



FISCALÍA GENERAL
DEL ESTADO

REGISTRO GENERAL FISCALÍA
GENERAL DEL ESTADO

S.M.C.
001 N° 201400007959
14 07 14 10 02 02

SECRETARÍA TÉCNICA

N/Ref.: S.T.C. 6/2014-A.

SECRETARÍA PARTICULAR
SECRETARÍA DE ESTADO DE JUSTICIA
SALIDA N° 31558
FECHA 14-07-14

MINISTERIO DE JUSTICIA
SECRETARÍA DE ESTADO DE JUSTICIA
14 JUL 2014
REGISTRO DE ENTRADA
201400180029

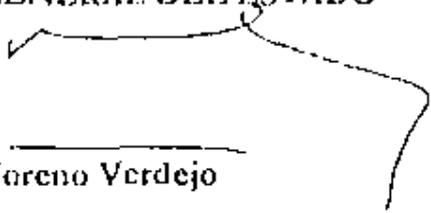
SECRETARÍA PARTICULAR
SECRETARÍA DE ESTADO DE JUSTICIA
N° 179408
FECHA 14-07-14

Madrid, 14 de julio de 2014

En cumplimiento de lo previsto en el artículo 14.4.j) de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se aprobó el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, adjunto tengo el honor de remitir Informe del Consejo Fiscal al *"Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia"*.

Cordial saludo,

EL FISCAL JEFE DE LA SECRETARÍA TÉCNICA
DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO



Jaime Moreno Verdejo



SR. D. FERNANDO ROMÁN GARCÍA.
SECRETARIO DE ESTADO, MINISTERIO DE JUSTICIA. MADRID.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

INFORME DEL CONSEJO FISCAL AL ANTEPROYECTO DE LEY DE
PROTECCIÓN DE LA INFANCIA

1. INTRODUCCIÓN 2. PROCEDENCIA DE LA EMISIÓN DE INFORME POR PARTE DEL CONSEJO FISCAL 3. ESTRUCTURA 4. ANÁLISIS DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS 5. ANÁLISIS DE LA REFORMA DE LA LO 1/1996, DE 15 DE ENERO, DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR 5.1 Análisis del nuevo capítulo III del título I, relativo a los deberes de los menores 5.2 Análisis de las modificaciones en el capítulo III, sobre medidas y principios rectores de la acción administrativa 5.2.1 Documentación de los menores extranjeros no acompañados 5.2.2 Principios rectores de la actuación de los poderes públicos 5.2.3 Determinación de la edad 5.2.4 Revisión de las medidas de protección no permanentes 5.2.5 Denuncias ante el Fiscal 5.3 Acceso a las profesiones cuyo ejercicio conlleve el contacto habitual con niños 5.4 La nueva regulación de la atención inmediata 5.5 Actuaciones en situación de riesgo 5.6 El riesgo prenatal 5.7 Atención sanitaria de menores 5.8 La definición de la situación de desamparo 5.9 Menores españoles en situación de desamparo en el extranjero 5.10 La regulación de la guarda 5.11 Disposiciones comunes a la guarda y tutela 5.11.1 Obligación de promover la reinserción en la familia biológica 5.11.2 El acogimiento familiar 5.11.3 Acogimiento residencial 5.11.4 Programas de preparación para la vida independiente 5.11.5 Sistema de Información 5.11.6 El índice de tutelas 6. ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL CÓDIGO CIVIL EN DESAMPAROS, GUARDAS Y ACOGIMIENTOS 6.1 Normas de derecho internacional privado 6.2 Acciones de filiación 6.2.1 Acciones de reclamación de la paternidad no matrimonial en los casos de inexistencia de posesión de estado 6.2.2 Acciones de impugnación de la paternidad matrimonial 6.2.3 Acciones del hijo para impugnar la paternidad 6.2.4 Impugnación de reconocimientos 6.2.5 Impugnación de la filiación en supuestos de falta de posesión de estado 6.3 Patria potestad 6.4 Medidas urgentes en protección de los menores 6.5 Suspensión o limitación administrativa del derecho a relacionarse con los hijos 6.6 Novedades en la declaración de desamparo 6.6.1 Guarda provisional 6.6.2 Cese de la tutela 6.6.3 Inicio del procedimiento de adopción 6.7 Novedades en la guarda voluntaria 6.8 Acogimiento residencial y acogimiento familiar 6.9 Salidas de fines de semana o de vacaciones con familias alternativas 6.10 Contribución de los padres o tutores en concepto de alimentos 6.11 Cese del acogimiento familiar 6.12 Modalidades del acogimiento familiar 7. FUNCIONES DEL MINISTERIO FISCAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES 8. MODIFICACIONES EN MATERIA DE ADOPCIÓN 8.1 Requisitos en el adoptante 8.2 Adopción de mayores de edad 8.3 Adopción por parejas de hecho 8.4 Procedimiento de adopción 8.4.1 Idoneidad



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

8.4.2 Consentimientos, asentimientos y audiencias 8.4.3 Efectos de la adopción 8.4.4 El derecho a conocer los datos sobre el origen biológico 9. NOMBRAMIENTO DE TUTOR ORDINARIO A MENORES DESAMPARADOS 9.1 Personas con la capacidad judicialmente complementada 10. TRATAMIENTO DE LA GUARDA DE HECHO 11. CONSENTIMIENTO DE LOS MENORES PARA CONTRATAR 12. MODIFICACIONES EN LA LEY DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL 12.1 Modificación del concepto de adopción Internacional 12.2 Finalidad de la Ley 12.3 Competencia para resolver sobre países de procedencia 12.4 Competencia de las Comunidades Autónomas 12.6 Actividad de intermediación en la adopción Internacional 12.8 Declaración de idoneidad 12.7 Obligaciones pre-adoptivas y post-adoptivas de los adoptantes 12.8 Derecho a conocer los orígenes biológicos 12.8 Competencia judicial Internacional para la declaración de nulidad o conversión en adopción plena de una adopción no plena en supuestos Internacionales. 12.10 Competencia de los cónsules en la constitución de adopciones Internacionales. 12.11 Ley aplicable a la constitución de la adopción 12.12 Capacidad del adoptando y consentimientos necesarios 12.13 Propuesta previa de adopción 12.14 Orden público español 13. MODIFICACIÓN DE LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 13.1 Acumulación de autos 13.2 Ejecución provisional 13.3 Modificación del art 779 13.4 Oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores 14. MODIFICACIÓN DE LA LEY ENJUICIAMIENTO CIVIL APROBADA POR REAL DECRETO DE 3 DE FEBRERO DE 1681 15. MODIFICACIONES EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL 15.1 Tratamiento del testigo menor de edad en el proceso penal 15.2 Modificación del régimen de la orden de protección 15.3 Medidas cautelares en el proceso penal en protección de los menores de edad 15.4 Declaración de testigos menores en el juicio oral 15.5 Preconstitución probatoria 16. MODIFICACIÓN DE LA LEY 29/1998, DE 13 DE JULIO, DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA 17. MODIFICACIÓN DE LA LEY 41/2002, DE 14 DE NOVIEMBRE, BÁSICA REGULADORA DE LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE Y DE DERECHOS Y OBLIGACIONES EN MATERIA DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN CLÍNICA 18. MODIFICACIONES EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES Y EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO 19. ANEXO: SUGERENCIAS DE MEJORAS EN LA REDACCIÓN DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. INTRODUCCIÓN

Por medio de comunicación del Secretario de Estado de Justicia de fecha 6 de mayo de 2014 se remite el Anteproyecto de Ley de *protección de la infancia* con objeto de que sea emitido el informe del Consejo Fiscal en el plazo improrrogable de treinta días.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

Antes de la finalización del referido plazo, la Fiscalía General del Estado dirigió oficio al Secretario de Estado de Justicia en fecha 26 de mayo, solicitando, motivadamente prórroga, que fue contestado el día 2 de junio concediendo un plazo adicional de un mes.

2. PROCEDENCIA DE LA EMISIÓN DE INFORME POR PARTE DEL CONSEJO FISCAL

A tenor del artículo 14.4 j) de la Ley 50/1981 de 30 de diciembre, *reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal* (en adelante, EOMF), corresponde al Consejo Fiscal informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal.

