayo de 2024.
- STSJ A Coruña, Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, 20 de septiembre de 2024.
- SAP Cantabria secc. 2.^a, 7 de enero de 2019.
- SAP Burgos, secc. 2.^a, 28 de mayo de 2019
- SAP León, secc. 2.^a, 27 de junio de 2019.

- SAP Granada, secc. 5.^a, 4 de octubre de 2019.
- SAP Barcelona, secc. 18.^a, 15 de enero de 2020.
- SAP A Coruña, secc. 3.^a, 3 de marzo de 2020.
- SAP Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.^a, 16 de marzo de 2020.
- SAP Málaga, secc. 6.^a, 23 de abril de 2020.
- SAP Barcelona, secc. 18.^a, 18 de mayo de 2020.
- AAP Barcelona, secc. 18.^a, 10 de junio de 2020.
- SAP Castellón, secc. 2.^a, 26 de junio de 2020.
- AAP La Rioja, secc. 1.^a, 8 de julio de 2020.
- SAP Cádiz, secc. 5.^a, 18 de mayo de 2020.
- AAP Toledo, secc. 1.^a, 16 de septiembre de 2020.
- SAP Teruel, secc. 1.^a, 22 de octubre de 2020.
- SAP Navarra, secc. 3.^a, 10 de noviembre de 2020.
- SAP Toledo, secc. 2.^a, 16 de noviembre de 2020.
- SAP Zamora, secc. 1.^a, 20 de noviembre de 2020.
- SAP Toledo, secc. 1.^a, 22 de enero de 2021.
- SAP Alicante, secc. 6.^a, 3 de abril de 2021.
- SAP Zaragoza, secc. 2.^a, 24 de septiembre de 2021.
- SAP Islas Baleares, secc. 4.^a, 1 de octubre de 2021.
- SAP Islas Baleares, secc. 4.^a, 22 de octubre de 2021.
- SAP Granada, secc. 5.^a, 16 de noviembre de 2021.
- SAP Barcelona, secc. 18.^a, 23 de diciembre de 2021.
- SAP Jaén, secc. 1.^a, 17 de febrero de 2022.
- SAP Cádiz, secc. 5.^a, 16 de marzo de 2022.
- SAP Jaén, secc. 1.^a, 20 de abril de 2022.
- SAP León, secc. 1.^a, 5 de mayo de 2022.
- SAP Álava, secc. 1.^a, 11 de mayo de 2022.
- SAP Vizcaya, secc. 4.^a, 17 de mayo de 2022.
- SAP Jaén, secc. 1.^a, 12 de julio de 2022.
- AAP La Rioja, 10 de octubre 2022.
- SAP Málaga, secc. 6.^a, 30 de noviembre de 2022.
- SAP A Coruña, secc. 6.^a, 1 de septiembre de 2022.
- SAP Cádiz, secc. 5.^a, 2 de marzo de 2023.
- SAP Córdoba, secc. 1.^a, 10 de marzo de 2023.
- SAP Huelva, secc. 2.^a, 23 de marzo de 2023.
- AAP Málaga, secc. 6.^a, 29 de marzo de 2023.
- SAP Asturias, secc. 1.^a, 11 de abril de 2023.
- SAP Badajoz, secc. 3.^a, 11 de mayo de 2023.
- SAP Castellón, 18 de abril de 2023.
- SAP Navarra, secc. 3.^a, 28 de julio de 2023.
- SAP Valencia, secc. 10.^a, 4 de octubre de 2023.
- SAP Valencia, secc. 10.^a, 13 de diciembre de 2023.
- SAP León, secc. 2.^a, 9 de enero de 2024.

NOTAS

¹ MAYOR DEL HOYO M.^a V., “Comentario al artículo 173 del Código Civil”, *Código Civil comentado*, vol. I, directores Ana Cañizares Laso, Pablo De Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno, Rosario Valpuesta Fernández, 2.^a ed., Civitas Thomson Reuters, Navarra (2016), pp. 889-890; de la misma autora, “El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio”, *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, directora M.^a Victoria Mayor del Hoyo, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra (2017), p. 220. Por su parte, ABAD ARENAS E., “El acogimiento familiar y residencial”, *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, coordinadores Vicente Cabedo Mallol e Isaac Ravellat Ballesté, Tirant lo Blanch, Valencia (2016), p. 280 define el acogimiento familiar como “una forma de protección del menor, inspirada su regulación en el principio superior del interés del menor; se prevé para aquellos supuestos en los que el menor se encuentra privado de un ambiente familiar idóneo, teniendo presente la temporalidad de éste hasta que se produzca la reinserción del menor en su familia biológica —cuando cesen las causas que originaron esta situación—, o se constituya su tutela o sea posible su adopción y destaca por tratarse de una medida de carácter temporal y revocable”. En esta línea, el artículo 68.1 de la Ley 3/2011, de 30 de junio de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia lo conceptúa como “el modo de ejercicio de la guarda como medida de protección consistente en la integración de la o el menor en una familia, en su modalidad familiar, o en su alojamiento y atención en un centro, en la modalidad residencial”. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 29 de abril de 2011 (JUR 2011/240182) lo define en su *Fundamento de Derecho segundo* como “aquella situación temporal y revocable, orientada a la protección de menores que se encuentran privados, aunque sea circunstancialmente de una adecuada atención familiar y consistente en confiar al menor al cuidado de personas que reúnan las condiciones morales y materiales necesarias para proporcionarles sustento, habitación, vestido y especialmente una vida familiar conforme a los usos sociales”.

² Para MAYOR DEL HOYO M.^a V., “El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio”, *op. cit.*, p. 222 se trata de una declaración de buenas intenciones porque la misma norma establece dos salvedades a la prohibición: “una, que la medida no convenga al interés del menor, hasta aquí ninguna objeción; la otra excepción es que resulte imposible porque el ingreso en el centro sea la única medida disponible, cosa que desgraciadamente sucederá con frecuencia”.

³ DIEZ GARCÍA, H. (2016). “Comentario al artículo 172 del Código Civil”. En: R. Bercovitx Rodríguez Cano (dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia: tirant lo Blanch, p. 575 dispone al respecto, que una interpretación conjunta de estas previsiones legislativas permite afirmar que, el acogimiento residencial ha de ser considerado, además de instrumento de protección subsidiario, como una medida temporal no permanente.

⁴ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.^a, de 11 de mayo de 2023 (JUR 2023,293358) acogimiento temporal de los abuelos.

Por su parte, el artículo 92 de la Ley 4/2023 de la Comunidad de Madrid señala que el acogimiento familiar “es una forma de ejercicio de la tutela o la guarda asumida por la Entidad pública de protección por la cual se produce la integración del niño en una familia que asume las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, en un entorno afectivo, durante el tiempo que dure el acogimiento, de acuerdo con el artículo 173.1 del Código Civil”. Y para el fomento del acogimiento familiar la Comunidad de Madrid realizará actuaciones y campañas dirigidas a la sensibilización social,

información, captación y formación de familias que colaboren a través del acogimiento con los niños que se encuentren en el sistema de protección. Asimismo, facilitará los recursos necesarios para la puesta en marcha y el apoyo de estas actuaciones, que se realizarán en colaboración con entidades autorizadas, especialmente con las asociaciones de familias acogedoras (artículo 93).

⁵ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4.^a, de 13 de enero de 2016 (JUR 2016/32506) acogimiento familiar a favor de los abuelos; de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1.^a, de 26 de enero de 2016 (AC 2016/576) acogimiento familiar a favor de una prima de la madre; y, de la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 2.^a, de 15 de abril de 2016 (JUR 2016/134763) acogimiento a favor de los abuelos paternos de la niña. Por el contrario, en las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.^a de 9 de marzo de 2020 (JUR 2020,226626) no idoneidad de la abuela para asumir el acogimiento familiar; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.^a, de 123 de abril de 2021 (JUR 2021,358559) no idoneidad de la familia biológica extensa para el cuidado y atención del menor; y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.^a, de 30 de noviembre de 2022 (JUR 2023,405047) no cabe acordar la guarda por parte de los abuelos maternos.

⁶ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de noviembre de 2022 (RJ 2022,5082) se desestima la oposición a la situación de desamparo. Así la asunción de la guarda provisional fue ejercida por la Entidad pública, tal y como permite el Código civil, mediante un acogimiento familiar urgente, formalizado después como acogimiento familiar temporal, en los plazos y de conformidad con la regulación vigente.

La medida de protección transitoria en que consiste la guarda provisional por la Entidad pública es compatible con el establecimiento y la adopción de todas las medidas de intervención que, en el caso, sin riesgo para la niña, y en consideración a la voluntad manifestada por la madre y a algún avance puntual en su situación, hizo pensar que sería posible que, a corto plazo, pudiera hacerse cargo de la crianza de su hija.

En atención a estas circunstancias puede considerarse razonablemente cumplida la exigencia del artículo 172.4.I i.f. del CC que todas las diligencias dirigidas a constatar la situación de desamparo de realicen “en el plazo más breve posible”. Tal exigencia temporal se dirige a garantizar la debida celeridad en la adopción de las medidas que afecten al menor sobre el que la Administración ha asumido la guarda, evitando la incertidumbre que respecto de su situación pueda derivar de la inactividad de la Administración.

En el caso no ha habido inactividad de la Entidad pública. La gravedad de la negligencia de la madre hacia las necesidades psíquicas de la niña, la ausencia de figuras alternativas en el entorno familiar que cubran las carencias de la madre y compensen su déficit, el fracaso de los planes de intervención familiar en su vertiente intensiva, la incapacidad de la madre para la crianza de su tercera hija y la ausencia de garantía de un normal funcionamiento y organización familiar ni a corto ni a medio plazo, determinantes de la declaración de desamparo, fueron constatadas durante todas las intervenciones que se llevaron a cabo durante la guarda provisional que la Entidad pública asumió sobre la niña.

Junto a ello, hay que dejar constancia de que, pudiendo hacerlo, la madre no impugnó ninguna de las resoluciones administrativas dictadas desde que se produjo la apertura del expediente (guarda provisional, acogimiento familiar urgente, acogimiento familiar temporal, modificación de estancias y visitas) hasta que, finalmente, se dictó la declaración de desamparo que sí ha impugnado.

En consecuencia, debemos concluir que la actuación de la Entidad pública ha sido respetuosa con los principios que rigen el sistema vigente de protección de menores y ha cumplido

las garantías exigibles para separar a la niña de su familia de origen. De hecho, fue precisamente la intervención intensiva con la madre, tratando de evitar y prevenir la situación de desamparo, la razón por la que no se declaró inmediatamente el desamparo de la niña.

Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.^a, de 10 de diciembre de 2020 (JUR 2021,97459); y, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.^a, de 19 de julio de 2023 (JUR 2023,410881).

⁷ MAYOR DEL HOYO, M.^a, V. (2016). “El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio”, *op. cit.*, p. 239.

⁸ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Ávila, secc. 1.^a, de 28 de octubre de 2020 (JUR 2020,129436); y, de la Audiencia Provincial de Castellón, de 4 de marzo de 2022 (JUR 2023,25900) acogimiento temporal en familia educadora especializada.

⁹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 18 de mayo de 2020 (JUR 2020,193489).

¹⁰ Para MAYOR DEL HOYO M.^a V. (2016). “Comentario al artículo 173 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 892 la posibilidad de recurrir directamente a este acogimiento en los casos de guarda administrativa es inexistente porque resulta contraria a la propia esencia de esa institución. Si bien, añade que “cuando se busca una medida estable, se recurrirá a esta medida cuando, o no resulte aconsejable, o no se pudiera constituir la adopción”. Por todo ello concluye que “puede decirse que este acogimiento permanente cumple una importante función de reintegración familiar estable de menores que por su situación tienen más difícil el acceso a la misma”; de la misma autora, “El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio”, *op. cit.*, p. 245. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.^a, de 25 de mayo de 2016 (JUR 2016/211606) acogimiento permanente en familia educadora; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.^a, de 16 de marzo de 2020 (JUR 2020,253024) acogimiento familiar de la menor a favor de la abuela paterna; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.^a, de 22 de junio de 2021 (JUR 2021,334600) acogimiento por los abuelos paternos; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.^a, de 19 de julio de 2021 (JUR 2021,388353) acogimiento por el tío materno; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 24 de septiembre de 2021 (JUR 2021,365570) acogimiento por abuela paterna; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 20 de junio de 2022 (JUR 2022,303425); y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.^a, de 8 de febrero de 2023 (JUR 2023,404859) acogimiento permanente a favor de los abuelos.

¹¹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de junio de 2024 (JUR 2024,190592); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3.^a, de 10 de noviembre de 2020 (JUR 2021,134707) suspensión de la patria potestad y acogimiento permanente de los abuelos; y, de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.^a, de 31 de julio de 2023 (JUR 2023,372600).

Por otra parte, en función de la vinculación de los niños con la familia acogedora y, de conformidad con el artículo 173 bis 1 del Código Civil y con el artículo 20.1 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero el artículo 94 de la Ley 4/2023 de la Comunidad de Madrid es posible distinguir entre: a) Acogimiento en familia extensa: cuando el niño tiene un vínculo de parentesco con la familia acogedora. b) Acogimiento en familia ajena: cuando el niño no tiene ningún vínculo de parentesco con la familia acogedora. Este acogimiento podrá ser especializado, entendiendo por tal el que se desarrolla en una familia en la que alguno de sus miembros dispone de cualificación, experiencia o formación específica para desempeñar esta función respecto de niños con necesidades o circunstancias especiales, pudiendo percibir por ello una compensación económica. Y, a su vez, este acogimiento especializado podrá ser de dedicación exclusiva,

cuando así se determine por la entidad pública de protección de la Comunidad de Madrid, por razón de las necesidades y circunstancias especiales del menor en situación de ser acogido, percibiendo en tal caso la persona o personas designadas como acogedoras una compensación en atención a dicha dedicación.