El Anteproyecto –como no podía ser de otra manera– no sólo prevé la intervención del Fiscal en los expedientes y procedimientos de protección de menores, sino que intensifica el relevante protagonismo del mismo en esta área.

El Libro Blanco del Ministerio Fiscal, publicado en 2014 subraya la trascendencia de esta función del Fiscal: *son importantes y numerosas las funciones que la ley atribuye al Fiscal en este materia, de cuyo volumen da idea el que en el año 2012 se han ejercido sobre una cifra cercana a los 27.000 menores. Las funciones se desarrollan, en unos casos, en la supervisión de la actuación de las Entidades Públicas de Protección de Menores y en otros en el curso de los procedimientos judiciales que tienen como objeto la discusión sobre las medidas de protección adoptadas.*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

El compromiso del Ministerio Fiscal con la salvaguarda de los derechos fundamentales de los menores y en especial, de los derechos de menores sometidos a medidas de protección, es fácilmente contrastable a través del análisis de las Memorias que año tras año publica la Fiscalía General del Estado y en las que se da cuenta de las actuaciones de la Fiscalía en este ámbito especialmente sensible.

Tal compromiso también se refleja en la doctrina de la Fiscalía General del Estado, que, especialmente en los últimos años ha sido profusa en esta materia. Debe traerse a colación la Circular 3/1984, *sobre actuación del Ministerio Fiscal ante los Tribunales Tutelares de Menores*; la Instrucción 3/1988, *sobre persecución de malos tratos ocasionados a personas desamparadas y necesidad de hacer cumplir las obligaciones alimenticias fijadas en los procesos matrimoniales*; la Instrucción 6/1990, *sobre menores ingresados en los centros penitenciarios de mujeres con sus madres presas*; la Consulta 8/1997, *sobre algunas cuestiones en relación con la formalización del acogimiento familiar*; la Consulta 2/1998, *sobre la asunción de tutela por personas jurídicas públicas*; la Circular 1/2001, *sobre incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles* (apartado VII.5); la Circular 3/2001, de 21 de diciembre, *sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería* (apartado IV); la Instrucción 2/2001, de 28 de junio, *acerca de la interpretación del actual art. 35 de la L.O. 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*; la Circular 2/2006, *sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España* (apartado IV); Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, *sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados*; la Instrucción 3/2005, *sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación* (apartado IX); Instrucción 2/2006, *sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

y propia imagen de los menores; Instrucción 1/2007, sobre actuaciones jurisdiccionales e intimidad de menores.

Deben reseñarse en materia de protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores la instrucción 2/1993, de 15 de marzo, *sobre la función del Ministerio Fiscal y el derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito*; la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, *sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores*; la Instrucción 1/2007, de 15 de febrero, *sobre actuaciones jurisdiccionales e intimidad de menores*; y la Instrucción 3/2005, *sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación*. En materia de control de internamientos de menores en centros psiquiátricos debe reseñarse la Instrucción 1/2009, de 27 de marzo, *sobre la organización de los servicios de protección de las Secciones de Menores*.

Debe igualmente citarse la Instrucción 1/2009, de 27 de marzo, *sobre la organización de los servicios de protección de las Secciones de Menores*, la Instrucción 3/2008, de 30 de julio, *sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores*, la Circular 3/2009, de 10 de noviembre, *sobre protección de los menores víctimas y Testigos* y la Circular 1/2012, de 3 de octubre, *sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave*.

Deben destacarse las Circulares 1/2009, de 22 de diciembre, *sobre limitaciones temporales a la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tras la reforma operada por Ley 54/2007 de 28 diciembre*, y especialmente la Circular 8/2011, de 16 de noviembre, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección*



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

de menores, en tanto, en la misma se anticipan algunos de los problemas y algunas de las soluciones que se acogen en el Anteproyecto.

Está, por tanto, claramente justificada la necesidad de emisión de informe por el Consejo Fiscal.

Debe también hacerse constar el dato de que muchos de los puntos que aborda el Anteproyecto objeto de informe fueron ya incorporados al Anteproyecto de Ley de actualización de la Legislación sobre Protección a la Infancia, de 7 de julio de 2011, que a su vez se fundamentó en propuestas formuladas por el Defensor del Pueblo, por la Fiscalía General del Estado, por el Comité de los Derechos del Niño, y por las conclusiones y recomendaciones de la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines.

En la Comisión redactora del Anteproyecto de 2011 tuvo una relevante intervención la Fiscalía General del Estado, y muchos de los puntos que allí se trataron y que han sido asumidos por el nuevo Anteproyecto de Ley de protección a la infancia de 2014 han suscitado un amplio consenso.

3. ESTRUCTURA

El Anteproyecto consta de cinco artículos y ocho disposiciones finales, además de una disposición adicional y tres disposiciones transitorias. En el artículo primero se recogen las modificaciones de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996, de 15 de enero (en adelante, LOPJM); en el segundo las que afectan al Código Civil (en adelante, CC); en el tercero las correspondientes a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (en adelante, LAI); en el cuarto las relativas a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; (en



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

adelante, LEC) en el artículo quinto las relativas a la Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, vigente conforme lo dispuesto en la disposición derogatoria única de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil; (en adelante, LEC 1881) en la disposición final primera las relativas a la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim); en la disposición final segunda las que afectan a la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en adelante, LJCA), en la disposición final tercera, las relativas a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LAP); en la disposición final cuarta la relativa al Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), en la disposición final quinta la que afectan a la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público, y en la disposición final sexta las que afectan a la Ley 40/2003, de 18 de noviembre de protección a las familias numerosas. Las dos últimas disposiciones finales se refieren al título competencial y a la entrada en vigor.

4. ANÁLISIS DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La Exposición de Motivos junto con la Memoria de Análisis de Impacto Normativo reflejan las razones para abordar esta reforma que son, en definitiva, la necesidad de adecuar la regulación a los cambios sociales producidos durante los 18 años transcurridos desde la publicación de la LOPJM, así como la consecución de una protección uniforme de los menores en todo el territorio del Estado mediante una normativa que constituye un referente para las CCAA en el desarrollo de su legislación de acuerdo con sus competencias en la materia y la acomodación de



**FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

la legislación a los diversos acuerdos e instrumentos internacionales relativos a los Derechos de los niños ratificados por España.

El Anteproyecto precisa el alcance de determinados conceptos jurídicos indeterminados atendiendo para ello a la jurisprudencia del TEDH, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.

La normativa proyectada atiende, según su EM, a las propuestas del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, el Defensor del Pueblo y la Fiscalía General del Estado; propuestas recogidas en las conclusiones y recomendaciones de la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines.

Sorprende, sin embargo, que el prelegislador omita toda referencia al Anteproyecto de 2011 no solo por tratarse de un antecedente inmediato que respondía a idénticas necesidades que el Anteproyecto actual sino porque el texto proyectado ahora se nutre esencialmente de su contenido, tratándose por lo demás de un trabajo muy riguroso, mejor elaborado, con una participación activa de la FGE.

La redacción de la Exposición de Motivos y el texto articulado debieran ser objeto, en general, de una profunda revisión, pues se detectan numerosos defectos de estilo, gramaticales y sintácticos.

Como anexo al final del presente informe se realizan sugerencias concretas para la modificación de la redacción de la Exposición de Motivos.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

5. ANÁLISIS DE LA REFORMA DE LA LO 1/1996, DE 16 DE ENERO, DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR

5.1 Análisis del nuevo Capítulo III del título I, relativo a los deberes de los menores.

Esta novedosa previsión no tiene precedentes en nuestro Derecho, ni se incluyó en el Anteproyecto de 7 de julio de 2011. Parece adecuado fijar junto al catálogo de derechos que la LOPJM reconoca a los menores un catálogo de deberes, fomentando la asunción de responsabilidades en los mismos, aspecto éste esencial en su proceso de maduración y socialización. No obstante, quizás debieran reformularse alguno de ellos.

En concreto, no parece que tenga mucho sentido, por su inconcreción y dimensión más moral que jurídica, establecer que *los menores deben respetarse a sí mismos* (art. 9.1 quinquies).

También parece excesivo, en el art. 9.2 quinquies c) modular el deber de respetar el medio ambiente y colaborar en su conservación (sin duda correcto) con la necesidad de hacerlo, como hace el inciso final de este precepto "dentro de un desarrollo sostenible".

5.2 Análisis de las modificaciones en el Capítulo III, sobre medidas y principios rectores de la acción administrativa.

5.2.1 Documentación de los menores extranjeros no acompañados.

El art. 10 vigente se dedica a las medidas para facilitar el ejercicio de los derechos. Los retoques que introduce el Anteproyecto son meramente de detalle.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Se sugiere, no obstante, aludir a la necesidad de ampliar el contenido de estas previsiones a un periodo posterior al cumplimiento de mayoría de edad, en régimen transitorio. El cese automático de mecanismos protectores a partir de la mayoría de edad y cese de la tutela puede ocasionar graves riesgos a jóvenes que pese a haber sido acogidos y tutelados por la Administración no alcancen los 18 años en condiciones de plena autonomía económica y laboral que les permitan hacer frente a su propio mantenimiento.

Si sufre una modificación de entidad la regulación de la documentación de los menores extranjeros no acompañados. En el texto vigente se dice en el apartado 4 del art. 10 que *una vez constituida la guarda o tutela a que se refiere el apartado anterior de este artículo, la Administración pública competente facilitará a los menores extranjeros la documentación acreditativa de su situación, en los términos que reglamentariamente se determinen.*

El apartado 4 del texto proyectado establece que *la Administración General del Estado le facilitará, si no la tuviere, y junto con la presentación del certificado de tutela expedido por dicha Entidad Pública, la documentación acreditativa de su situación y la autorización de residencia, una vez que haya quedado acreditada, la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, y según lo dispuesto en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.*

Se introduzca, pues, una restricción: hasta tanto no se acredite la imposibilidad de retorno no se entrega documentación. Entendemos injustificada tal limitación, pues puede introducir periodos de incertidumbre e inseguridad jurídica, agravada por el hecho de que en el procedimiento de repatriación (art. 35 LE) no hay una previsión para que expresamente se dicte una resolución que constate la imposibilidad de retorno. Conviene, por el contrario, que todos los menores que se



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

encuentren en España estén documentados a la mayor brevedad, teniendo además en cuenta que la documentación no es óbice a la eventual repatriación.

Se pierde además la oportunidad de aclarar que el plazo de nueve meses a que alude el Reglamento de la Ley de Extranjería es un plazo de máximos, a partir del cual, la Delegación o Subdelegación del Gobierno debe conceder de oficio la documentación y por tanto, que es obligación de la entidad pública tutora, procurar la documentación en el más breve plazo posible desde la asunción de la tutela automática del menor, y sin aguardar al transcurso de dicho plazo. La posibilidad o conveniencia de una repatriación y la repatriación misma, no alteran la obligación de identificar y documentar al menor, ni disminuyen la diligencia que debe desplegar la entidad tutora para proporcionarla.

5.2.2 Principios rectores de la actuación de los poderes públicos

Las modificaciones en el apartado primero del art 11 son intrascendentes. Las modificaciones en el apartado segundo de este precepto tienen más contenido pues, además de los ya previstos, se añaden a los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores el carácter educativo de todas las medidas que se adopten, la protección contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico, el maltrato psicológico, el descuido o trato negligente, la explotación, los abusos sexuales, la corrupción, la violencia de género, la violencia en el ámbito familiar, educativo, sanitario o social, la trata de seres humanos, la mutilación genital femenina y cualquier otra forma de abuso, y la inclusión y la accesibilidad de los menores con discapacidad. No puede sino calificarse de correctas tales novedades.

En el inciso segundo del apartado primero del proyectado art. 12 se dispone que *en las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales, las consensuadas frente a las impuestas y las nacionales frente a las internacionales.

Parece muy adecuada la introducción de pautas exegéticas que orienten la actividad hermenéutica. Es claro que son medidas familiares y residenciales, medidas estables y temporales, medidas consensuadas e impuestas. No se entiende bien, sin embargo, en qué tipo de medidas está pensando el Prelegislador cuando contrapone las medidas nacionales frente a las internacionales.

5.2.3 Determinación de la edad

El nuevo apartado quinto del art 12 dispone que cuando no pueda ser establecida con seguridad la edad de una persona y existan razones para presumir que es menor de edad, será considerada como tal a los efectos de lo previsto en esta Ley, en tanto se determina su edad.

Aún mostrando conformidad con el significado último de esta previsión, entendamos que la redacción es manifiestamente mejorable. La Fiscalía General del Estado se ha pronunciado reiteradamente a favor de considerar menor de edad a la persona respecto de la que se duda si es menor o mayor. La cuestión tiene especial trascendencia en relación con los menores extranjeros no acompañados a quienes si se les da el tratamiento de menores se benefician de toda una batería de medidas de protección y si se les considera adultos pueden incluso ser internados cautelarmente y expulsados.

No se trata tanto de exigir que *existan razones para presumir que es menor de edad* sino que debe ser suficiente con que no pueda afirmarse que la persona es mayor de edad, como se desprende de la doctrina de la Fiscalía General del



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Estado (Consulta 1/2009, de 10 de noviembre, *sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados*, Circular 2/2006, de 27 de julio, *sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España*).

La Instrucción 2/2001, de 28 de junio, *acerca de la interpretación del actual art. 35 de la L.O. 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* dispone que "dado que las pruebas médicas no suelen ofrecer nunca una edad exacta, sino que siempre fijan una horquilla más o menos amplia entre cuyos extremos se puede cifrar que se sitúa con un escasísimo margen de error la verdadera edad del sujeto, habrá que presumir, a falta de otros datos y a efectos de determinar si éste es mayor o menor, que su edad es la establecida como límite inferior de dicha horquilla".

La Consulta 1/2009, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados declara que "...las pruebas radiológicas son, junto con otras más complejas como la ortopantomografía, unas de las más fiables en el actual desarrollo de la ciencia médica, dado que, aunque ninguna aporta unos resultados absolutamente determinantes, ofrecen una horquilla de edad, dentro de la cual, en caso de duda, habrá que inclinarse por la más baja, esto es, la más favorable a la persona cuya edad ha de determinarse..."

La Circular 1/2000, de 18 de diciembre establece que en todo caso, las dificultades interpretativas sólo podrán ser solventadas en favor del menor.

El propio Reglamento de la Ley de Extranjería (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000) dispone en su art. 190 apartado cuarto párrafo segundo que *en caso de que la determinación*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

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

Con estos antecedentes, entendemos que no es necesaria la disposición proyectada, pues la materia se encuentra regulada con más precisión en el Reglamento de la Ley de Extranjería. Si pese a ello se quiere incluir una disposición más general en la LOPJM se propone la siguiente redacción:

cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada como menor de edad a los efectos de lo previsto en esta Ley, en tanto se determina su edad.

5.2.4 Revisión de las medidas de protección no permanentes

El apartado sexto del art. 12 proyectado establece que cualquier medida de protección no permanente que se adopte respecto de menores de 3 años se revisará cada 3 meses y respecto de mayores de 3 años se revisará cada 6 meses. En los acogimientos permanentes la revisión tendrá lugar el primer año cada 6 meses y a partir del segundo año cada 12 meses.

El establecimiento de un plazo más breve para la revisión de las medidas de protección no permanentes en relación con menores de tres años debe considerarse acertado, por las necesidades específicas que requieren los niños de tan corta edad y por ser imprescindible que en estos casos las medidas provisionales no deriven de facto en medidas irreversibles por el mero transcurso del tiempo.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

5.2.5 Denuncias ante el Fiscal

El texto proyectado añade un nuevo apartado cuarto al art. 13, que queda redactado en los siguientes términos: *cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal el hecho que pudiera constituir un delito contra un menor. Estarán obligados a comunicar al Ministerio Fiscal tal hecho, desde el momento en que lo conocieran, las autoridades públicas, funcionarios y los profesionales que conozcan tales hechos en el ejercicio de su profesión y si no lo hicieran, podrán incurrir en un delito de omisión de los deberes de promover la persecución de un delito previsto y penado en el apartado 2 del artículo 450 del Código Penal.*

Entendemos que el texto propuesto no se ajusta a la regulación contenida en el art. 259 LECrim, cuando dispone que *el que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de Instrucción, de Paz, Comarcal o Municipal, o Funcionario Fiscal más próximo al sitio en que se hallare.*

Cuando se trata de delitos públicos, sea cual sea la edad de la víctima, existe una obligación de denuncia para todos los que lo hayan presenciado. El art. 13.4, al no distinguir, parece que relaja esta obligación, transformándola en mera facultad, por lo que si lo que se pretende es intensificar la protección del menor, el efecto es el contrario.