En todo caso, se desarrollarán reglamentariamente los criterios de valoración para las familias acogedoras en ambas modalidades. No obstante, en atención a su duración y objetivos, el acogimiento familiar podrá adoptar las modalidades de acogimiento de urgencia, acogimiento temporal o acogimiento permanente, tal y como aparecen recogidas en el artículo 173 bis del Código Civil.

¹² Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 22 de junio de 2016 (JUR 2016/215319).

¹³ MIRALLES GONZÁLEZ, I. (2018). “Comentario al artículo 19 de la Ley 26/2015”. En: directores Fco. Lledó Yagüe; M.ª P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, M.ª J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid: Dykinson, p. 313 precisa que aunque la ley no lo mencione “parece evidente que para que pueda constituirse, será necesario que, existan familiares que, deseen acoger al menor sin oposición del resto de los miembros de la familiar y que dichos familiares estén en condiciones de cuidar, amparar y educar al menor”. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.ª, de 31 de julio de 2020 (JUR 2020,301369) familia extensa abuelos de la menor, de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 30 de octubre de 2020 (JUR 2021,95838) familia extensa tío de la menor; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, de 22 de diciembre de 2020 (JUR 2023,60499) acogimiento familiar con su nieta; y, de la Audiencia provincial de Navarra, 3.ª, de 28 de julio de 2023 (JUR 2023,398384) acogimiento por la abuela del menor y su marido.

¹⁴ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, de 29 de julio de 2022 (JUR 2022,328681).

¹⁵ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1.ª, de 20 de noviembre de 2020 (JUR 2021,44376) no procede el retorno de los menores al domicilio de la abuela materna, ya que, no tiene ésta la capacidad para el cuidado de sus nietos; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 12 de julio de 2022 (JUR 2023,109) regreso de los menores a su entorno familiar como mejor respeto a su superior interés; y, de la Audiencia Provincial de Teruel, secc. 1.ª, de 9 de marzo de 2023 (JUR 2023,407897) no procede el reintegro del menor con su familia biológica. Evidencia una severa incompetencia parental que situaría al menor en un riesgo grave para su desarrollo integral.

¹⁶ RJ 2009,4581. En efecto esta sentencia, ya había dicho que: “El principio de reinserción en la propia familia que, junto con el interés del menor, aparece recogido en el artículo 172.4 del CC como uno de los principios que rigen en materia de protección de menores desamparados, está proclamado en la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986 y en el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, y ha sido reconocido, en relación con los derechos de los padres biológicos, por el Tribunal Constitucional a partir de la sentencia 298/1993, de 18 de octubre (RTC 1993,298). Estos principios, considerados en abstracto, constituyen principios de fin o directrices, en cuanto no establecen mandatos genéricos por razón del objeto, sino por razón del fin. En consecuencia, ninguno de ellos impone soluciones determinadas, sino que deben aplicarse mediante una técnica de adecuación a los fines impuestos, que debe aplicarse con criterios de protección

o exploración de las posibilidades futuras de conseguirlos. En suma, su cumplimiento exige atender a la consecución del interés del menor, mediante la adopción de las soluciones que, por una parte, le sean más beneficiosas y, por otra, que permitan la reinserción en la propia familia. En consecuencia, esta Sala sienta la doctrina de que es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del artículo 172.6 del CC, contemple 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. Debe concluirse que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor”.

¹⁷ RJ 2016,1132.

¹⁸ Vid., el auto de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 18 de noviembre de 2020 (JUR 2021, 375954); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 9 de octubre de 2020 (JUR 2021,95512) no ampliación del derecho de visitas; de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 26 de junio de 2020 (AC 2021,99); de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.ª, de 13 de noviembre de 2020 (JUR 2021,82105); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 17 de mayo de 2022 (JUR 2022,311743) cesación de la guarda por la entidad pública por alcanzar la mayoría de edad el menor acogido; y, de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 24 de abril de 2023 (JUR 2023,27728).

¹⁹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3.ª, de 20 de mayo de 2016 (AC 2016/1793).

²⁰ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.ª, de 20 de julio de 2023 (JUR 2023,354456) ampliación del régimen de visitas de la madre con sus hijos de 11 y 13 años. Deseo de los niños de pasar más tiempo con su madre.

²¹ También se refiere al acogimiento residencial, el artículo 103 de la Ley 4/2023 de la Comunidad de Madrid: “1. El acogimiento residencial es el modo de ejercicio de una medida de protección en el que la guarda se ejerce por la dirección del centro de protección en el que el niño se encuentra acogido. 2. De acuerdo con lo previsto en el artículo 21.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, 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 niño. 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. 3. La guarda en acogimiento residencial se ejercerá por la persona a quien corresponda la dirección del centro de acogimiento residencial en el que se lleve a cabo, bajo la supervisión de la Comisión de Protección a la Infancia y la Adolescencia, y la superior vigilancia del Ministerio Fiscal. 4. A fin de garantizar que los centros de acogimiento residencial son entornos protectores y su funcionamiento promueve el pleno disfrute de los derechos de los niños protegidos, serán supervisados permanentemente, sin perjuicio de la superior vigilancia del Ministerio Fiscal.

Asimismo, deberán cumplir con las medidas de control de calidad recogidas en la normativa vigente en materia de calidad y evaluación, entre ellas los estándares de calidad que se prevean. 5. El acogimiento residencial deberá responder a las necesidades de los niños, atendidos. A tal efecto, la entidad pública competente en materia de infancia y adolescencia definirá los distintos tipos de programas de acogimiento residencial que permitan cubrir adecuada y eficazmente la diversidad de las necesidades detectadas”.

En cuanto al régimen de funcionamiento de los centros de acogimiento residencial señalar que “1. Todos los centros ubicados en la Comunidad de Madrid que lleven a cabo acogimientos residenciales tendrán que estar habilitados específicamente para desempeñar esta función por la entidad pública competente en materia de protección a la infancia y adolescencia; deberán estar inscritos en el registro de centros de servicios sociales, de acuerdo con la legislación vigente, sin perjuicio de otras autorizaciones que también puedan ser exigidas. Deberán disponer, asimismo, de un proyecto de centro, que recoja el proyecto educativo y las normas de funcionamiento y convivencia. Además, deberán elaborar un plan anual y una memoria de evaluación al inicio y al final de cada año natural, respectivamente. 2. El contenido y estructura del proyecto de centro, así como el régimen de funcionamiento de los centros de acogimiento residencial se determinarán reglamentariamente. En particular, se establecerán la protección y el ejercicio de los derechos y deberes por los niños acogidos y su participación en el funcionamiento interno del centro; las condiciones de seguridad, sanidad, accesibilidad y las necesarias para la inclusión social de los niños; y demás condiciones que contribuyan a asegurar el ejercicio de sus derechos.

Respecto a la tipología de los centros de acogimiento residencial el artículo 106 dispone que: 1. Los centros de protección podrán tener diferentes tipologías que se establecerán y regularán reglamentariamente. En todo caso, deberán disponer del número adecuado de plazas para favorecer que la atención que se presta a los niños y el ambiente en el que viven sean similares a los de un núcleo familiar. 2. A los efectos de la presente Ley, los centros de acogimiento residencial se clasificarán en virtud de sus características funcionales, pudiendo ser centros de primera acogida y centros de acogida general. 3. Los centros de primera acogida responden a la necesidad de disponer de un recurso residencial para la atención continuada e ininterrumpida de las situaciones de urgencia, prestando atención inmediata y temporal en el marco de la guarda provisional prevista en el artículo 172.4 del Código Civil y en el artículo 81 de esta ley. 4. La permanencia en un centro de primera acogida no podrá sobrepasar los tres meses, dadas las funciones que se le atribuyen y su carácter transitorio. 5. Los centros de primera acogida podrán ser, sin perjuicio de los establecido en el apartado 1 de este artículo, en función de la forma que adopten, residencias de primera infancia, residencias infantiles hogares, unidades de convivencia para adolescentes, centros específicos y residencias para menores con discapacidad: a) Las residencias de primera infancia son centros especializados en la atención de menores de seis años que por sus circunstancias, enfermedad grave o necesidad de valoración no pueden incorporarse a una familia, siendo su objetivo la incorporación de los niños a una familia en el menor tiempo posible. b) Las residencias infantiles, destinadas al acogimiento de niños de cero a dieciocho años, que estructurarán su funcionamiento en pequeñas unidades de convivencia en función de las edades de los niños o de los vínculos previos que pudieran existir entre ellos. c) Los hogares son centros de pequeño tamaño situados en pisos o viviendas, semejantes por su estructura a la vida familiar, en los que residirán niños de distintas edades. d) Las unidades de convivencia para adolescentes son hogares dirigidos a adolescentes de doce a dieciocho años que cuentan con un grado de madurez que les permite involucrarse en su proyecto de vida, con el fin de lograr la autonomía e independencia adecuadas en su prepa-

ración para la vida adulta. e) Los centros específicos están destinados a atender a niños cuyas particulares necesidades exigen una atención profesional especializada de carácter terapéutico, que requieren un proceso de tratamiento, por presentar problemas de conducta. Requieren autorización judicial para su ingreso de conformidad con la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia. f) Las residencias para menores con discapacidad, destinadas a niños y adolescentes de cero a dieciocho años acogen a niños con discapacidad física, intelectual, sensorial que por necesitar una atención muy individualizada y especializada requieren de un marco de atención profesional muy específico. 6. De acuerdo con las necesidades de los niños sobre los que se adopten medidas de protección, la entidad pública de protección competente podrá crear o concertar en cada momento los centros que considere adecuados para atender a las necesidades de los mismos. 7. Se tendrá especialmente en cuenta el criterio de no separar a los hermanos o a niños que pudieran tener un vínculo socioafectivo previo y significativo, siempre que esto resulte adecuado a su interés superior.

²² RJ 2009,4581. En este sentido, señala el Alto Tribunal que “Debe concluirse que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor”.

²³ RJ 206,1132. En los mismos términos se manifiesta esta sentencia, cuando razona: “[...] el derecho de los padres biológicos no es reconocido ni por las normas legales propias ni por las internacionales como un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor contemplando el posible retorno a la familia natural siempre que sea compatible con las medidas más favorables al interés del menor.

²⁴ RJ 2023,1717. Tras citar la sentencia 720/2022 (RJ 2022,5082) en la que se precisa que no “bastan las simples conjeturas para alterar la situación de estabilidad alcanzada por los menores sobre la base de la simple posibilidad de que la medida va a funcionar y de que ello no implica la separación de los niños de su familia de origen, dado el carácter definitivo y no meramente simple y temporal de la medida”; en el caso presente, resulta que se ha constatado la falta de habilidades de los padres para asumir el cuidado físico y emocional de su hijo. La falta de estabilidad en las relaciones personales de los progenitores del menor, en clara crisis de pareja, con relaciones conflictivas, no ajenas a episodios violentos, fruto principalmente del nuevo embarazo de la madre de otra persona distinta al padre de Cosme. Inmadurez de Serafina, incapaz de planificar su vida en un factible proyecto vital, a lo que, desde luego, no ayudan tampoco sus negativas experiencias de infancia. Pasividad y falta de implicación de Baldomero en la asunción de la crianza de un menor. Los múltiples informes técnicos contrarios al reintegro de Cosme con sus padres.

Todo ello, unido a la situación actual del niño en su familia de acogida, con la que convive poco después de su nacimiento, en un entorno sumamente favorable para el libre desarrollo de

su personalidad, bajo pautas acreditadas de cuidado personal diligente, atención y afecto, que determinarían que el retorno de Cosme con sus progenitores, en el cuadro contextual antes descrito, le produciría un negativo impacto emocional, y el sometimiento a una situación de riesgo real y efectivo, contraria a su prevalente interés superior.

Siendo este último, “la consideración primordial a la que deben atender 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” (SSTC 64/2019, de 9 de mayo (RTC 2019,64), FJ 4; 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3; 81/2021, de 19 de abril (RTC 2021,81), FJ 2; y, 113/2021, de 31 de mayo (RTC 2021,113), FJ 2).

²⁵ RJ 2023,5630. Aunque existe el deseo que la agrupación familiar pueda funcionar a pesar de no existir informe alguno que la aconseje y existiendo en cambio informes que acreditan la justificación de la declaración de desamparo del niño; lo cierto es que, la reinserción en la propia familia por el momento no se ajusta al interés de dicho menor. De ahí que, se confirme la declaración administrativa de desamparo y acogimiento residencial por ajustadas a las circunstancias concurrentes en aplicación de criterios normativos y jurisprudenciales de esta Sala. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3.ª, de 14 de abril de 2023 (JUR 2023,298420) no procede el retorno del menor desamparado con su madre; aunque esta puede intentar mejorar en el ejercicio de su responsabilidad marital; sin embargo, su situación personal no ha mejorado.

²⁶ RJ 2021,5501.

²⁷ RJ 2023,395946.

²⁸ MARTÍN AZCANO, E.M.º (2017). “Centros de protección específicos: la respuesta de la Ley Orgánica 8/2015 a la problemática de los menores con trastorno de conducta”. En: A. I. Berrocal Lanzarot y C. Callejo Rodríguez (coords.), *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia tras la Ley Orgánica 7/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio*, Madrid: La Ley, p. 4. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, de 10 de junio de 2020 (JUR 2020,220431).

²⁹ La recomendación Rec (2005)5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros *sobre los derechos de los menores internos en centros residenciales* de 16 de marzo de 2005 establece, al respecto que: 1. Que el internamiento del menor debe constituir una excepción y tener como objetivo primordial su mejor interés y la integración o reintegración social tan pronto como sea posible; 2. Que el internamiento debe respetar los derechos fundamentales del menor y realizarse en instituciones que cumplan una serie de estándares en cuanto a medios humanos y materiales; 3. Que el internamiento no debe durar más allá de lo necesario y debe estar sujeto a revisión periódica; y, 4. Que debe existir un sistema eficaz de control de las instituciones residenciales.