Por otra parte, la remisión al apartado 2 del artículo 450 del Código Penal es innecesaria e incluso improcedente, pues tal precepto no castiga la mera omisión de la denuncia.

Se sugiere, con el fin de ampliar la protección de los menores, que es lo que infructuosamente persigue el precepto proyectado, la siguiente redacción:



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

Quienes presenciaren la perpetración de hechos que pudieran ser constitutivos de cualquier delito público o semipúblico contra un menor estarán obligados a ponerlo inmediatamente en conocimiento de la Policía o del Fiscal. Quienes tuvieren noticia de la comisión de hechos que pudieran ser constitutivos de delito público o semipúblico contra un menor podrán ponerlo en conocimiento de la Policía o del Ministerio Fiscal.

Estarán obligados a comunicar al Ministerio Fiscal los delitos públicos y semipúblicos cometidos contra menores, desde el momento en que lo conocieran, las autoridades públicas, funcionarios y los profesionales que conozcan tales hechos en el ejercicio de su profesión.

5.3 Acceso a profesiones cuyo ejercicio conlleve el contacto habitual con niños

El apartado 5 del proyectado art. 13 establece que será requisito para el acceso a las profesiones cuyo ejercicio conlleve el contacto habitual con niños el no haber sido condenado por sentencia firme por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata y explotación de menores.

La disposición trata de dar cumplimiento a la previsión del art 5.3 del Convenio de Lanzarote, que establece que cada Parte adoptará, de conformidad con su derecho interno, las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las condiciones de acceso a las profesiones cuyo ejercicio conlleve el contacto habitual con niños garanticen que los aspirantes a ejercer dichas profesiones no hayan sido condenados por actos de explotación o abuso sexual de niños.

Esta previsión del Convenio obliga a España a introducir una normativa específica, no penal sino administrativa, en la regulación de las condiciones de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

acceso a profesiones que impliquen contacto con menores, con lo que el nivel de protección frente a personas condenadas por delitos contra la libertad o la indemnidad sexual de menores se vería fuertemente potenciada.

Debe tenerse presente que además del Convenio de Lanzarote mencionado en la Exposición de Motivos, se ocupa de esta cuestión la Directiva de 2011, vinculante para España en su art. 10, de forma más concreta. En su apartado primero establece que *a fin de evitar el riesgo de reincidencia en los delitos, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que una persona física que haya sido condenada por una infracción contemplada en los artículos 3 a 7 pueda ser inhabilitada, con carácter temporal o permanente, para el ejercicio de actividades, al menos profesionales, que impliquen contactos directos y regulares con menores.*

El apartado segundo dispone que *los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los empresarios, al contratar a una persona para realizar actividades profesionales o actividades de voluntariado organizadas que impliquen contactos directos y regulares con menores, tengan derecho a solicitar información, de conformidad con el Derecho nacional, por cualquier medio apropiado, como el acceso previa petición o a través del interesado, de la existencia de condenas por infracciones contempladas en los artículos 3 a 7 que consten en el registro de antecedentes penales, o de cualquier inhabilitación para ejercer actividades que impliquen contactos directos y regulares con menores derivada de dichas condenas penales.*

El apartado tercero de la Directiva de 2011 dispone que *los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, con vistas a la aplicación de lo dispuesto en los apartados 1 y 2, la información relativa a la existencia de condenas penales por cualquiera de las infracciones contempladas en los*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

artículos 3 a 7, o de cualquier inhabilitación para ejercer actividades que impliquen contactos directos y regulares con menores derivada de dichas condenas penales, sea transmitida con arreglo a los procedimientos establecidos en la Decisión marco 2009/315/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros, cuando se solicite la información de conformidad con el artículo 6 de dicha Decisión marco con el consentimiento de la persona interesada.

Nótese como se concreta mucho más cuales son las obligaciones de los Estados para evitar que accedan a trabajos que impliquen contactos con menores personas condenadas por delitos contra la indemnidad sexual. Además la Directiva no se refiere solo a actividades profesionales sino a *actividades de voluntariado organizadas que impliquen contactos directos y regulares con menores.*

El proyectado art. 13.5 no satisface las exigencias del art 5.3 del Convenio de Lanzarote. Si la genérica previsión no es desarrollada quedará en una mera declaración programática. Debería al menos introducirse la obligación del empleador de exigir la presentación del certificado de antecedentes penales, pues en otro caso la norma no tendrá ninguna operatividad.

5.4 La nueva regulación de la atención inmediata

El Anteproyecto mantiene el párrafo primero vigente y añade un párrafo segundo al art 14, disponiendo que *la Entidad Pública podrá asumir, en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la guarda provisional de un menor prevista en el apartado cuarto del artículo 172 del Código Civil, durante un plazo máximo de tres meses, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias*



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar la situación real de desamparo.

La atención inmediata se regula de forma insuficiente en la redacción actual del art. 14. Es por ello que el desarrollo proyectado es muy acertado.

El Código Civil no regula la situación que se genera cuando los servicios de protección de menores asumen la guarda de un menor en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata. Lógicamente la declaración de desamparo requiere unos pasos previos y un procedimiento, que sin embargo no puede perpetuarse en el tiempo ya que en otro caso desembocaría en una situación de grave inseguridad jurídica.

Este problema se abordó en las Conclusiones del encuentro de Fiscales especialistas en menores y extranjería, celebradas en Madrid, el día 20 de abril de 2010 en relación con los MENA, aunque la problemática afectaría no solo a éstos sino respecto a cualquier menor. En efecto, en la conclusión primera se estableció lo siguiente:

1-1.La guarda de hecho o tutela provisional por parte de los servicios de protección de menores no se puede prolongar sine die más allá del tiempo necesario para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar la situación real de desamparo. Se considera que a tales efectos, tres meses es un tiempo prudencial, pasado el cual debe procederse a constituir la tutela.

1-2.En el caso de que transcurrido este tiempo no se hubiera formalizado la tutela, la Sección de Menores de Fiscalía promoverá ante la jurisdicción civil las acciones procedentes para obtener el correcto desempeño de las funciones tutelares de la Entidad Pública de Protección de Menores.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Entendemos también adecuada la previsión de un plazo máximo de tres meses de duración de esta medida provisional, a fin de evitar prolongaciones contrarias a la necesaria estabilidad en la situación del menor. Debiera, no obstante, como se hizo en el Anteproyecto de 2011, preverse la notificación al Fiscal de estas guardas provisionales, para que éste supervise que se cumplen los requisitos legales y, especialmente, que no se prolongan más allá del plazo máximo establecido.

No obstante, cabe apuntar que el plazo de 3 meses que menciona el párrafo segundo del art. 14 como duración máxima de esta medida provisional puede resultar excesivo respecto de algunas situaciones en las que el menor carece completamente de representación legal. Podría establecerse un plazo máximo inferior para tales supuestos. Puesto que la asunción de la tutela es un acto revocable, si se constata que no existían o han desaparecido los presupuestos fácticos que la determinaron, sería posible reducir ese período máximo de guarda provisional.

6.5 Actuaciones en situación de riesgo.

Se regulan en el nuevo art. 17, que profundiza en la definición de estas situaciones y desarrolla todo lo relativo al procedimiento, en términos que no pueden sino merecer el aplauso, toda vez que siendo estas actuaciones absolutamente esenciales para la eficacia de todo el sistema de protección, hasta la fecha eran reguladas de forma muy genérica, dando lugar a inseguridad y a un uso limitado.

En la redacción del apartado primero se sugiere, como mejora, que se sustituya "que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción..." por "que fundamentarían su declaración de desamparo y la asunción..."



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

En el apartado quinto se establece que:

Los padres, tutores, guardadores o acogedores, dentro de sus respectivas funciones, colaborarán activamente, según su capacidad, en la ejecución de las medidas indicadas en el referido proyecto. La omisión de esta colaboración podrá dar lugar a la declaración de la situación de riesgo del menor.