³⁰ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1.ª, de 11 de marzo de 2020 (JUR 2020,157292).

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2002 ha subrayado la importancia de la vida privada y familiar recogido en el artículo 8 del Convenio. En el caso *Kutner contra Alemania* ha destacado la importancia del derecho a la ayuda privada y familiar recogido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Asimismo, el Tribunal expresa que la medida a tomar a cargo del menor debe ser inicialmente temporal y que todo acto de ejecución debe estar destinado a “unir de nuevo a la familia de sangre y al menor. Asimismo, manifiesta que conforme señala el artículo 2 la injerencia tiene que cumplir con los requisitos de previsión legal, motivo legítimo y necesidad. Para apreciar ésta, los Estados Partes cuentan con cierta discrecionalidad en función de las circunstancias.

En fin, procede indicar que, en las primeras conclusiones recogidas en el informe publicado por el centro de Salud Mental del Reino Unido (*Centre for Mental Health*) junto con el Colegio Universitario de Londres (*University College of London*) de 2018 donde se analizan el comportamiento de los niños y los problemas de conducta infanto-juveniles destacan como datos que 1 de cada 12 niños entre 3 y 14 años, presenta un alto riesgo de desarrollar problemas graves de conducta. Muchos de estos niños experimentan también otros problemas de salud mental concurrentes, como hiperactividad, ansiedad o depresión. Asimismo, los niños como problemas graves de conducta están expuestos a múltiples riesgos desde el nacimiento: riesgos socioeconómicos, riesgos relacionados con la familia/padres y riesgos relacionados con los niños (por ejemplo, retraso en el desarrollo, temperamento difícil).

³¹ El Capítulo IX bajo la rúbrica “Niños protegidos con problemas de conducta” de la Ley 4/2023 de la Comunidad de Madrid en su artículo 124 se refiere a los principios de actuación de los centros de protección específico de menores con problemas de conducta; de forma que, en la prevención e intervención con niños con problemas de conducta, la Comunidad de Madrid seguirá los siguientes principios: a) Atención prioritaria en el propio entorno, a través de la utilización de los recursos comunitarios, de medidas de apoyo familiar y de aquellas otras de atención especializada para este tipo de conductas en los sistemas públicos de educación, sanidad y servicios sociales. b) Políticas de intervención de carácter educativo, con el fin de que los niños comprendan las consecuencias de sus actos y asuman sus responsabilidades. Para ello se fomentará la participación en programas de educación cívica, tolerancia, empatía y solidaridad; de prevención del consumo de tabaco, alcohol y sustancias estupefacientes, y otras conductas adictivas, especialmente las relacionadas con el mal uso de las nuevas tecnologías y la participación en apuestas y juegos de azar. c) Intervención familiar, haciendo participe a la familia en la solución de las controversias, la asunción de sus responsabilidades de educación y cuidado, y favoreciendo la capacitación parental, en particular el manejo conductual y de estrategias de prevención de futuros comportamientos antisociales. d) Favorecimiento de los procesos de inclusión social, en particular, mediante una oferta de programas de ocio educativo y tiempo libre saludable. 2. Asimismo, con el fin de prevenir los problemas de conducta en la población infantil y juvenil la Comunidad de Madrid promoverá las siguientes actuaciones: a) Actuación preventiva sobre los factores, tanto de protección como de riesgo, relacionados con la conducta disruptiva o disocial, mediante acciones dirigidas a la población en general. b) Intervención y educación social en barrios y en municipios, creando modelos de referencia positivos que promuevan la desvinculación de conductas adictivas y violentas tanto desde la perspectiva individual como grupal.

Por su parte, el artículo 125 de la citada norma hace referencia al acogimiento residencial específico para niños con problemas de conducta disponiendo a tal fin que: 1. El acogimiento residencial de niños con problemas de conducta, de conformidad con lo previsto en el capítulo IV del título II de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, comprenderá tanto la atención residencial como la intervención terapéutica y socioeducativa dirigida a la reeducación del comportamiento, que se concretará a través de un plan de intervención con objetivos revisables periódicamente. Esta medida de protección se adoptará tras una valoración psicológica y social emitida por el equipo multidisciplinar especializado en protección de menores. 2. Los procedimientos de ingreso, actuaciones e intervenciones en centros de protección específicos de menores con problemas de trastornos de conducta, se regirán por lo dispuesto en el Capítulo IV del Título II de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, y en el artículo 778 bis de la Ley 1/2000 de 7 de enero. 3. La Comunidad de Madrid podrá desarrollar protocolos específicos que

aseguren el cumplimiento de las garantías legales y el pleno respeto a los derechos de los niños en relación con su ingreso y permanencia en este tipo de centros.

³² En esta línea, dispone el artículo 37 de la Ley 4/2023 de la Comunidad de Madrid relativa a medidas específicas en el ámbito de sistema de protección de menores dispone que “1. Los centros de protección de menores han de ser entornos seguros y están obligados a aplicar los protocolos que establezca la entidad pública de protección, y que contendrán las actuaciones que deben seguirse para la prevención, detección precoz e intervención frente a las posibles situaciones de violencia comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Ley. Entre otros aspectos, los protocolos incluirán actuaciones específicas de prevención, detección precoz e intervención ante posibles casos de violencia que tengan como víctimas a niños sujetos a medida protectora y que residan en centros residenciales bajo su responsabilidad. 2. Lo previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo señalado en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, y en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con respecto a centros específicos de protección de menores con problemas de conducta”.

³³ Respecto de este acogimiento, el artículo 120 de la Ley 4/2023, de la Comunidad de Madrid, se refiere a la recepción y tramitación de ofrecimientos de adopción internacional destacando que: “1. Los ofrecimientos de adopción dirigidos a niños residentes en países extranjeros se tramitarán conforme a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, y el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección al Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional. 2. En su condición de autoridad central competente en los términos de dicho convenio, la entidad pública de protección ejercerá las funciones que este le encomienda y cooperará con las autoridades homólogas de los países extranjeros. 3. Las personas o parejas residentes en la Comunidad de Madrid que deseen ofrecerse para una adopción internacional en un país del extranjero deberán presentar su ofrecimiento ante la entidad pública de protección para la formación, valoración psicosocial, declaración de idoneidad, tramitación del expediente y, en su caso, seguimiento post adoptivo. 4. No se aceptarán ofrecimientos que resulten incompatibles con la legislación o directrices técnicas del país de origen. 5. El ofrecimiento de adopción se dirigirá a un solo país extranjero, siendo necesario haber finalizado o cancelado dicho procedimiento para iniciar una nueva tramitación en el mismo u otro país. 6. No obstante lo anterior, cuando en un país se paralice la tramitación de todos los expedientes de adopción internacional ya iniciados, sin que pueda preverse una reanudación de estos en plazo próximo, la Comisión de Protección a la Infancia y de la Adolescencia podrá autorizar la tramitación de un segundo expediente en un país distinto. En caso de producirse una reanudación de los expedientes paralizados, los interesados deberán optar por uno de los dos abiertos y desistir del otro. 7. En función de los requisitos y condiciones del país de origen, un expediente de adopción internacional podrá tramitarse mediante protocolo público o mediante un organismo acreditado. La entidad pública de protección facilitará la necesaria información y apoyo a los adoptantes en los casos de protocolo público, y supervisará la actividad de los organismos acreditados en los términos previstos por la legislación. 8. La tramitación podrá suspenderse en cualquiera de sus fases, de oficio o a solicitud de los interesados, mediante resolución motivada, durante el tiempo y con las condiciones que se determinen, cuando una circunstancia transitoria y relevante impida valorar la idoneidad o considerar una posible asignación. 9. En materia de acreditación, control, inspección y directrices de actuación de los organismos acreditados para realizar funciones de mediación en adopción internacional, se procurará colaborar y consensuar criterios con las restantes entidades públicas de protección de otras comunidades autónomas y la Administración General del Estado. 10. La entidad pública de protección asegurará el cumplimiento de los seguimientos post adoptivos en los plazos y términos establecidos por el país de origen

de los menores adoptados, sea a través del organismo acreditado que haya mediado en la tramitación, o a través de sus propios medios en los casos tramitados mediante el protocolo público”.

³⁴ El artículo 103 referido a la información que debe comunicarse a la Comisión dispone al respecto, que: “1. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión los siguientes datos: a) cualquier autoridad a que se hace referencia en el artículo 2, apartado 2, punto 2, letra b), y punto 3, y en el artículo 74, apartado 2; b) los órganos jurisdiccionales y las autoridades competentes para expedir los certificados a que se refieren el artículo 36, apartado 1, y el artículo 66, y los órganos jurisdiccionales competentes para rectificar los certificados a que se hace referencia en el artículo 37, apartado 1, el artículo 48, apartado 1, el artículo 49, y el artículo 66, apartado 3, en relación con el artículo 37, apartado 1; c) los órganos jurisdiccionales mencionados en el artículo 30, apartado 3, el artículo 52, el artículo 40, apartado 1, el artículo 58, apartado 1, y el artículo 62, así como las autoridades y órganos jurisdiccionales mencionados en el artículo 61, apartado 2; d) las autoridades competentes para la ejecución a que se refiere el artículo 52; e) las vías de recurso a que se hace referencia en los artículos 61 y 62; f) los nombres, direcciones y medios de comunicación de las autoridades centrales designadas de conformidad con el artículo 76; g) las categorías de parientes cercanos a que se hace referencia en el artículo 82, apartado 2, cuando proceda; h) las lenguas aceptadas en las comunicaciones dirigidas a las autoridades centrales de conformidad con el artículo 91, apartado 3; i) las lenguas aceptadas para las traducciones de conformidad con el artículo 80, apartado 3, el artículo 81, apartado 2, el artículo 82, apartado 4, y el artículo 91, apartado 2; 2. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión la información a que se refiere el apartado 1 a más tardar el 23 de abril de 2021.3. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión cualquier modificación de la información a que se refiere el apartado 1. 4. La Comisión hará pública la información a que se refiere el apartado 1 por los medios adecuados, en particular a través del Portal Europeo de e-Justicia”.

³⁵ FERNÁNDEZ MASÍÁ, E. (2024). “El acogimiento transfronterizo como medida de protección del menor en la Unión Europea”, *Revista Internacional de Derecho Privado*, p. 12 precisa que “es posible, si así lo decide un estado miembro, en concreto ampliar la opción de acoger a un menor, sin la necesaria previa aprobación de sus autoridades, a determinar categorías de parientes cercanos distintos de los progenitores, como puede ser lo tíos o los abuelos”. Y añade que “la idea que fundamenta esta excepción que, plasma la búsqueda en todo momento de interés superior del menor, es que no sólo los progenitores, sino también otros familiares o parientes muy cercanos al menor pueden considerarse idóneos para proceder a un acogimiento transfronterizo en el Estado miembro donde estos últimos residen”.

³⁶ CARDONA GUASCH O. (2018). “Comentario artículo 18 de la Ley 26/2015”. En: Fco. Lledó Yagüe; M.ª P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, M.ª J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid: Dykinson, p. 295.

³⁷ CARDONA GUASCH O. (2018). “Comentario artículo 18 de la Ley 26/2015”, *op. cit.*, p. 296.

³⁸ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 18 de abril de 2023 (JUR 2023,299340) la guarda voluntaria del menor estaba justificada por la existencia de circunstancias graves que impedían que los progenitores pudieran cuidar adecuadamente de su hija.

³⁹ El artículo 81 de la ley 4/2023 de la Comunidad de Madrid en relación con la Guarda provisional. “1. La entidad pública de protección asumirá la guarda provisional prevista en el artículo 172.4 del Código Civil, en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata en los casos urgentes en que resulte necesario para preservar la vida, la integridad física, psicológica o la salud de un niño. Esta guarda será comunicada al Ministerio Fiscal,

procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al niño, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo. Será registrada en el Registro de Medidas de Protección e incluida en el Sistema Unificado de Información. La guarda provisional se realizará de forma preferente a través del acogimiento familiar de urgencia. Solo en los casos en los que no sea posible el acogimiento familiar, y así quede suficientemente justificado, se asumirá la guarda a través del acogimiento residencial, de acuerdo con lo establecido en esta Ley. 2. La Comisión de Protección a la Infancia y a la Adolescencia asumirá guarda provisional en una resolución administrativa, que será comunicada y explicada al niño de forma clara y comprensible de acuerdo con su madurez, al Ministerio Fiscal, a los padres, tutores o guardadores y, en su caso, a los acogedores de urgencia. 3. Asumida la guarda provisional, la entidad pública practicará las diligencias precisas que permitan, en su caso, la identificación del niño y la determinación de las circunstancias que confirmen o no la posible situación de desprotección adoptando la medida de protección más adecuada al caso; 4. En el plazo más breve posible y, en todo caso, inferior a tres meses, si no se hubiera podido clarificar la situación, o no procediera la reunificación familiar, la entidad pública de protección iniciará el procedimiento de asunción de medida de protección, y proporcionará al niño una medida de protección acorde con sus circunstancias”. Respecto de la guarda voluntaria el artículo 82: “1. La Comisión de Protección a la Infancia y a la Adolescencia podrá asumir temporalmente la guarda de los menores a petición de sus padres o tutores en los términos previstos en el artículo 172 bis del Código Civil. Para que la solicitud de guarda sea estimada se debe acreditar la existencia de circunstancias graves y transitorias que impiden la adecuada atención del niño. 2. La guarda tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del niño aconseje, excepcionalmente, la prórroga de la medida por razones que se deberán hacer constar expresamente. Transcurrido el plazo o la prórroga, en su caso, el menor deberá regresar con sus padres o tutores o, si no se dan las circunstancias adecuadas para ello, será declarado en situación legal de desamparo y se le proporcionará una medida estable de protección. 3. En los supuestos de guarda será necesario el compromiso explícito de la familia de aceptar la intervención profesional para revertir las causas que la motivaron, para lo cual se elaborará un plan individual de protección de acuerdo con lo previsto en el artículo 88. Asimismo, la administración de la Comunidad de Madrid garantizará que dicho plan cuente con medios adecuados y suficientes para su realización. En caso de prorrogarse la medida deberá actualizarse convenientemente el plan individual de protección”.