En el Anteproyecto de 2011 se establecía que:

Los padres, tutores, guardadores o acogedores, dentro de sus respectivas funciones, colaborarán activamente, según su capacidad, en la ejecución de las medidas indicadas en el referido proyecto. La omisión de esta colaboración podrá dar lugar a la declaración de la situación de desamparo del menor.

Parece que lo más correcto sería una fórmula intermedia, comprensiva de dos posibilidades: un incumplimiento generador de una expresa declaración de riesgo o un incumplimiento que directamente lleve al desamparo. La redacción del Anteproyecto no es satisfactoria porque parece que obliga necesariamente a pasar por una previa declaración de riesgo antes de desembocar en el desamparo. Esto podría ser profundamente perturbador y contrario a los principios de celeridad y de superior interés del menor.

Se propone por tanto, la siguiente fórmula:

Los padres, tutores, guardadores o acogedores, dentro de sus respectivas funciones, colaborarán activamente, según su capacidad, en la ejecución de las medidas indicadas en el referido proyecto. La omisión de esta colaboración podrá dar lugar a la declaración de la situación de riesgo o de desamparo del menor.

El apartado sexto del art. 17 está redactado de forma deficiente. Se establece que en el caso de que se observen indicadores de riesgo que, de no corregirse,



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

podieran derivar en una situación de desamparo pero exista posibilidad de que el menor permanezca en el seno familiar y no haya suficiente colaboración de la familia, se procederá a la declaración de situación de riesgo. Dicha declaración será dictada por la Administración Pública competente y deberá formalizarse por medio de una resolución administrativa con audiencia a los padres, tutores, guardadores o acogedores e información al menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los 12 años.

Tratando de mantener su sentido y al mismo tiempo mejorando su redacción, se sugiere la siguiente: *Procederá declarar formalmente la situación de riesgo cuando, no siendo aún imprescindible la declaración de desamparo, se observen indicadores de riesgo y no haya suficiente colaboración de la familia. Dicha declaración será dictada por la Administración Pública competente y deberá formalizarse por medio de una resolución administrativa con audiencia a los padres, tutores, guardadores o acogedores e información al menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los 12 años.*

Al finel del apartado sexto, como se consignaba en el Anteproyecto de 2011, debiera establecerse que *esta resolución será susceptible de recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

El apartado octavo es especialmente relevante desde la perspectiva de las funciones del Fiscal, pues se le asigne un nuevo papel en la supervisión de las actuaciones de la Administración ante situaciones de riesgo. Establece este apartado que:

En los supuestos en que la Administración Pública competente para apreciar e intervenir en la situación de riesgo estime que existe una situación de desprotección que puede requerir la separación del menor de su ámbito familiar o cuando, concluido el período previsto en el proyecto de intervención o convenio,



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

no se hayan conseguido cambios en el desempeño de los deberes de guarda que garanticen que el menor cuenta con la necesaria asistencia moral o material, lo pondrá en conocimiento de la Entidad Pública a fin de que valore la procedencia de declarar la situación de desamparo, comunicándolo al Ministerio Fiscal.

Cuando la Entidad Pública considere que no procede declarar la situación de desamparo, lo pondrá en conocimiento de la Administración Pública que haya intervenido en la situación de riesgo, y del Ministerio Fiscal.

En todo caso, el Ministerio Fiscal hará una supervisión de la situación del menor, pudiendo para ello recabar la colaboración de los centros escolares y los servicios sociales, sanitarios o cualesquiera otros.

La novedad es pertinente y adecuada.

Se acoge una de las propuestas del Libro Blanco en materia de protección conforme a la que se reclamaba que *debe reconocerse al Fiscal un papel de supervisión ante determinadas situaciones de riesgo cualificado. Cuando la administración pública competente para apreciar y corregir la situación de riesgo estime que existe una situación de desprotección que puede requerir la separación del menor de su ámbito familiar debiera ponerlo en conocimiento de la Entidad Pública de Protección de Menores, a fin de que valore la procedencia de declarar el desamparo, comunicándolo al mismo tiempo al Ministerio Fiscal. En estos supuestos, si la Entidad Pública de Protección de Menores considera que no procede declarar el desamparo debería ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.*

Se trata en definitiva de establecer mecanismos de control a través del Fiscal cuando exista una discrepancia entre Administraciones a la hora de evaluar si procede la declaración de desamparo. Resulta, en estos casos, muy conveniente



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

que el Fiscal tenga noticias de esta discrepancia y actúe supervisando una situación que estará en el límite entre el riesgo y el desamparo. Por ello, no cabe sino valorar positivamente la novedad.

No obstante, la forma en que está redactado el párrafo tercero del apartado octavo puede llevar a error. En efecto, se dice que *en todo caso, el Ministerio Fiscal hará una supervisión de la situación del menor*. Este "en todo caso" podría dar a entender que el Fiscal debe supervisar la situación del menor en todas las situaciones de riesgo. Esto es absolutamente inviable. Ni en la actualidad se lleva a cabo esta supervisión general ni con los medios de que se dispone puede asumirse en el futuro. Pero es que además no estaría justificada la intervención del Fiscal, teniendo en cuenta que en estos casos la afectación de derechos es muy limitada. Por tanto, debe quedar claro que la supervisión del Fiscal ha de estar referida no "en todo caso" sino a los supuestos en los que la Entidad Pública considere que no proceda declarar la situación de desamparo pese a que la Administración competente para apreciar la situación de riesgo lo propone. Es por ello por lo que se sugiere la siguiente redacción:

En los supuestos en los que la Entidad Pública considere que no proceda declarar la situación de desamparo pese a la propuesta en tal sentido formulada por la Administración competente para apreciar la situación de riesgo, el Ministerio Fiscal hará una supervisión de la situación del menor, pudiendo para ello recabar la colaboración de los centros escolares y los servicios sociales, sanitarios o cualesquiera otros.

5.6 El riesgo prenatal

Se echa en falta una regulación sobre tratamiento de las situaciones de riesgo prenatal. En ocasiones, la falta de cuidado de la madre sobre su propio cuerpo



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

puede ocasionar un perjuicio al normal desarrollo del feto, que debe tomarse en cuenta como antecedente importante para valorar la situación del niño al nacer y la posible medida de protección que, en su caso, pueda adoptarse. Es necesario establecer algunas pautas sobre la protección jurídica del *nasciturus*.

Nos encontramos ante una situación de orfandad legislativa, que encuentra escasas excepciones en la normativa autonómica. Así la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja dispone en su art 32.4 que *la Consejería competente en materia de Servicios Sociales tomará las medidas necesarias para conseguir la protección efectiva de los menores desamparados, incluso antes de nacer, cuando se prevea claramente que el concebido, cuando nazca, se encontrará en situación de desamparo*; el art 52.2 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, en el País Vasco dispone que *cuando las administraciones públicas competentes tengan conocimiento de que peligra el normal desarrollo del nasciturus, lo pondrán en conocimiento del ministerio fiscal a fin de que adopte las medidas que estime oportunas para garantizar su bienestar hasta el momento del nacimiento. Todo ello, sin perjuicio de los supuestos contemplados en la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de Interrupción Voluntaria del Embarazo.*

La Convención de Derechos del Niño proclama en su Exposición de Motivos que "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento" y en su art 24.2 d) establece la obligación de los poderes públicos de *asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres*. También la Recomendación del Consejo de Europa (79)17, sobre Protección de los Niños contra los malos tratos, de 13 de septiembre se ocupaba de las medidas protectoras en relación con el *nasciturus*.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Los factores de riesgo social influyen negativamente en el desarrollo del niño. Estos factores pueden afectarle ya desde su vida intrauterina. No todos los factores de riesgo actúan de igual forma en el niño, pero en la fase intrauterina pueden ser más lesivos y pueden afectar negativamente a más áreas, lo que obliga a realizar intervenciones lo más tempranas posibles. El bienestar del niño va a estar directamente relacionado con el bienestar de la madre, que en determinadas ocasiones va a requerir de ayudas y apoyos sociales y sanitarios durante el embarazo.

Debe partirse de la idea de que las entidades públicas de protección de menores y los servicios sociales y sanitarios tienen la responsabilidad de la detección precoz de situaciones de riesgo social y desde sus áreas de actuación facilitar los recursos para que estas circunstancias no supongan un daño biopsicosocial a la madre y al hijo.