⁴⁰ LÓPEZ MAZA S. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”. En: R. Bercovitz Rodríguez Cano (dir.), *Las modificaciones del Código Civil del año 2015* Valencia: tirant lo Blanch, p. 648.

⁴¹ LÓPEZ MAZA S. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 648.

⁴² PÉREZ ÁLVAREZ M.Á (2016), “Comentario al artículo 175 del Código Civil”. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. I, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, p. 916.

⁴³ BARBER CÁRCAMO R. (2017). “La filiación adoptiva”. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. V, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 621. Por su parte, LIÉBANA ORTIZ J.R. (2015). “De la adopción”, *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 248 señala que, la adopción puede definirse como “el acto de autoridad por el que se constituye la relación de filiación adoptiva entre el adoptante y adoptado. De esta forma, se constituye un instrumento de integración familiar, de carácter permanente e irrevocable (artí-

culo 180.1 del Código Civil), en el que el beneficio del adoptado en principio se sobrepone a cualquier otro interés legítimo subyacente en el procedimiento de constitución de la adopción”.

⁴⁴ Procurar el retorno del menor a la familiar de origen es un principio de actuación de los poderes públicos (artículo 11.2 b)); como parte del plan individualizado de protección del menor (artículo 19 bis); y como criterio rector del acogimiento familiar (artículo 20) y residencial (artículo 21.1 e)).

⁴⁵ Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Jaén, sec. 1.ª, de 23 de diciembre de 2022 (JUR 2023,258973); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.ª, de 26 de abril de 2023 (JUR 2023,287606).

⁴⁶ Vid., el auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 22 de marzo de 2019 (JUR 2019,170215) adopción por la segunda esposa del padre.

⁴⁷ LÓPEZ MAZA S. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 648.

⁴⁸ CALLEJO RODRÍGUEZ C. (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”. En: A. I. Berrocal Lanzarot y C. Callejo Rodríguez (coords.), *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia tras la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio*, Madrid: La Ley, p. 331 señala al respecto que “se busca una madurez que permita al adoptante asumir la responsabilidad que supone la adopción. Madurez que no se adquiere con la mayoría de edad”. Asimismo, LÓPEZ MAZA S., “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 649 indica que “el legislador parece entender que, hasta que no se alcanzan los veinticinco años, no se tendrá la madurez y la aptitud para desarrollar y ejercer la función parental”.

⁴⁹ LÓPEZ AZCONA, A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores...”, *op. cit.*, p. 57; LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 649; PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). “La adopción”. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia*, 5.ª ed., Madrid: Edisofer, p. 459.

⁵⁰ LIÉBANA ORTIZ, J.R. (2015). “De la adopción”, *op. cit.*, p. 255.

⁵¹ BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 670; CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, p. 331.

⁵² LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 649; LIÉBANA ORTIZ, J.R. (2015). “De la adopción”, *op. cit.*, p. 255; GARRIDO CHAMORRO, P. (2016). “Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción”. En: V. M. Garrido de Palma (dir.), *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV Familia, vol. 2.º, 2.ª ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, p. 1120.

⁵³ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 649 señala al respecto que “el legislador ha tratado de equiparar la diferencia mínima con la edad necesaria para la emancipación”. Para, CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, p. 332 esta diferencia de edad está en consonancia “con la elevación de la edad del matrimonio modificada por la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria y la del consentimiento sexual modificada en el Código Penal, ambas a los 16 años”. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 12 de febrero de 2020 (JUR 2020,118670) adopción por el abuelo.

⁵⁴ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 649; BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 670; CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, p. 332.

⁵⁵ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.^a, de 25 de octubre de 2023 (JUR 204,41978) diferencia entre adoptantes y adoptado de 49 años con el acogedor y de 47 con la acogedora.

Por su parte, las Comunidades Autónomas ya habían establecido en sus legislaciones respectivas una edad máxima. Así, en el artículo 59.1 b) de la Ley 6/1995, de 28 de marzo de Garantía de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid se indica que, la diferencia entre adoptando y adoptantes no puede ser superior a cuarenta años; el artículo 78.5 de la Ley 8/2010 de 23 de diciembre de Garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia de Cantabria señala que, la diferencia de edad máxima entre el adoptante y adoptado no superará los cincuenta años, tomando en consideración en el caso de parejas al miembro de menos edad; y, el artículo 77.2 a) de la Ley 3/2011, de 30 de junio de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia fija entre las circunstancias a tener en cuenta para valorar la idoneidad “que entre la persona adoptante y adoptado exista una edad adecuada, siguiendo un criterio biológico normalizado y ajustado a sus correspondientes etapas vitales”.

⁵⁶ El artículo 176.2 como excepciones a esta diferencia máxima de edad: 1. Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad; 2. Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal; 3. Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo; 4. Ser mayor de edad o menor emancipado.

De todas formas, la diferencia de edad de cuarenta y cinco años fue bien acogida por el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de protección a la infancia de 30 de septiembre de 2014, p. 78 y por la Recomendación número 60 de la Comisión especial del Senado para el estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines de 2010 que establece la conveniencia de fijar un límite máximo de edad entre adoptante y adoptados acorde con la naturaleza biológica (p. 53). De todas formas, en el Preámbulo de la Ley 26/2015 se indica que, la previsión sobre la diferencia de edad máxima se establece “para evitar que las discrepancias que existan en la normativa autonómica sobre edades máximas en la idoneidad, provoquen distorsiones no deseables”.

⁵⁷ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 649; GARRIDO CHAMORRO, P. (2016). “Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción”, *op. cit.*, p. 1116.

⁵⁸ CALLEJO RODRÍGUEZ, C., (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, pp. 333-334.

⁵⁹ En este sentido, CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, pp. 336-337 la diferencia de edad de cuarenta y cinco años no se configura como presupuesto de idoneidad, sino como requisito de capacidad para adoptar.

⁶⁰ LÓPEZ AZCONA, A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia”, *op. cit.*, p. 57.

⁶¹ PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 920.

⁶² LÓPEZ AZCONA, A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia”, *op. cit.*, p. 57; CALLEJO RODRÍGUEZ C. (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, p. 340.

⁶³ LIÉBANA ORTIZ, J.R. (2015). “De la adopción”, *op. cit.*, p. 256; BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 672; LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 651; GARRIDO CHAMORRO, P. (2016). “Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción”, *op. cit.*, p. 1154.

⁶⁴ Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.ª, de 8 de julio de 2022 (JUR 2023,59970) carácter excepcional y la finalidad de integración familiar: analizadas las concretas circunstancias que concurren no se aprecian motivos suficientes que justifiquen la pretendida adopción.

⁶⁵ Vid., el auto de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.ª, de 8 de julio de 2020 (AC 2021,439) interpretación amplia del requisito de la convivencia ininterrumpida en atención a las múltiples incidencias que puede darse en tal convivencia. Ha existido dicha convivencia a pesar del divorcio ocurrido.

⁶⁶ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 651; CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, p. 353. Vid., el auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.ª, de 8 de julio de 2022 (JUR 2023,59970).

⁶⁷ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 651.

⁶⁸ BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 674.

⁶⁹ BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 679.

⁷⁰ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 651-652.

⁷¹ PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á., “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 921; del mismo autor, “La adopción”, *op. cit.*, p. 460.

⁷² BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 656 señala que, se excluye como requisito de capacidad para la adopción la exigencia de una determinada duración de la unión o la constancia en el registro. Por su parte, LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 652 indica que “resulta poco coherente que ex cónyuges y ex parejas puedan adoptar y no, en cambio, parejas que tienen una relación estable pero que no están inscritas en Registro alguno.

Sin embargo, para ÁLVAREZ OLLALLA, P. (2014). “Modificaciones de Derecho Civil contenidas en el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, número 4, julio, p. 9 exige la inscripción en el Registro correspondiente.

El artículo 96 c) de la Ley 4/1994, de 10 de noviembre de protección y asistencia de menores de Extremadura exige que, los solicitantes en caso de adopción conjunta han de aportar dos años de convivencia; y el artículo 305.1 del Código Foral aragonés considera que hay pareja estable no casada cuando se haya producido la convivencia marital durante un periodo ininterrumpido de dos años.

⁷³ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 653.

⁷⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 918.

⁷⁵ Para LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 653 se quiere normalizar la situación de los hijos adoptantes a los supuestos de separación o divorcio de los hijos biológicos, por lo que se entiende que “de la misma manera que las crisis matrimoniales o de pareja no tiene por qué afectar a las relaciones con los hijos biológicos, en el caso de los adoptivos tampoco deberían influir en la culminación de la adopción, máxime si el adoptando ya está conviviendo previamente con los cónyuges o la pareja”; sin embargo, LÓPEZ AZCONA, A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores...”, *op. cit.*, pp. 57-58 critica este supuesto, pues personalmente le plantea muchas dudas a la luz del interés del menor y “ello aparte de que hubiera sido deseable que el legislador clarificase el régimen de convivencia previa con el adoptando exigida como presupuesto adicional en este supuesto” (artículo 175.5 del Código Civil).

⁷⁶ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 654; BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 668; CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, p. 350.

⁷⁷ BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 668.

⁷⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2017). “La historia interminable: una nueva reforma de la adopción”. En: M.^a Victoria Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, p. 335.

⁷⁹ BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 669.

⁸⁰ PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). “Comentario al artículo 176 del Código Civil”. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. I, Navarra: Civitas Thomson Reuters, p. 924 señala al respecto que, las diferentes Comunidades Autónomas “han asumido la gestión del procedimiento de adopción que comprende: la recepción y tramitación de solicitudes; la selección de adoptantes; la declaración de idoneidad, así como la presentación de propuestas de adopción ante el Juez competente”, asimismo, LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 176 del Código Civil”. En: R. Bercovitz Rodríguez Cano (dir.), *Las modificaciones del Código Civil del año 2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 656; CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, p. 356.

⁸¹ PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). “Comentario al artículo 176 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 924; del mismo autor, “La adopción”, *op. cit.*, p. 461.

⁸² Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.^a, de 16 de diciembre de 2019 (JUR 2020,92230) certificado de idoneidad: acreditado a lo largo de ocho años la persistencia e implicación personal en su propósito. Falta de prueba que resulten carentes de habilidades o capacidades para afrontar las dificultades o diferentes escenarios que genera la adopción de un menor cuyo origen cultural y sus costumbres supone un cambio en el contexto propio del lugar de adopción; y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 6.^a, de 1 de septiembre de 2022 (JUR 2022,331275) no son idóneas para la adopción internacional: informes de los equipos psicosociales concluye que la convivencia de la pareja no es continua y efectiva y que uno de los dos miembros de la pareja no reside en Galicia.

⁸³ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 176 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 658.

⁸⁴ En la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 5 de noviembre de 2020 (JUR 2021,2408) aun existiendo informes contradictorios, las limitaciones advertidas no son compatibles con una parentalidad desequilibrada ni de ellas se infiere la imposibilidad de la pareja de realizar un acompañamiento emocional definitivo del menor que se incorpore al núcleo familiar. Relación estable, economía saneada, personas trabajadoras y responsable, patrón de personalidad funcional y adaptativo y presentan suficientes habilidades y recursos para proporcionar a una menor en adopción un cuidado responsable y afectivo.

Por su parte, no se aprecia la idoneidad en la adopción, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.^a, de 1 de octubre de 2021 (JUR 2022,268231) adoptando de nacionalidad china de entre 4 y 6 años de edad con necesidades especiales similares a la hija adoptiva de la misma nacionalidad que ya adoptaron anteriormente. La motivación de los padres de 53 años de edad a la hora de intentar la adopción es colmar la necesidad de ser padres, pues, ya tienen cuatro hijos, sino instrumentalizarla para que su hija adoptiva cuenta con la compañía de una hermana más pequeña y personalidad exigente y perfeccionista de la adoptante, que pudiendo ser una cualidad, también llevada al extremo a cierta edad comporta un desgaste añadido cuando se trata de educar a la vez a dos menores de origen extranjero y con dificultades especiales.

⁸⁵ Vid., por todos, LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 176 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 661. Por su parte, el artículo 83.1 apartado 2 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero de atención y protección a la infancia y a la adolescencia del País Vasco fija, igualmente, una duración de validez del certificado de idoneidad de tres años, sin perjuicio de su revisión en cualquier momento.

⁸⁶ CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, p. 361; LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 176 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 660.

⁸⁷ LÓPEZ AZCONA, A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores. ...”, *op. cit.*, p. 59; LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 176 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 658.

⁸⁸ BARBER CÁRCAMO, R. (2021). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 689 señala al respecto que “la adopción de los sobrinos carnales o las del propio cónyuge es el supuesto contemplado en la norma, de frecuente aplicación práctica, en cuanto ejemplo habitual de integración familiar tras la desgracia”. Por su parte, para LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 176 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 658 habría que “hacer extensiva esta excepción no solo el huérfano, sino también a aquel adoptando cuyos padres han sido privados de la patria potestad por sentencia firme o incursos en causa legal para la privación”.

⁸⁹ Esta adopción tiene lugar cuando: se adopta a un huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad; ser hijo del cónyuge o de la persona unidad al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal; y llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo. Advierte BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 695 que se excluye de esta posibilidad la adopción a los mayores de edad o menor emancipado sin apreciar motivo para ello. Asimismo, para GARRIDO CHAMARRO, P. (2016). “Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción”, *op. cit.*, p. 1099 “la aparente exclusión de la posibilidad de adopción *post mortem* cuando el adoptando fuera mayor de edad o emancipado parece criticable, ya que, si bien, no genera su integración familiar con el mismo adoptante fallecido, el establecimiento de una relación de parentesco con la familia de éste puede estar justificado”. No obstante, añade que “la interpretación más correcta es que no se impide en él la adopción

post mortem por el hecho de que el adoptando sea mayor de edad o mencionado, sino que solo impide la misma cuando el único fundamento de la exclusión de la propuesta previa sea la mayoría de edad o emancipación del mismo”.

⁹⁰ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 6 de noviembre de 2020 (JUR 2021,98384).

⁹¹ PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado, vol. I*, Navarra: Civitas Thomson Reuter, p. 934; del mismo autor, “La adopción”, *op. cit.*, pp. 462-463 quien, asimismo, precisa que “respecto del adoptante, el consentimiento supone la emisión de una declaración manifestando la voluntad de adoptar a alguien en particular”; y respecto del adoptando “el consentimiento supone la emisión de una declaración manifestando la voluntad de querer ser adoptado por alguien en concreto”.

⁹² Vid., el auto de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.ª, de 16 de septiembre de 2020 (JUR 2021,39930).

No procede el consentimiento de la madre biológica de la menor al ser menor de edad también, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 20 de febrero de 2020 (JUR 2020,85361).

⁹³ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”. En: R. Bercovit Rodríguez Cano (dir.), *Las modificaciones del Código Civil del año 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 676. Para PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 935 el consentimiento es “presupuesto necesario para la adopción sin que sea sustituible por una decisión judicial”. Por su parte, CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, p. 366 señala que, constituye un requisito esencial del acto constitutivo de la adopción; de forma que, no se puede constituir sin ellos.

⁹⁴ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 676; LIÉBANA ORTIZ, J.R. (2016). “De la adopción”, *op. cit.*, p. 261.

⁹⁵ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 676 señala que “debería haberse requerido el consentimiento del menor siempre que éste tuviera juicio suficiente, aunque no tuviera los doce años, tal como estaba previsto en el Anteproyecto de 25 de abril de 2014 de la LPIA”.

⁹⁶ BARBER CÁRCAMO R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 699; LÓPEZ MAZA S. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 676.

⁹⁷ Vid., el auto de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 29 de marzo de 2023 (JUR 2023,441180).

⁹⁸ PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). “La adopción”, *op. cit.*, p. 463; CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, p. 367; BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 697 señala que, la adopción es nula.

⁹⁹ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 677.

¹⁰⁰ BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 699. Vid., el auto de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.ª, de 10 de octubre de 2022 (JUR 2023,76930).

¹⁰¹ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 677.

¹⁰² PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 935.

¹⁰³ LÓPEZ AZCONA, A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores...”, *op. cit.*, p. 66.

¹⁰⁴ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 677; PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 937.

¹⁰⁵ Vid., el auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 22 de enero de 2021 (JUR 2021,130284).

¹⁰⁶ BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 699 señala que, la norma es aplicable a los supuestos de adopción conjunta sucesiva; por su parte, PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). “La adopción”, *op. cit.*, p. 464; y CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, p. 371 precisan que, esta excepción se refiere al supuesto previsto en el artículo 175.5 y en estos casos los dos cónyuges o miembros de la pareja del adoptando deben prestar su consentimiento.

¹⁰⁷ BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 705 critica la sustitución del término “padre” por el de “progenitores” por dos razones: “una, porque el asentimiento se vincula a la patria potestad y no a la verdad biológica a que conduce el término progenitor; dos, porque no es coherente que, el padre adoptivo no deba asentir a la adopción sucesiva del hijo”. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, secc. 1.ª, de 22 de octubre de 2020 (AC 2021,47) madre no incursa de privación de la patria potestad. Posible depresión postparto y, además, no ha transcurrido el plazo del artículo 177.2 del Código Civil.

¹⁰⁸ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 6 de abril de 2016 (JUR 2016, 188193); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 8 de septiembre de 2016 (JUR 2016, 262146); de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1.ª, de 4 de octubre de 2017 (JUR 2017, 258807); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 13 de junio de 2019 (AC 2019,1867); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 3.ª, de 3 de marzo de 2020 (JUR 2020,152212); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 23 de abril de 2020 (JUR 2021,56160); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 18 de mayo de 2020 (JUR 2020,225944); y, de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.ª, de 22 de enero de 2021 (JUR 2021,123052); y los Autos de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.ª, de 10 de noviembre de 2017 (JUR 2018,413); de la Audiencia Provincial de Soria, secc. 1.ª, de 25 de febrero de 2020 (JUR 2020,273290); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 29 de septiembre de 2021 (JUR 2021,390326); de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.ª, de 22 de enero de 2021 (JUR 2021,123052); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 11 de octubre de 2021 (JUR 2022,147); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 22 de octubre de 2021 (JUR 2022,21722); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 16 de marzo de 2022 (JUR 2022,215958) no procede por estar la madre incursa en causa de privación de la patria potestad: maltrato prenatal; y de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 17 de julio de 2023 (JUR 2023,405).

¹⁰⁹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 21 de junio de 2023 (JUR 2023,328522).

¹¹⁰ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.ª, de 4 de mayo de 2023 (JUR 2023,319635).

¹¹¹ BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 707; LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 681 precisa que “esta excepción debe aplicarse también al primer grupo con derecho a asentir, esto es, al cónyuge o pareja de hecho unida al adoptante por relación de afectividad análoga a la conyugal. Tanto unos como otros pueden encontrarse imposibilitados”. Por su parte, CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modifi-

cación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, p. 368 señala que, en esta enumeración de posibles causas de imposibilidad habría que incluir “aquellas situaciones de imposibilidad de localización y de no comparecencia a pesar de la correcta citación conforme al artículo 38 de la LJV”. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, de 11 de mayo de 2022 (JUR 2022,312514) falta de capacidad de las partes para el cuidado y atenciones básicas del menor.

¹¹² Las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 29 de septiembre de 2021 (JUR 2021,390326) madre biológica incurso en privación de la patria potestad al tiempo de intervención de la Entidad Pública y así se ha mantenido; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 23 de diciembre de 2021 (JUR 2022,140660) no procede el asentimiento de los padre del adoptando: madre biológica incurso en causa de privación de la patria potestad respecto del menor, al haber permanecido desaparecido durante un año y nueve meses; de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 16 de marzo de 2022 (JUR 2022,215958) no procede el Asentimiento por tratarse de una madre incurso en causa de privación de la patria potestad por maltrato prenatal: embarazo no controlado con analítica de cocaína, barbitúricos y metadona; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 20 de abril de 2022 (JUR 2022,2611206) no procede el asentimiento de los padres del adoptado por la situación de incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, el desamparo y el acogimiento con fines de adopción del menor. Además, no consta que fuese recurrido, por lo que o está justificado por la progenitora pretender el asentimiento en el expediente de adopción, máxime una vez que consta que la menor se encuentra integrada en la familia pre-adoptiva y su interés es el que debe ser objeto de superior protección; de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.ª, de 11 de julio de 2022 (JUR 2022,305088); de la Audiencia Provincial de Huesca, secc. 1.ª, de 12 de marzo de 2023 (JUR 2023,269897) no procede el asentimiento de la progenitora por acreditarse antecedentes de desprotección grave con respecto a sus anteriores hijos que conllevaron una separación definitiva de los mismos; carencia de medios personales, materiales y sociales para atender a su hijo. Situación de exclusión social cronificado tanto en la progenitora como de su entorno familiar, que impide la existencia de una red social y familiar que dé cobertura adecuado al menor unido a su discapacidad; de la Audiencia provincial de Alicante, secc. 6.ª, de 4 de mayo de 2023 (JUR 2023,319635) desestimación del asentimiento a la adopción por trascurso de más de dos años desde que se desestimara la oposición formulada frente a la declaración de desamparo de las menores y no consta acreditado que se haya producido una modificación significativa de las circunstancias que dieron lugar a dicha declaración; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 21 de junio de 2023 (JUR 2023,328522) no procede el asentimiento de la madre por suspensión de la patria potestad por trascurso de dos años desde la notificación de la declaración de la situación de desamparo sin oposición a la misma; de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.ª, de 11 de julio de 2022 (JUR 2022,308088) transcurso de más de dos años desde la declaración de desamparo sin oposición del progenitor; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 17 de julio de 2023 (JUR 2023,405868) desestimación del asentimiento al estar la progenitora incurso en causa de privación de la patria potestad; hijas en situación de desprotección. Progenitora que, además, no es capaz de apreciar las negligencias padecidas por las niñas como situaciones graves de desprotección; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 20 de septiembre de 2023 (JUR 2023,396555); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 13 de diciembre de 2023 (JUR 2024,55077) improcedencia del asentimiento de la progenitora, pues, al tiempo de la declaración del desamparo del menor se encontraba en una situación de riesgo evidente por el incumplimiento de su progenitora de los deberes senciales y derivados de la patria potestad; de la Audiencia Provincial de León, secc.

2.^a, de 9 de enero de 2024 (JUR 2024,88612) considera no necesario el asentimiento, bastando la simple audiencia del menor, hijo biológico del demandante, pues, desde la declaración de desamparo han pasado varios años sin que la madre, ni el padre se hayan puesto en contacto con los servicios sociales preocupándose por el menor, y sin que exista constancia cierta que, la recurrente haya superado las dificultades y causas que motivaron la situación de desprotección del menor, quien por otra parte se encuentra totalmente integrado en su núcleo familiar adoptivo. Y, los autos de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.^a, de 29 de junio de 2023 (JUR 2024,31450) asentimiento de los padres biológicos. No es preciso, pues, hace ocho años porque no conviven con la familia biológica; y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.^a, de 7 de julio de 2023 (JUR 2024,29449).

¹¹³ LÓPEZ MAZA S. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 681.

¹¹⁴ BARBER CÁRCAMO R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 706 señala que, aunque el artículo 177.2 del Código Civil no lo establezca “si el menor estuviera sometido a tutela, tampoco procederá el asentimiento paterno, dada su vinculación con la patria potestad. Sin que resulte sustituido por el asentimiento del tutor, ya que el artículo 177.3.º.2 solo exige su audiencia”.

¹¹⁵ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.^a, de 20 de abril de 2022 (JUR 2022,261206); de la Audiencia Provincial de Huesca, secc. 1.^a, de 12 de marzo de 2023 (JUR 2025,269891); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.^a, de 20 de septiembre y de 13 de diciembre de 2023 (JUR 2023,396355; JUR 2024,55077).

¹¹⁶ Vi., la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.^a, de 4 de octubre de 2019 (JUR 2020,41662) más de 7 años de convivencia con la familia de acogida.

¹¹⁷ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 22.^a de 11 de octubre de 2021 (JUR 2022,12783).

¹¹⁸ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.^a, de 29 de mayo de 2020 (JUR 2020,283010).

¹¹⁹ Roj. STS 1153/2022; ECLI:ES:TS:2022:1153.

¹²⁰ LA LEY 234128/2024.

¹²¹ Vi., la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.^a, de 24 de septiembre de 2021 (JUR 2021,378898).

¹²² Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.^a, de 16 de noviembre de 2021 (JUR 2022,140333).

¹²³ ÁLVAREZ OLLALLA, P. (2014). “Modificaciones de Derecho Civil contenidas en el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia”, *op. cit.*, p. 10; LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 683. Para BARBER CÁRCAMO, R., (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 716 el fundamento de esta norma es claro “procurar que la madre determine el destino de su hijo sin ver comprometida su libertad por la tensión emocional consiguiente a un embarazo o un inmediato puerperio”. Por su parte, CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, p. 373 considera acertado este plazo pues “aporta mayor seguridad jurídica y ante situaciones conflictivas en orden a garantizar la emisión correcta del asentimiento por la madre”. PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). “La adopción”, *op. cit.*, p. 465 precisa que, se estima como radicalmente nulo el consentimiento prestado por la madre antes del transcurso del plazo legal.

¹²⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 937.

¹²⁵ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 674 y 682; BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, pp. 697 y 701 señala que la adopción es nula; para GARRIDO CHAMORRO, P. (2016). “Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción”, *op. cit.*, p. 1157 su ausencia puede provocar una ineficacia condicionada del negocio adoptivo; por su parte, PÉREZ ÁLVAREZ M.Á. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 937 señala que “el asentimiento no es un consentimiento rebajado o atenuado; antes bien, el asentimiento es un consentimiento-autorización, cualificado por proceder de quien no es sujeto en la relación que se trata de constituir mediante la oportuna resolución judicial”; del mismo autor, “La adopción”, *op. cit.*, p. 465 configura el asentimiento como acto jurídico que, cuando es preceptivo actúa a modo de *condicio iuris*. Vid., asimismo, la STS, Sala de lo Civil, de 20 de abril de 1987 (RJ 1987/2717); y de 19 de febrero de 1988 (RJ 1988/1117); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.ª, de 24 de septiembre de 2021 (JUR 2021,378898).

¹²⁶ LÓPEZ AZCONA, A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores...”, *op. cit.*, p. 67; LÓPEZ MAZA, S., (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 683. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.ª, de 9 de enero de 2024 (JUR 2024,88612); y, el auto de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 25 de octubre de 2023 (JUR 2024,27991).

¹²⁷ Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 22 de octubre de 2021 (JUR 2022,21722).

¹²⁸ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 12 de junio de 2020 (JUR 2020,277671); de la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, de 27 de mayo de 2020 (JUR 2020,243697); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 17 de febrero de 2022 (JUR 2022,164923); y el auto de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 25 de octubre de 2023 (JUR 2024,27971).

¹²⁹ GARRIDO CHAMORRO, P. (2016). “Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción”, *op. cit.*, p. 1166; LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 683 señala que, “incluso el legislador debería haber previsto la posibilidad de dar audiencia a familiares del menor que no sean guardadores”. Vid., el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 22 de octubre de 2021 (JUR 2022,21722) a los padres del adoptado, y a la hija mayor de edad.

¹³⁰ BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, pp. 717-718.

¹³¹ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 684. En la misma línea, LÓPEZ AZCONA, A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores...”, *op. cit.*, p. 68; BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 719.