El Anteproyecto de 2011 establecía al regular la situación de riesgo que *El órgano competente para la declaración de riesgo adoptará, en colaboración con los servicios de salud correspondientes, las medidas adecuadas de prevención, apoyo y seguimiento, de las situaciones de posible riesgo prenatal, a los efectos de evitar una eventual posterior declaración de riesgo o desamparo del recién nacido. A tales efectos, se entiende por situación de riesgo prenatal la falta de cuidado del propio cuerpo, o la ingestión de drogas o sustancias psicotrópicas por parte de la mujer durante el proceso de gestación, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por ésta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades físicas o psíquicas al recién nacido.*

Es muy importante que se incorpore una disposición similar.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

5.7 Atención sanitaria de menores

El apartado noveno del art. 17 dispone que *las autoridades sanitarias competentes pondrán en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, de la Administración Pública competente, los supuestos de falta de consentimiento de padres, tutores, guardadores o acogedores a la atención sanitaria necesaria para el menor, siempre que dicha falta entree un riesgo cierto para la salud de éste o ponga en peligro la salud pública.*

Es también loable esta previsión, en la línea de lo postulado por la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2012, de 3 de octubre, *sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.*

No obstante, su contenido es manifiestamente insuficiente. La complejidad y la trascendencia de la materia aconsejarían que no se regulara como un simple apartado del artículo dedicado a las situaciones de riesgo, sino que debiera dedicársele un precepto autónomo, en el que deberían hacerse algunas especificaciones adicionales, en la línea de la Circular 1/2012. Así, debiera tener reflejo que la puesta en conocimiento del Fiscal también procede cuando quienes se niegan a prestar el consentimiento ante situaciones de grave riesgo para la vida o la salud son los menores mayores de 16 y 17 años.

Del mismo modo debiera aclararse que la puesta en conocimiento debe entenderse sin perjuicio de que ante situaciones urgentes de grave riesgo puede el facultativo aplicar directamente el tratamiento requerido. Sería conveniente igualmente hacer alguna referencia al procedimiento a seguir. A tales efectos, nos remitimos al análisis contenido en la mencionada Circular 1/2012.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Se entiende igualmente que estas obligaciones no deben residenciarse como hace el precepto proyectado en las autoridades sanitarias competentes, sino que deben vincular a cualquier profesional sanitario que atienda a un menor.

5.8 La definición de la situación de desamparo

El desamparo es un concepto jurídico indeterminado. Su concurrencia solo puede apreciarse evaluando exhaustivamente la situación de un menor determinado ante concretas circunstancias psico-socio-educativo-familiares. Desde 1987 ha estado vigente una definición amplia en el art. 172 del Código Civil: se considerará situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

Ya algunas legislaciones autonómicas desarrollaron el concepto de desamparo. El Anteproyecto introduce una serie de supuestos concretos que permiten declarar el desamparo cuando se den con la suficiente gravedad conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, finalizando, como no podría ser de otra manera con una cláusula abierta.

La novedad se considera positiva, en cuanto puede ser una ayuda para las personas llamadas a apreciar si concurre o no desamparo.

El texto proyectado se refiere a que la situación de pobreza de los padres, tutores o guardadores no será en ningún caso la única circunstancia para valorar la situación de desamparo.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

Por obvia que parezca, la incorporación de esta referencia se considerara muy adecuada en tanto puede servir de declaración de principio. Y una vez incluida, deberla acompañarse de un énfasis paralelo respecto de las obligaciones de los poderes públicos de contrarrestar con políticas, prácticas y presupuestos y minimizar el impacto directo que la pobreza tiene en la génesis de las situaciones de riesgo para los niños y adolescentes, en línea con la Recomendación Rec(2006)19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre ejercicio positivo de la parentalidad, en cuyo apéndice se destaca cómo el ejercicio del papel parental en situaciones de riesgo o de efectiva exclusión social puede ser particularmente difícil y debe prestarse especial atención a las necesidades de los menores y sus familias en tal situación.

6.9 Menores españoles en situación de desamparo en el extranjero

La práctica durante estos años de vigencia del sistema de protección diseñado en 1987 habla puesto de manifiesto que ante supuestos en los que menores españoles se encontraban en situación de desamparo en el extranjero, se producían importantes disfunciones porque, para empezar, era difícil determinar qué Entidad Pública tenía competencias para iniciar las actuaciones.

Por ello es acertado que el apartado quinto del art. 18 se dedique en primer lugar a establecer normas para determinar la competencia. Los criterios de competencia son correctos. La previsión expresa de que sea la Administración General del Estado la encargada del traslado del menor a España es especialmente atinada, ya que la falta de previsión planteó también en la práctica importantes problemas de gestión.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

5.10 La regulación de la guarda

El Anteproyecto adiciona al régimen de la guarda voluntaria en el art. 19 dos previsiones acertadas.

Por un lado la fijación de una duración máxima de 2 años, salvo que el interés superior del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de la medida por la previsible reintegración familiar en un plazo breve de tiempo. En efecto, la provisionalidad de la medida desaconseja su perpetuación en el tiempo.

Por el otro, la previsión de que en los supuestos de guarda voluntaria será necesario el compromiso de la familia a someterse, en su caso, a la intervención profesional. El momento de constitución de la guarda, en el que la Entidad Pública accede a prestar la ayuda requerida por los padres es óptimo para pactar esos compromisos.

5.11 Disposiciones comunes a la guarda y tutela

5.11.1 Obligación de promover la reinserción en la familia biológica

En el art 19 bis se desarrolla, con acierto, la obligación de promover la reinserción en la familia biológica de los menores sobre los que se ha adoptado una medida de protección. Este principio general ya se contiene en el derecho vigente, que sin embargo, guarda un criticable silencio sobre cómo articularlo, silencio al que responde el Anteproyecto.

El apartado tercero de este artículo 19 bis presenta, sin embargo, una defectuosa redacción que debiera ser corregida. El texto proyectado establece que:



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible una evolución positiva de la misma y su propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente. Además, será necesario que esta evolución sea objetivamente suficiente para restablecer la unidad familiar debiendo acreditarse que se mantienen las referencias parentales del menor con dicha familia y que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor. Por otra parte, se tendrá en cuenta, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma.

Se propone el siguiente texto:

Para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya constatado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concorra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor. En la toma de decisión sobre el retorno deberá ponderarse el tiempo transcurrido, la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma.

5.11.2 El acogimiento familiar

El acogimiento en familia extensa (principalmente a cargo de abuelos, o solo abuelas) y a diferencia de lo que ocurre en otros países, constituye en España el soporte principal de esta institución. Se ha constatado que este acogimiento en familia extensa suele tener mejores resultados en cuanto a reunificación familiar, menos interrupciones y mayor continuidad tras la mayoría de edad. Junto al



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

reconocimiento social de esta labor que frecuentemente supera los recursos económicos y de todo orden de quienes la realizan generosamente, las propuestas del prelegislador constituyen grandes mejoras en punto a seguridad jurídica en materia de selección de los acogedores, constitución del acogimiento y contenido de la resolución, así como derechos y deberes de las partes. Pero es indudable que todo ello debe acompañarse de mayores apoyos económicos y una mejor calidad del psicológico, educativo y social a las familias acogedoras y al proceso de acogimiento.

En relación con el párrafo segundo del art. 20.1, debería destacarse que en todo caso, el acogimiento familiar (también en familia extensa) debe ser un programa social especializado. Esto significa no sólo la cualificación de al menos uno de los miembros de la familia acogedora, sino también que el desarrollo del acogimiento debe tener un diseño multidisciplinar, y una evaluación constante, sistemática y muy rigurosa que no se limite a momentos puntuales, sino que a modo de control de calidad de cada acogimiento y del propio sistema, forme parte normalizada e indiscutible del propio proceso de los acogimientos.