¹³² PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 938; del mismo autor, “La adopción”, *op. cit.*, p. 466 precisa, asimismo, que “la audiencia, con fundamento en el artículo 24.1 de la CE, debe atribuírsele el carácter de necesario en los supuestos en que fuera preceptiva”; BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 720 para quien su omisión comporta la nulidad de la adopción. Asimismo, vid., la STS, Sala de lo Civil, de 27 de febrero de 1985 (RJ 1985, 817) señala al respecto que, cuando es preceptivo el trámite de audiencia, su omisión constituye un defecto esencial que afecta a la validez de la adopción que se hubiera constituido.

¹³³ LIÉBANA ORTIZ, J.R. (2016). “De la adopción”, *op. cit.*, pp. 266-267. En esta línea, PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). “La adopción”, *op. cit.*, p. 466 señala al respecto que, la audiencia responde al fin de propiciar una adecuada valoración judicial del interés del adoptante,

y dicha valoración es de carácter discrecional y no será vinculante para el juez la opinión de quienes participen en el trámite.

¹³⁴ Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 22 de enero de 2021 (JUR 2021,130284).

¹³⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., (2017) “La historia interminable: una nueva reforma de la adopción”. En: M.ª V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 338.

¹³⁶ LÓPEZ AZCONA, A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores...”, *op. cit.*, p. 61.

¹³⁷ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”. En: R. Bercovitz Rodríguez Cano (dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia: tirant lo Blanch, p. 668.

Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.º, de 10 de marzo de 2023 (JUR 2023,261681); y, de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1.ª, de 16 de marzo de 2023 (JUR 2023,209248).

¹³⁸ CALLEJO RODRÍGUEZ, C., (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, pp. 387-388; LÓPEZ MAZA S. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”, *op. cit.*, p. 668.

¹³⁹ Para MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado, vol. I*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Navarra, p. 929 atendiendo al interés del menor, el artículo 176 bis legitima para delegar la guarda tanto antes de la presentación, como que se haga al presentarla o incluso después.

¹⁴⁰ MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”, *op. cit.*, p. 930; sin embargo, para LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”, *op. cit.*, p. 669 no se prevé la audiencia a los progenitores del menor.

¹⁴¹ LÓPEZ AZCONA, A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores...”, *op. cit.*, p. 62.

¹⁴² MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”, *op. cit.*, p. 931.

¹⁴³ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 17 de diciembre de 2020 (JUR 2021,98363); y, de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.ª, de 30 de julio de 2021 (JUR 2021,342970).

¹⁴⁴ Para la mayoría de la doctrina la prórroga se refiere no al plazo de duración de la guarda, sino al plazo de duración del periodo de adaptación, vid., LÓPEZ AZCONA A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores...”, *op. cit.*, p. 62; LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”, *op. cit.*, p. 671. Sin embargo, entiende CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, p. 391 que la prórroga se refiere a la duración de la guarda.

¹⁴⁵ MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”, *op. cit.*, p. 929.

¹⁴⁶ En EEUU las leyes sobre adopción abierta varían de un estado a otro. Algunos Estados permiten acuerdos de adopción abierta que, son legamente vinculantes, mientras que otros no tienen regulaciones específicas. Los estudios sugieren que la adopción abierta puede ayudar

a desarrollar una identidad más sólida y a tener una mejor salud emocional, al poder conocer sus raíces. Y en lo relativo a los acuerdos de contacto en adopciones abierta, en muchos estados pueden ser informales y no siempre legalmente vinculantes. Sin embargo, algunos estados permiten que estos acuerdos se formalicen en el proceso de adopción. Si bien, la mayoría de las leyes de adopción en EEUU señalan que cualquier decisión relacionada con la adopción debe centrarse en el mejor interés del menor.

Así en California el Código de Bienestar e Instituciones permite acuerdos de adopción abierta y reconoce la importancia de mantener el contacto entre el niño y los padres biológicos, siempre que sea en el mejor interés del menor. En Washington, en su Código revisado permite la adopción abierta y establece que los acuerdos de contacto pueden ser parte del proceso de adopción, aunque su cumplimiento puede no ser obligatorio. En Texas, en su Código de Familia permite la adopción abierta, pero los acuerdos de contacto no son legalmente vinculantes. Sin embargo, se fomenta la comunicación entre las partes. En Florida, la Ley de Adopción permite la adopción abierta y reconoce la importancia de mantener la conexión entre el niño y su familia biológica, aunque los acuerdos no son obligatorios. Y, en Nueva York, la Ley de Adopción permite la adopción abierta y establece que los padres biológicos pueden tener contacto con el niño, siempre que sea beneficioso para él.

En Europa, la adopción abierta también ha ganado popularidad, aunque la práctica y aceptación varían entre países. Por ejemplo, en países como Suecia y los Países Bajos hay un enfoque más positivo hacia la adopción abierta. La Ley de Adopción sueca permite que los padres biológicos y adoptivos establezcan acuerdos de contacto y se fomenta la comunicación entre ellos, siempre que sea en el mejor interés del niño. Por su parte, la Ley de Adopción de Países Bajos los acuerdos de contacto pueden ser parte del proceso de adopción y se considera beneficioso para el bienestar del hijo mantenerla conexión con su familia biológica. En Reino Unido, la Ley de Adopción de 2002 (*Adoption and Children Act 2000*) permite la adopción abierta y se reconoce la importancia de mantener el contacto entre el niño y sus padres biológicos cuando las circunstancias lo aconsejen. Los acuerdos de contacto puede ser formales e informales y se busca que sean en el mejor interés del hijo. En Francia, la regulación de la adopción en su Código Civil aboga por la adopción cerrada, pero hay un creciente interés en la adopción abierta. Si bien, los acuerdos de contacto no son comunes y no están formalmente regulados. En Alemania, la Ley de Adopción fomenta la adopción cerrada, no siendo, pues, una práctica común la adopción abierta. Sin embargo, hay un reconocimiento creciente de los beneficios de mantener el contacto con la familia biológica, aunque no hay un marco legal claro para ello. En Italia, la Ley de Adopción tiende a favorecer la adopción cerrada, pero hay un interés creciente en la adopción abierta. Los acuerdos de contacto no son comunes y no están formalmente regulados.

¹⁴⁷ MAYOR DEL HOYO, M.^a V. (2016). “Comentario al artículo 178 del Código Civil”. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. I, Navarra: Civitas Thomson Reuters, p. 949; LÓPEZ AZCONA, A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores...”, *op. cit.*, p. 71; BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 730; ANGUITA RÍOS, R.M. (2016). “La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, número 11, diciembre, pp. 99-100.

¹⁴⁸ En el Protocolo de adopción abierta de la Junta de Andalucía en su página 8 se indican como *beneficios*: para la persona en guarda o adoptado: 1. Desarrollo un sentimiento más fuerte de identidad; y, 2. Participa legalmente en su proyecto de adopción, ya que con su opinión o su consentimiento puede manifestar la forma y la frecuencia del contacto con su familia biológica. Para la familia adoptiva: 1. Los padres adoptivos pueden hablar sobre los orígenes con sus hijos o

hijas adoptados de manera más natural y transparente; y, 2. El conocimiento de los antecedentes médicos de los menores. Para la familia biológica: 1. El alivio del sentimiento de culpabilidad en muchos casos, al conocer que sus hijos están en un contexto familiar seguro; 2. Hay casos en los que los padres planteas menor resistencia a la ruptura definitiva con sus hijos, dado que tienen la oportunidad de seguir manteniendo contacto o información sobre ellos, siendo esto una forma de compensación por la pérdida del hijo; 3. En las adopciones de menores más mayores la adopción abierta puede aliviar la sensación de pérdida y abandono; y, 4. Para crecer con un sentido de pertenencia. Con la adopción abierta. Y en su página 9 como *riesgos*: para la persona en guarda o adoptada: 1. La construcción simultánea de vínculos con la familia adoptiva y el mantenimiento de alguna forma de vínculos con la familia de origen que, puede dificultar su buen desarrollo del proceso de pertenencia a la familia adoptiva, y 2. La adopción abierta no es un proceso fijo en el tiempo, sino que puede evolucionar. Así la persona adoptada puede expresar su deseo de incremental, o al contrario, disminuir los contactos con sus familiares biológicos; y, 3. El avance de las nuevas tecnologías ha dado lugar a contactos no supervisados entre adolescentes adoptados y sus familiares biológicos con el riesgo que supone para la persona menor no está preparada para las posibles reacciones de la familia de origen (rechazo del contacto, revelación brusca de las circunstancias de la adopción, etc.). Para la familia adoptiva: 1. La familia adoptiva no está totalmente convencida e involucrada en el mantenimiento de cierta forma de contacto; 2. La familia adoptiva puede encontrarse en una posición delicada cuando la persona adoptada se muestra reacia al contacto con su familia de origen o cuando se opone a ello; 3. Cuando la familia adoptiva ha adoptado a menores de distintos padres biológicos, el hecho que algunos mantengan contacto y otros no, pueden crear una situación de desigualdad; lo que, puede resultar difícil de manejar ara los padres adoptivos; y, 4. Las diferentes presiones que pueda ejercer la familia biológica sobre la familia adoptiva. Para la familia biológica: La adopción abierta puede ser un obstáculo para su duelo

¹⁴⁹ BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 731. Para GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2024). “Adopción abierta: desarrollo normativo y aplicación práctica en España 10 años después”, *LA LEY Derecho de familia*, núm. 43, julio, p. 3 “las declaraciones de idoneidad deben especificar si la familia está preparada para adoptar a un menor que vaya a mantener contacto con su familia de origen; de modo que, es necesario que las propuestas de idoneidad o no idoneidad recojan esta cuestión”.

¹⁵⁰ Al respecto, BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 730 señala que, “en realidad, parece más razonable extrapolar de esta excepción la regla y exigirlo en tales casos”.

¹⁵¹ MAYOR DEL HOYO, M.^a V. (2016). “Comentario al artículo 178 del Código Civil”. En: R. Bercovtiz Rodríguez Cano (dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia, tirant lo Blanch, p. 950; LÓPEZ MAZA, S., “Comentario al artículo 178 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 689.

¹⁵² BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 731.

¹⁵³ Para BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 732 representa una nueva muestra de la administrativización de la legislación civil.

¹⁵⁴ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.^a, de 1 de abril de 2029 (JUR 2019,141044).

En esta línea, asimismo, vid., el artículo 122 de la Ley 4/2023 relativo al Derecho de las personas adoptadas a conocer sus orígenes. 1. 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 de acuerdo con el artículo 180.6 del Código Civil y en el artículo 7 de esta Ley sin perjuicio de lo establecido en los artículos 16 y 17 sobre protección de

la salud y prevención de enfermedades y protección y acceso a datos sanitarios, respectivamente. 2. La administración pública de la Comunidad de Madrid garantizará la conservación de cuantos documentos contengan información sobre los orígenes de la persona adoptada, al menos durante cincuenta años desde la adopción. 3. La administración pública de la Comunidad de Madrid prestará asesoramiento y ayuda para hacer efectivo el derecho a conocer los orígenes biológicos a las personas adoptadas que residan en la Comunidad de Madrid, y a aquellas no residentes cuya adopción se hubiera promovido en esta comunidad. A tal fin, se recabará la colaboración de las entidades públicas de protección del actual lugar de residencia o del lugar en que se produjo la adopción. Al tratarse de datos de publicidad restringida, la notificación previa a las personas afectadas que prevé el artículo 180.6 del Código Civil se realizará con la máxima discreción y privacidad. La entidad pública de protección dispondrá de tres meses para intentar localizar a estas personas e informarles de la búsqueda de orígenes que les afecta. 4. El asesoramiento y la ayuda prestada por un equipo técnico especializado de la Comunidad de Madrid incluirá la orientación sobre el proceso de búsqueda, la localización y obtención de la información, así como el asesoramiento para su comprensión y asimilación. En caso de solicitarse el contacto con miembros de la familia de origen, se ofrecerá la intermediación y preparación para el mismo si las personas afectadas prestan su consentimiento a tal efecto. 5. En cumplimiento de estas funciones, la Comunidad de Madrid podrá recabar de cualquier entidad pública o privada los informes y antecedentes de la persona adoptada, o de su familia origen, quedando aquellas obligadas a facilitarlos de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil. 6. Únicamente la persona adoptada es titular del derecho a conocer y a la asistencia pública para la búsqueda de datos.

El anterior derecho incluirá la posibilidad que el adoptado tuviese interés únicamente en conocer los antecedentes médicos de su familia biológica, recabando los oportunos consentimientos de esta para obtener la citada información.

En caso de que los familiares biológicos de una persona adoptada deseen saber de ella o localizarla, podrán solicitar que en el expediente de la persona adoptada se haga constar su interés y modo de contacto, para que en el futuro le sea comunicado si solicita la búsqueda de datos.

¹⁵⁵ JUR 2020,219107. En el mismo sentido, vid., la el auto de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.ª, de 27 de julio de 2019 (JUR 2019,262870).

¹⁵⁶ Roj. STSJ M 8999/2021; ECLI:ES:TSJM:2021:8999. Vid., asimismo, la sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1.ª, de 18 de febrero y 26 de septiembre de 2016 (Roj. STSJ M 1252/2016; ECLI:ES:TSJMA:2016:1252; y, Roj. STSJ M 10140/2016; ECLI:ES:TSJMA:2016:10140).

¹⁵⁷ Vid., los Autos de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1.ª, de 9 de marzo de 2020 (JUR 2020,290341); y, de la Audiencia Provincial de Castellón, de 1 de junio de 2022 (JUR 2023,348962).

¹⁵⁸ LÓPEZ MAZA S. (2016). “Comentario al artículo 180 del Código Civil”. En: R. Bercovitz Rodríguez Cano (dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia. tirant lo Blanch, p. 694.

¹⁵⁹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil, de 29 de junio de 2023 (RJ 2023,4191) En aplicación del principio de libre investigación de la paternidad, y pese al tenor del artículo 113.II CC, el artículo 180.4 del CC presupone que la constitución de la adopción no impide que después se determine la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado, pero establece que tal determinación “no afecta” a la adopción. Esto es lo que hace constar o aclara la sentencia dictada en el proceso de filiación cuando “deja constancia” de que la declaración que hace de que el niño es hijo del demandante tiene “meramente efectos declarativos”, es decir, que no hace nacer el vínculo jurídico de filiación; de modo que al demandante, padre biológico, ni se

le pudo tener por progenitor cuando se constituyó la adopción a efectos del artículo 177 del CC ni se le debe tener por progenitor después de la determinación de la filiación por naturaleza.

De ahí que en la sentencia dictada en el segundo procedimiento, que es la sentencia ahora recurrida, se descarte que el recurrente pueda solicitar la extinción de la adopción como consecuencia de los efectos de la cosa juzgada producida por la sentencia de filiación, confirmando así la sentencia de primera instancia que se limitó a apreciar la existencia de cosa juzgada sin entrar en los requisitos del artículo 180.2 del CC. Como acertadamente dice el fiscal en su informe, del examen conjunto de las dos sentencias dictadas por la Audiencia Provincial, la ahora recurrida y la de 29 de marzo de 2019 (JUR 2019,317855), se desprende claramente que la Audiencia ha considerado que lo dispuesto en el artículo 180.4 del CC (“la determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción”) impide que pueda ejercitarse la acción de extinción de la adopción del artículo 180.2 del CC, y que esa cuestión ya la resolvió la sentencia de filiación con efectos de cosa juzgada.

¹⁶⁰ RJ 2019,2043.

¹⁶¹ Vid., también las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid, Sala de Contencioso-administrativo, sección 1.ª, de 3 de junio de 2021 (Roj. STS CL 2758/2021; ECLI:ES:TSJCLA:2021:2758); y, de Oviedo, sección 1.ª, de 15 de julio de 2021 (Roj. STS 2458/2021; ECLI:ES:TSJAS:2021:2458).

¹⁶² Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso-administrativo de Santa Cruz de Tenerife, secc. 2.ª, de 19 de noviembre de 2021 (Roj. STSJ ICAN 4453/2021; ECLI:ES:TSJICAN:2021:4453).

¹⁶³ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de mayo de 2000 (RJ 2000,5089); y, de 15 de junio de 210 (RJ 2010,5151);

¹⁶⁴ LA LEY 216129/2024.

¹⁶⁵ Vid., la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Oviedo, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1.ª, de 28 de diciembre de 2018 (Roj. STSJ AS 4105/2018; ECLI:ES:TSJAS:2018:4105) en este caso se constata que la Administración actuó guiada por un panorama indiciario de situación de riesgo y persiguiendo el interés del menor, pero ello no oculta que no podía perder de vista el interés de los familiares y ese mismo interés del menor que debe ser objeto de cuidadoso examen y verificación de los presupuestos precisos para disponer el desamparo. Esta actuación que, inicialmente se resumía lícita, en el uso de su valoración imparcial por la Administración, quedó totalmente desacreditada por las sentencias civiles firmes y quedando demostrado que el hecho determinante en que se asentaba el desamparo era incierto (la violencia física intrafamiliar) o más bien, no probado. De ahí, que pese al extenso margen de apreciación de las situaciones de riesgo por la Administración, en el presente y singular caso se desvió del cauce objetivo hacia conclusiones precipitadas y con ello desorbitadas, lo que nos sitúa ante un funcionamiento anormal del servicio público, aunque como se indicó, contribuyó a propiciar esta decisión errada la conducta paterna que, sin alcanzar la violencia física intrafamiliar, creó un escenario equívoco que sirvió de base y contribuyó a la administración a adoptar la decisión consecuente, aunque precipitada y desproporcionada, de declarar el desamparo del menor. Por todo lo expuesto, lo que ha de reconocerse es el derecho a una indemnización por daño moral ya que al fin y al cabo, está acreditado el sufrimiento, ansiedad, zozobra del padre y abuela, durante el episodio, marcado por la sorpresa familiar en que ciertas secuelas psicológicas se han probado; de igual modo, se considera probado que se ha menoscabado el derecho del niño a estar arropado con su familia, salvo que existan causas serias y fundadas; lo que ha provocado un innegable daño moral y vivencias del menor privado de contacto con su padre y abuela. Ese daño moral provocado en el menor y sus familiares inmediatos, se mueve en el plano subjetivo y su valoración resultará de difícil cuantificación. Sin

embargo, vistas las circunstancias y singularidades del caso, las vicisitudes y tensiones sufridas, el vía crucis familiar, la innegable lesión emocional a los tres implicado, la Sala considera razonable, adecuado y proporcionado indemnizar los daños morales exclusivamente a razón de 10.000 euros para el menor, 7.000 euros para la abuela y 5.000 euros para el padre.

¹⁶⁶ Vid., las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Sevilla, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 3.^a, de 23 de octubre de 2014 (Roj. STSJ AND 14987/2014; ECLI:ES:TSJAND:2014:14987) ante la actuación con alumnos con trastornos graves de conducta el centro necesidad de personal cualificado para su contención, necesita personal auxiliar con complejidad fuerte. Se pide una reunión con la Consejería de Educación y Dirección General para consensuar las medidas adecuadas para el menor. Ciertamente, como entiende la Sala, no estamos ante un caso típico donde baraja una mera conducta impropia de un menor o disidencias entre padre e hijos, que fuese intervenida por una medida desproporcionada de la administración en donde sería el caso de valorar una responsabilidad patrimonial por el indebido funcionamiento acorde con la jurisprudencia que maneja la demanda. Se insiste en que se está ante una situación excepcional en donde ha habido peligro para la integridad físicas de las personas, es explicable el proceder de la administración. Precisamente, para el Tribunal en estos supuestos, es para los que entendemos aplicable el artículo 142.4 de la Ley 30/1992, cuando dice que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización; pues, cuanto más, cuando la resolución viene dictada por una jurisdicción que no se caracteriza por su especialidad a la hora de valorar las actuaciones de la administración. En fin, por lo que respecta a la valoración del daño que alegan los reclamantes derivados de los sucesos acaecidos en el periodo que Balbino se encontraba tutelado por la DGPMF y que no concuerdan con la versión dada por la administración, tales como la denegación de permisos y vistas de los padres, supervisión en las vistas la falta de fiabilidad la expulsión de Balbino no puede encontrar otra encaje que en el más puro daño moral subjetivo que, por su inconcreción debe ser explicado en orden a algún patrón indemnizatorio. Pues bien, en este supuesto para esta Sala entiende que la administración obró basándose en razones de interés social e incluso de seguridad y orden público; no habiendo constancia de malos tratos o perjuicios que sean los puramente subjetivos y que no van más allá del mero desencuentro con la Institución que es legítimo, pero, igualmente, sostenible en contrario frente a la dificultad extrema provocada por la personalidad del menor; de Las Palmas de Gran Canaria, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, de 29 de julio de 2016 (Roj. STSJ ICAN 2080/2016; ECLI:ES:TSJICAN:2016:2080) el menor estaba bajo la custodia de la Administración que lo acogió por su situación de desamparo, pero no es directamente responsable del suicidio del menor, pues, se trata de una decisión voluntaria que puede pasar desapercibida para quienes le rodean. Tanto la Administración como los padres pusieron a disposición del menor los medios disponibles para atenderlo y educarlo. El resultado se produjo por la decisión espontánea del menor, que no podía evitarse ni preverse con los datos que se disponían en el momento en que se produjeron los hechos; de Barcelona, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 4.^a, de 4 de mayo de 2015 (Roj. STSJ CAT 4540/2015; ECLI:ES:TSJCAT:2015:4540) precisamente, la incapacidad de los padres y los posibles riesgos derivados de esa situación para el menor constituyen el fundamento y la justificación de la intervención administrativa y la adopción de las medidas de protección en aras del interés superior del menor. Con ello queremos decir que 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 a podido llegar a ser otra por razón de esa evolución personal favorable, sino que debe venir referido al tiempo de la adopción de dichas medidas tutelares, atendidas las circunstancias concurren-

tes n ese momento.. por otra parte, como destaca la Sala, aunque la Administración intentó, en todo momento, buscar un acogimiento dentro del núcleo familiar y no fue posible. Todo ello, junto con otros motivos que resultan del expediente administrativo son razones suficientes para evidenciar que la Administración actuó dentro de la legalidad y de forma razonable y proporcionada; de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 10.ª, de 4 de diciembre de 2016 (Roj. STSJ M 12355/2016; ECLI:ES:TSJM: 2016:12355) la Ley, ante una situación de desamparo, como la aquí se presenta, otorga a la Administración la facultad de adoptar cuantas medidas sean necesarias para garantizar la protección del menor. El principal efecto de la declaración de desamparo es la asunción automática de la tutela por parte de la Administración y, por ende, la privación de la guarda y custodia a los padres o tutores y la suspensión de la patria potestad o tutela anterior, con la salvedad de aquellos actos patrimoniales beneficiosos para la menor. La Administración, en este caso, fue evolucionando en la adopción de las medidas de protección derivadas de las funciones tutelares que ostentaba en virtud de la declaración de desamparo. Esas medidas se encuentran amparadas en aquellos datos fácticos que se constataban en los múltiples informes existentes en el expediente administrativo y que son el sustento de las declaraciones de la Comunidad de Madrid. En este contexto, entiende la Sala que, la actuación administrativa no fue arbitraria, injusta o irrazonable y se ha desarrollado en cumplimiento de las obligaciones de protección de menores que la normativa le atribuye. Y eso es lo que este Tribunal estima que se deriva de lo actuado en esta instancia jurisdiccional y constatado en el expediente administrativo, acreditado en ambos que la actuación administrativa respecto de la constitución y mantenimiento de la tutela sobre el menor se ha desarrollado con observancia de las funciones asistenciales y protectoras del obligado cumplimiento en interés del menor; de Oviedo, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1.ª, de 14 de junio de 2017 (Roj. STSJ AS 2080/2017; ECLI:ES:TS:TS-JAS:2017:2080) 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 referido al tiempo de la adopción de dichas medida tuitivas, atendidas las circunstancias concurrentes en este momento y desde esta perspectiva es indudable que o progenitores, hoy reclamantes de responsabilidad administrativa, tenían razón de su propia situación, en modo alguno provocada por la Administración, el deber de soportar la pérdida de la custodia del hijo al no poder atenderlo mínimamente, en los términos señalado en la misma. Por todo ello y de acuerdo con los razonamientos expuesto procede la desestimación del recurso; de Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 2.ª, de 19 de noviembre de 2021 (Roj. STSJ ICAN 4453/2021; ECLI:ES:TSJICAN:2021:4453) se declara que podría hacerse declarado la situación de riesgo, pues, la declaración de desamparo provisional (que ha de ser excepcional) parece desproporcionado en las circunstancias y en la forma en que se produjo. Por lo que, si que es imputable a la Administración demandada el deber de indemnizar al padre del daño causado por su actuación disconforme a Derecho al basarse en el diagnóstico de un trastorno mental por meras conjeturas cuya prueba plena era insoslayable mediante otras diligencias que debieron instruirse en el expediente administrativo para confirmarlo según se mantuviera o no en sus diagnósticos e informes los profesiones que habían tratado a los menores; de Valladolid, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1.ª, de 18 de julio de 2023 (Roj. STSJ CL 3250/2023; ECLI:ES:TSJCLA:2023:3250) la medida acordada de declaración de desamparo no es irracional, arbitraria ni desproporcionada y se adoptó en función del interés superior de la menor; de modo que, no concurre el requisito exigido para declarar la responsabilidad patrimonial; que no tuviera el recurrente el deber jurídico de soportar el daño; y, de A Coruña, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1.ª, de 29 de noviembre de 2023 (Roj. STSJ GAL 7956/2023;

ECLI:ES:TSJGAL:2023:7956) la acción de la Administración declarando la situación de desamparo de los menores se ajustó a la normativa de aplicación y, por sí sola, no causó directamente el perjuicio que la recurrente reclama que es, en definitiva, el daño moral por la pérdida de sus hijos biológicos al ser dados en adopción. Evidentemente, tratándose de menores la situación es mucho más dedicada y difícil, pero los menores, con independencia del resultado de los procedimientos judiciales y administrativos, siguen teniendo necesidades diarias que no admiten demora y en este caso, ha quedado acreditado que el recurrente, por diversas circunstancias, por imposibilidad laboral y de horario, no puede atender diariamente a esas necesidades perentorias.

Por su parte, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Granada, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, de 7 de julio de 2014 (Roj. STSJ AND 12967/2014; ECLI:ES:TSJAND:2014:12967) se concluye que los demandantes se vieron privados de la compañía y el cuidado de sus hijas menores de una manera injustificada, lo que sin duda ya de por sí es susceptible de causar un daño moral a cualquiera que tenga la condición de padre o madre, máxime cuando la actuación de éstos a lo largo de todo el procedimiento administrativo y judicial ha estado guiada por conseguir la vuelta da la compañía de sus hijas. Además, este daño moral sufrido por los actores es real y efectivo, y tiene una indudable relación causal con la actuación administrativa, que, se estima antijurídica por injustificada y desproporcionada. De forma que, para fijar la indemnización esta Sala pondera la duración de la separación y las circunstancias en que se produce y considera razonable determinar cómo cantidad adecuada para conseguir la reparación que se pretende la de 40.000 euros, comprensiva de todos los conceptos, incluidos intereses devengados hasta el dictado de esta sentencia; y, de 20 de junio de 2017 (Roj. STSJ AND 7923/2017; ECLI:ES:TSJAND:2017:7923) se entiende que la forma de proceder de la Administración no ha sido la correcta. No procedía la declaración de desamparo, pues, a pesar de los problemas habidos en el núcleo familiar, especialmente motivados por la adicción al alcohol del progenitor, no son de tal entidad como para justificar una medida tan drástica como es la separación de los menores de su familia máxime teniendo en cuenta que la madre no se encuentra aquejada por este problema. Si bien, no se puede atender la pretensión resarcitoria solicitada por el actor de 200.000 euros, a todas las luces, desmesurada e injustificada. Por el contrario, teniendo en cuenta que, la separación se produjo entre los progenitores y los hijos menores se prolongó en el tiempo un poco más de seis meses, la Sala considera justa y ponderada, como indemnización, la cantidad de 20.000 euros para todos los perjudicados.