Es también conveniente la regulación y potenciación de las figuras intermedias del "acogimiento funcional" y el "acogimiento profesional" que, pese a los recelos que inicialmente inspira, podría ser una solución más adecuada que el acogimiento residencial, siempre que se regularan detalladamente todos sus aspectos y se previeran los correspondientes mecanismos de control y supervisión. El texto proyectado modifica en profundidad el vigente art. 20 LOPJM, que se limita a establecer que *el acogimiento familiar, de acuerdo con su finalidad y con independencia del procedimiento en que se acuerde, revestirá las modalidades establecidas en el Código Civil*. En su lugar, el precepto aborda, sin remitirse al Código Civil, la figura del acogimiento, estableciendo como modalidades básicas



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

también con carácter novedoso y a juicio del Consejo Fiscal acertadamente, los acogimientos en familia extensa, en familia ajena y especializado.

Importante novedad también es la de que el acogimiento se formaliza en todo caso por resolución de la Entidad Pública. Además, se introducen los parámetros para seleccionar a los acogedores y se determina el contenido de la resolución de formalización, que hasta ahora se contenían en el Código Civil.

La novedad más trascendente es la supresión del acogimiento judicialmente constituido. El principio de celeridad impone afectivamente la administrativización de su constitución, simplificando el procedimiento, sin perjuicio, claro es, del control jurisdiccional de la resolución administrativa de acogimiento si la misma es impugnada por persona legitimada. La necesidad de instar un proceso judicial para constituir acogimientos era fuente de dilaciones, complicaciones procesales y de duplicidad de procedimientos. Se considera igualmente fundamentada la opción del Prelegislador, que ya fue incorporada al Anteproyecto de 2011 a instancias de los representantes de la Fiscalía General del Estado que participaron en la Comisión constituida *ad hoc* para su elaboración.

Cabe destacar la previsión de que el documento contenga el *régimen de visitas por parte de la familia de origen que podrá modificarse por la Entidad Pública en atención al interés superior del menor*. La redacción vigente dispone como contenido de la resolución *la periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido* (art. 173.2 CC). La indeterminación de esta previsión ha dado lugar a no pocos conflictos, por lo que la decisión del Prelegislador de especificar más no puede sino valorarse positivamente.

Sin embargo, en nuestra opinión, debiera distinguirse la regulación del régimen de visitas cuando el acogimiento traiga causa en una guarda voluntaria y cuando



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

derive de una declaración de desamparo. Si en este último caso es acertada la previsión de la posibilidad de modificación unilateral del régimen de visitas por parte de la Entidad Pública, en el supuesto de la guarda voluntaria no cabe reconocer tales facultades a la Administración, pues la guarda deriva de la propia voluntad de los padres, que pueden haberla delegado en atención al régimen de visitas pactado inicialmente con la Entidad Pública.

La especificación final de que la resolución y el documento anexo se remitirán al Ministerio Fiscal ya se prevé en la actualidad en el art. 173.2 CC.

Es también novedosa la previsión, como contenido de la resolución del acogimiento, de que *conste el plazo en el cual la medida vaya a ser revisada*. De nuevo esta novedad merece un juicio positivo, pues una medida con vocación de provisionalidad ha de ser periódicamente revisada.

El art. 20 bis se dedica a desarrollar los derechos y deberes de los acogedores. Clarificar su estatus sin duda es un buen paso para promover esta figura, desde la seguridad jurídica, que en el texto proyectado adquiere un renovado protagonismo. Especialmente acertado es reconocer a los acogedores el *derecho a ser oídos por la Entidad Pública antes de que ésta adopte cualquier resolución que afecte al menor, especialmente antes de modificar o suspender temporalmente el régimen de visitas con la familia de origen*. El juicio positivo deriva tanto del reconocimiento del interés legítimo de los acogedores en estas decisiones, como por el hecho de que los mismos pueden aportar información valiosa para coadyuvar al acierto en la toma de decisiones. Lo mismo puede decirse del reconocimiento del derecho a ser escuchados en los procesos de oposición a las medidas de protección y a la declaración de situación de desamparo del menor acogido y del derecho a ser parte procesal en los procesos



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

de oposición relacionados con la medida de acogimiento familiar permanente con funciones de tutela que tenga formalizada.

El elenco de derechos de los acogedores familiares podría ampliarse e incluso articularse al modo de un estatuto semi-profesional ante la administración, en la medida en que son colaboradores necesarios de la misma. Se da por sentado que han recibido formación específica y superado pruebas de idoneidad. Ello los capacita para ostentar jurídicamente la guarda legal, sino para participar en todos los actos y decisiones que afecten al menor acogido. En tal sentido debería quedar más claro que no son sujetos pasivos de la intervención administrativa de protección, sino parte activa del sistema de protección y que ejercen sus funciones de forma análoga a como lo hacen los directores de los Centros (entidades colaboradoras) de acogimiento residencial, por lo que han de recibir similar atención, información y corresponsabilidad.

El art. 20 ter se dedica a los derechos de los menores acogidos. Entre los derechos que se reconocen en la letra a) del apartado primero se enuncia el de *ser oído y ser parte del proceso de oposición a las medidas de protección y declaración en situación de desamparo*. El derecho a ser oído no plantea problemas. No ocurre lo mismo con el derecho a *ser parte del proceso de oposición a las medidas de protección*. No se entiende cuál es el propósito del Prelegislador. Si lo que se pretende es reconocer al menor el derecho a ser parte *no del proceso sino en el proceso*, debiera decirse así, pero simultáneamente tendría que introducirse alguna limitación por razón de edad, como se hace en el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Extranjería, el cual, al regular el procedimiento de impugnación de la resolución en la que se acuerda la repatriación del menor extranjero no acompañado, dispone en su art. 193 que si el menor ha alcanzado la edad de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

dieciséis años podrá intervenir en esta fase por sí mismo o a través de representante que designe.

Las normas sobre capacidad para ser parte y sobre capacidad de obrar procesal deben ser particularmente claras. La previsión del art. 20 ter b) es oscura y de mantenerse va a generar sin duda problemas.

Se sugiere por último la incorporación de una referencia a la necesidad de adoptar medidas en protección del superior interés del menor en los casos de tránsito desde el acogimiento temporal a soluciones de carácter más estable que comporten cambio de familia. Esas cautelas deberían dirigirse al mantenimiento o preservación, siquiera sea temporal, de vínculos afectivos positivos y al trasvase de información relevante sobre el menor de una familia a otra.

5.11.3 Acogimiento residencial

El art 21 del Anteproyecto lleva por rúbrica *Acogimiento residencial*, novedad que ya de por sí supone una mejora respecto de la rúbrica del vigente art. 21 que se refiere utilizando un término confuso y poco descriptivo a los *servicios especializados*.

Pasando a analizar el contenido de este art. 21 puede, como comentario general, constatarse que establece un marco para los centros de protección más detallado que el del vigente art. 21, que peca de excesiva parquedad.

En primer lugar, parece muy adecuada la inclusión en el apartado primero del proyectado art. 21 de un elenco de principios generales a los que deben someterse todos los centros de protección de menores. Se consideran pertinentes



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

los principios que se establecen. No obstante, se proponen las siguientes modificaciones:

El principio h) dispone que *administrarán medicamentos a los menores bajo prescripción y seguimiento médico, de acuerdo con la praxis profesional sanitaria.*

Una formulación más precisa y adecuada sería la de que *los medicamentos que, en su caso, precisen los menores, serán administrados bajo prescripción y seguimiento médico, de acuerdo con la praxis profesional sanitaria.*

Debiera igualmente modificarse el principio enunciado bajo la letra j), conforme al que *potenciarán las salidas de los menores con familias alternativas en fines de semana y períodos vacacionales.* En este punto la redacción propuesta no responde sólo a motivos formales: el Anteproyecto parece ignorar que es muy frecuente que los menores internados en centros de protección, sobre todo cuando no están declarados en desamparo sino que se encuentran en guarda voluntaria, tengan salidas en fines de semana y vacaciones con su familia biológica, no con familias alternativas.

Una redacción respetuosa con este planteamiento sería la siguiente: *potenciarán las salidas de los menores en fines de semana y períodos vacacionales con sus familias de origen o cuando no fuese posible o procedente, con familias alternativas.*

El apartado tercero introduce un novedoso principio de preferencia del acogimiento familiar sobre el residencial intensificado cuando de menores de seis años se trata y potenciado aún más para los menores de tres años. No puede sino considerarse acertada la previsión, pues existe general consenso en los especialistas en cuanto a los graves inconvenientes que la institucionalización de menores de corta edad presenta. Se sugiere únicamente que se modifique -por



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

ser quizás demasiado coloquial y redundante- la expresión *salvo en supuestos muy excepcionales de imposibilidad debidamente acreditada*, por *salvo en supuestos de imposibilidad debidamente acreditada*. Parece claro que los supuestos de imposibilidad debidamente acreditada serán siempre excepcionales.