¹⁶⁷ Vid., las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Oviedo, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, de 15 de julio de 2021 (Roj STSSJ AS 2458/2021; ECLI:ES:TSJAS:2021:2458) afirma que la potestad tutelar de la Administración en este ámbito le permite adoptar medidas cautelares provisionales o de acogimiento del menor, atendiendo a la ponderación de intereses en juego, y según el contexto concreto de actuaciones procesales concurrentes en el caso, teniendo en cuenta que el interés del menor es preferente sobre el de la familia. No estamos, por tanto, ni ante una potestad estrictamente reglada, ni tampoco abiertamente discrecional sino ante una potestad que puede y debe ejercerse bajo la perspectiva del interés del menor, observando elementales administrativas sobre posible situación de desamparo del menor, cuando median actuaciones judiciales penales frente a un progenitor, imputarse automáticamente responsabilidad a la Administración tanto si asume la tutela pública como si no asume la tutela pública, ya que el instituto de la responsabilidad se asienta por hacer lo que no debe o por no hacer lo que se debe, pero nunca en ambos casos frente a una misma situación. En el presente supuesto, lo razonado, bajo la perspectiva de la responsabilidad administrativa del Principado de Asturias, cabe concluir que la actuación de la administración demandada ha sido razonable, fundada y dentro de los márgenes de apreciación impuestos por las singularidades del caso, partiendo de elementos de diagnósticos emitidos por profesionales sanitarias y de las decisiones judiciales que se fueron dic-

tando; y, de Sevilla, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, de 11 de diciembre de 2023 (Roj. STSJ AND 17882/2023; ECLI:ES:TSJAND:2023:17882) se afirma que la Administración cuando adoptó la medida cautelar de retirada del derecho de visitas, lo hizo con fundamento de los informes, no desvirtuados, que aconsejaban las medidas; y que cuando la justicia ordeno la reanudación de las visitas, la administración acató, como es obligado, esa decisión. En una situación tan compleja como la que revelan los propios actores, y que se deduce del expediente administrativo, pretender el acierto siempre y, en todo caso de la actuación de la administración es un desiderátum. Mas la revocación por el juzgado de un acto administrativo, al no considerarse que se actuara conforma a derecho, no puede generar, sin más responsabilidad administrativa (artículo 32.1 de la Ley 40/2015). Concluir lo contrario, dice el citado Tribunal, supondría la automática condena de la Administración cada vez que los juzgados y tribunales se pronuncia en contra de la misma. Y eso, como hemos visto, no tiene base legal, i es conforma con la jurisprudencia que considera que daño para ser indemnizado, ha de ser antijurídico y ello no puede predicarse de las consecuencias de la anulación de cualquier acto administrativo.

¹⁶⁸ Vid., las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Albacete, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, de 16 de abril de 2018 (Roj. STSJ CLM 1083/2018; ECLI:ES:TSJCLM:2018:1083) resulta pertinente traer a colación la sentencia del TSJ de Cataluña, n.º 052/2011, de 5 de octubre, que enjuicia un caso similar al presente de la muerte de una menor de 17 años, ingresada en un centro de acogida en régimen abierta, a quien se autorizó la salida para efectuar unas compras y aprovechó esa salida para no regresar al centro e ingerir drogas de manera voluntaria facilitadas por un tercero que a a postre e causaron la muerte por exceso, entendiendo que esa autorización no supuso incumplimiento de las obligaciones de tutela ni infringió la normativa vigente, no siendo, pues, la causa de la muerte de la menor. En la mencionada sentencia se concluye que el comportamiento de la joven fue el determinante y eficiente del daño sufrido por lo que resulta inexistente el pretendido nexo causal entre el acto de autorización de la Administración de salida del centro de acogimiento y el lamentable fatal desenlace ocurrido. En recurso debe ser desestimado; de Barcelona, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 4.^a, de 30 de junio de 2022 (Roj. STSL CAT 7301/2022; ECLI:ES:TSJCAT:2022:7301) debe concluirse que faltando los requisitos esenciales de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en los términos expuestos, esto es, los de la existencia y la realidad de un daño cierto o efectivo y antijurídico, así como el nexo causal entre ese daño reclamado y el funcionamiento del servicio público consistente en la actuación de la Direcció General d'Atenció a la Infància i l'Adolescència por la que se declara el desamparo del menor y se acuerda su ingreso y la estancia en centro residencial de acción educativa de titularidad de aquélla; lo que, determinada desestimar el recurso interpuesto; y, de Barcelona, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 4.^a, de 14 de octubre de 2022 (Roj. STSJ CAT 10439/2022; ECLI:ES:TSJCAT:2022:10439) se adoptaron medidas de proyección de las menores tanto en la vía civil-administrativa que consisten legalmente en el ingreso de los menores en situación de desamparo en un centro de acogida; como en vía penal adoptando medidas cautelares de alejamiento que se mantuvieron durante el proceso penal llevado a cabo y que no han sido cuestionadas en este proceso. En conclusión, la Administración ha actuado en todo momento siguiendo la normativa legal y con la finalidad de evitar daños mayores a las hijas de y una familia que se encontraban totalmente indefensas y con la posibilidad que se les impusieran de forma coercitiva medidas infractoras de los derechos constitucionales de igualdad, de no discriminación por razón del sexo, a la libertad personal... la conclusión debe ser, pues, que la Administración obró en todo momento en interés de las menores con lo cual hay que excluir de forma tajante la posibilidad de una existencia de responsabilidad patrimonial de la misma.

¹⁶⁹ Vid., las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Zaragoza, secc. 3.^a, de 30 de enero de 2020 (Roj, STSJ AR 327/2020; ECLI:ES:TSJAR:2020:327) procede la desestimación de la demanda, pues, no se ha producido un funcionamiento anormal-alegado por la demandante de los servicios públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, competente en materia de protección de menores, pues, ante una denuncia que, en principio, se consideró verosímil, la administración actuó conforme a sus competencias y adoptó medidas cautelares establecidas en la legislación de protección de la infancia y adolescencia, contemplando como bien jurídico más relevante el del interés superior del menor. El daño producido, de carácter moral por la separación forzada de su hijo, no es antijurídica y, por tanto, no se integra en los presupuestos necesarios para que proceda la responsabilidad patrimonial pretendida, pues, se trata de un perjuicio respecto del cual existe una obligación jurídica de soportarlo. Los restantes perjuicios económicos a que se refiere la demanda no ha quedado acreditados en autos; de Barcelona, sección 4.^a, de 28 de febrero de 2020 (Roj, STSJ CAT 2024/2020; ECLI:ES:TSJCAT:2020:2024) no procede indemnización por la correcta actuación de la administración ante una declaración de desamparo y porteros acogimiento familiar en familia extensa; de Valladolid, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, de 3 de junio de 2021 (Roj, STSJ CL 2758/2021; ECLI:ES:TSJ-CL:2021:2758) la medida de protección propuesta por la Administración fue la de acogimiento familiar simple y tras la tramitación oportuna (con informe favorable del Ministerio Fiscal y oposición de la actora), el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de León desestimó la oposición y confirmó la medida de protección en la sentencia de 5 de febrero de 2009 (que fue confirmada también por la Audiencia Provincial en la sentencia de 30 de diciembre de 2009). En consecuencia, las medidas de protección no se basaron en la denuncia que dio lugar al procedimiento penal, sino en una determinada situación familiar que se entendió que resultaba perjudicial para la menor, situación de desamparo y, medida de protección (acogimiento simple con familia extensa) que fueron ratificadas por un órgano judicial (con informe favorable del Ministerio Fiscal), por lo que no puede considerarse que D.^a Encarna haya sufrido un daño antijurídico. Ciertamente, la situación de desamparo que apreció la Administración, respaldada judicialmente, va más allá de la denuncia penal, de modo que la absolución, basada en una falta de acreditación del elemento subjetivo del delito y no en la inexistencia del hecho, no impide que se mantengan las medidas de protección, si pese a esa absolución, existen motivo para ello. A esto añade que, la obligación positiva de toma de medidas con el fin de facilitar el reagrupamiento de la familiar, tan pronto sea realmente posible, se le impone a las Autoridades competentes desde el principio en que se hace cargo y cada vez con más fuerza, pero siempre se debe contrapesar con el deber de considerar el interés superior del niño. Por lo que, la declaración de desamparo se acordó en interés del menor, circunstancia ésta que desde luego permite la adopción de una medida de protección que no resulta contraria al artículo 8 del Convenio Europeo; de 28 de junio de 2024 (JUR 2024,376904) el niño estuvo residiendo en el hogar de la Asociación Navarra y cuidado; no siendo previsiones el intento de suicidio por parte del menor, ya que habían transcurrido 3 años desde la precipitación de 2017, sin que esté claro que fuera un verdadero intento de suicidio a la vistas de las declaraciones del niño en el hospital, sin ningún intento autolítico posterior, el niño no manifestó ni en los días previos, ni en el día 26 de mayo de 2020 (fecha el suicidio) señales que pueden poner en alerta a sus cuidadoras sobre una ideación suicida que pudiera llevar a cabo de manera inmediata. No tenía a su alcance elementos peligrosos sin supervisión, el cinturón de un albornoz empleado por el niño no es en sí mismo un elemento peligroso, como pudieran otras elementos como productos químicos o elementos cortantes, por ejemplo. Respecto a la ocasión, el menor tenía un compañero de habitación y, sin embargo, aprovechó un momento muy determinado antes de dormir en el que se encontraba solo. Todos estos elementos permiten concluir que la actuación

del menor fue imprevisible y nos e aprecia una falta de cuidado y de atención hacia el niño, en orden a evitar un acto autolítico imprevisible por su parte. Así pues, la Sala habiendo analizado nuevamente la prueba obrante en el procedimiento, no aprecia el error de la valoración de la prueba realizada por el juez a quo, no infringe las reglas de la carga de la prueba, ni la valoración de la misma. Por todo lo expuesto, debe desestimarse el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, confirmado íntegramente la sentencia apelada que no ve responsabilidad en la Administración actuante.

¹⁷⁰ Vid., la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Granada, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, de 21 de diciembre de 2016 (Roj. STSJ AND 11337/2016; ELIC.ES:TJAND:2016:11337) la cuestión a dilucidar en este punto, si puede imputarse a una actitud obstruccionista o negligente de la Administración autonómica la falta de cumplimiento de ese régimen de visitas acordado de la abuela y hasta la declaración de desamparo, tutora, en la sentencia de la Audiencia Provincial que finalmente fue suprimido al aconsejarlo así el diagnóstico de un síndrome o trastorno severo del desarrollo de, menor y la falta de interés del mismo de mantener contacto con sus abuelos. Pues bien, tampoco en este extremo esta Sala considera le asista razón al demandante, ya que revisado el expediente, no puede sino colegirse que la Administración actuó en todo momento no bajo una actitud pasiva dirigida a que el transcurso del tiempo hiciera irreversible la situación, sino movida por un claro interés de proteger los intereses del menor. Por lo que, el hecho que se suspendieran el régimen de visitas es porque está siendo tratada de su trastorno de Asperger con resultados satisfactorios con gran cooperación de la familia acogedora, en el fuerte vínculo paterno-filial establecido entre el niño y los padres preadoptivos, en la falta de interés del menor en tener contacto con su familia biológica e incluso, el temor de que ello pudiera romper el vínculo con la de acogida, en la necesidad de garantizar una estabilidad y en que no se cumplen las condiciones idóneas para llevar a cabo unos contactos sin poner en riesgo la buena marcha y el desarrollo del niño. Motivos por los que la Sala concluye que no concurren los presupuestos mínimos necesarios para la generación de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración.

¹⁷¹ Vid., la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Burgos, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 2.^a, de 20 de julio de 2018 (Roj. STSJ CL 2988/2018; ECLI:ES:TJSC-CL;2018:2988) la actividad desarrollada por el ECAI en el proceso de adopción, no puede calificarse en modo alguno de negligencia irresponsable o carente de cuidado, como sostienen los recurrentes, por cuanto ha cumplido diligentemente las obligaciones estipuladas en el contrato de mediación, ha recabado cuánta información veraz y objetiva de la menor era necesaria la aprobación de todos los datos médicos disponibles sobre la menor, quienes lo aceptaron expresamente. El representante del ECAI estuvo presente en la recogida de la menor, les acompañó en la realización de las pruebas médicas exigidas, y les recomendó la realización de pruebas complementarias indicadas en el hospital, a la que se regaron los recurrentes, por lo que nada puede imputarse tampoco a dicha Entidad Colaboradora para la adopción internacional. No cabe cuestionarse ahora, si la realización de tales pruebas, complementarias en un Centro Médico especializado en Vietnam, hubiesen permitido diagnosticar la enfermedad padecida por la menor, pues lo relevante es que los actores se negaron reiteradamente a la realización de las mismas, por la que desde esta perspectiva el daño o perjuicio ulteriormente sufrido, no puede calificarse como antijurídico.

En consecuencia con lo que hasta ahora expuesto, coincidimos con la resolución impugnada, en considerar que no hubo incumplimiento de las obligaciones de información y control que legalmente corresponden a la Entidad Pública en el proceso de adopción internacional por lo que no concurren los requisitos precisos para la prosperidad de la acción ejercitada, en los términos en que se ha planteado en la demanda, por lo que procedente será desestimar el recurso interpuesto.