El apartado quinto proyectado atribuye al Fiscal la función de *ejercer su vigilancia sobre las decisiones de acogimiento residencial que se adopten, así como sobre todos los servicios y centros de acogimiento residencial*. Parece que el Prelegislador quiere potenciar esta importante competencia del Ministerio Fiscal, a la que se aplican muchos esfuerzos institucionales y que ha sido objeto de una minuciosa regulación interna, contenida en la Instrucción 3/2008, de 30 de julio sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores, en la Circular 8 /2011, de 17 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de protección de menores y en el Protocolo de Inspección a Centros de Protección de menores.

Debe en este punto recordarse que el Libro Blanco del Ministerio Fiscal recientemente presentado, tras diagnosticar que las labores de inspección en este ámbito se ven dificultadas por la falta de coordinación de los servicios, la falta de dedicación exclusiva de los Fiscales a la materia, la pluralidad y dispersión de centros y su diferente tipología, realizó la siguiente propuesta: *se propone que las inspecciones de los centros de protección de menores se puedan llevar a efecto por el Fiscal, auxiliado por un miembro del Equipo Técnico adscrito a la Sección de Menores de la Fiscalía, a fin de analizar los Proyectos Educativos Individualizados, el Proyecto Educativo de Centro y el Reglamento Interno, entre otros puntos*.

Entendemos que esta sugerencia debiera tener reflejo en la regulación proyectada.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

5.11.4 Programas de preparación para la vida independiente

Es también novedosa la regulación de las obligaciones de la Entidad Pública respecto de los menores protegidos que alcanzan la mayoría de edad. La previsión del art. 22 bis sale al paso de una laguna que había sido objeto de denuncias, pues parece claro que el mero hecho de sobrepasar el límite cronológico de los 18 años no convierte automáticamente en autónomo a quien un día antes no lo era. En muchos casos estos programas de continuidad son absolutamente fundamentales para que el trabajo desplegado durante la minoría de edad no se pierda y para seguir manteniendo una estructura de apoyo al joven recién alcanzada la mayoría de edad.

La generalización de estos programas de emancipación a nivel nacional fue una propuesta de la Comisión del Senado (2008-11). El plan específico debería trabajarse precozmente desde el mismo momento que queda patente la imposibilidad de retorno a la familia biológica y que el menor alcanzará la mayoría de edad en acogimiento familiar o residencial, y debería contar con la eventualidad tanto de emancipación como de permanencia en el programa varios años después de los 18 años hasta finalizar estudios o lograr una inserción socio-laboral.

Debería sustituirse la expresión "los jóvenes podrán estar incluidos en estos programas" por "los jóvenes estarán incluidos en estos programas...".

La permanencia en el programa a partir de los 18 años debe contar con el compromiso de participación activa y aprovechamiento por parte del interesado. Sería bueno incluir ciertas garantías en relación con el efectivo aprovechamiento del recurso.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

5.11.5 Sistema de información

La total descentralización del sistema de protección hace necesario establecer algunos cauces de comunicación de las entidades de las CCAA y de la Administración General del Estado.

En esta línea, el Anteproyecto de 7 de julio de 2011 introdujo un art. 22 ter que tímidamente disponía que *las entidades públicas y la Administración General del Estado establecerán un sistema de información estadístico que permita el conocimiento y el seguimiento de la situación de la protección a la infancia en España.*

El art. 22 ter del Anteproyecto de 2014 profundiza de forma más decidida en esta dirección y establece, de forma correcta, que *las Comunidades Autónomas y la Administración General del Estado establecerán un sistema de información compartido que permita el conocimiento uniforme de la situación de la protección a la infancia en España, y de ofrecimientos para el acogimiento y la adopción, tanto a efectos de seguimiento de las medidas concretas de protección de menores como a efectos estadísticos.*

Sería útil la previsión de un registro centralizado de familias en proceso de acogimiento y adopción, en el que se inscribieran todos los que en una u otra lesitura hubieran obtenido declaración de idoneidad, para facilitar el acogimiento o adopción en todo el territorio, sin limitaciones al de una concreta comunidad autónoma, tal como recomendaba la Comisión del Senado (2008-2011) atendiendo a las posibilidades de resolver la escasez de familias acogedoras en un comunidad, con la mayor abundancia en otra colindante.

En todo caso, las previsiones no deberían detenerse en el acopio de información compartida y la elaboración de estadísticas, siempre imprescindibles. La complejidad del sistema de protección que involucra instancias locales y autonómicas muy



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

diversas, y la necesidad de avanzar en el grado de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley de todos los ciudadanos afectados, demanda el estudio y análisis de la eficacia y calidad del sistema en su conjunto y de los recursos humanos y materiales de que dispone, con participación de los técnicos de la administración, los directores de los centros, las familias acogedoras y las entidades colaboradoras y las asociaciones relacionadas. El análisis debería incluir estadísticas de menores acogidos en las distintas modalidades, familias en procesos de acogimiento y adopción, niveles de agilidad de estos procesos y grado de eficacia de los mismos, y realizarse periódicamente a nivel provincial, autonómico y estatal.

La Comisión del Senado (2008-2011) planteaba la "necesidad de una mayor coordinación de los agentes implicados, que permitiera la homologación de procesos y estándares de calidad, así como el intercambio de datos y de buenas prácticas y experiencias".

6.11.6 El índice de tutelas

El vigente art. 23 de la LOPJM dispone que para el ejercicio de la función de vigilancia de la tutela que atribuyen al Ministerio Fiscal los arts. 174 y 232 del Código Civil, se llevará en cada Fiscalía un Índice de Tutelas de Menores.

Con la referencia a los arts. 174 y 232 se establecía un índice con contenidos heterogéneos: tutelas administrativas/automáticas y tutelas ordinarias. Esta heterogeneidad redundaba en cierta disfuncionalidad.

El proyectado art. 23 dispone que para el ejercicio de la función de vigilancia de tutela asumida por la Entidad Pública por ministerio de la ley que atribuye al Ministerio Fiscal el Código Civil, se llevará en cada Fiscalía un Índice de Tutelas de Menores.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

La delimitación del objeto del Índice de Fiscalía centrándolo en las tutelas administrativas/automáticas responde a criterios de racionalidad y debe por tanto considerarse acertada.

6. ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL CÓDIGO CIVIL

6.1 Normas de derecho internacional privado

El Anteproyecto modifica los apartados 4,6, y 7 del artículo 9 del CC e introduce un párrafo segundo en el apartado sexto con el siguiente contenido:

La protección de las personas mayores de edad se regirá por la ley de su residencia habitual. En el caso de cambio de la residencia a otro Estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual. Será de aplicación, sin embargo, la ley española para la adopción de medidas provisionales o urgentes de protección.

Debe sobrentenderse que el precepto se refiere a las personas adultas necesitadas de algún tipo de protección y apoyo por razón de su discapacidad.

Mercede una acogida favorable la determinación como ley aplicable la de la residencia habitual de aquellas, viniendo a solventar importantes problemas en la materia.

En relación con la protección de personas mayores debe traerse a colación la propuesta contenida en la Memoria de la Fiscalía Provincial de Gipuzkoa correspondiente al año 2013, que el Consejo Fiscal hace suya: *durante el año 2013, como consecuencia de la situación geográfica fronteriza de la provincia de*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Gipuzkoa se han puesto de manifiesto, de nuevo, importantes problemas y dificultades para lograr la protección de personas con discapacidad – incapacitados o no judicialmente – que en momentos de inestabilidad, fundamentalmente en casos de enfermedad mental, abandonan territorio español con destino a Francia u otros países pertenecientes a la Unión Europea. La falta de un mecanismo de cooperación judicial específico en esta materia a nivel europeo (para la adopción rápida de medidas de protección de personas adultas), tal y como existe en otros ámbitos como es el caso de las cuestiones relativas al matrimonio, familia y protección de menores, determina la impotencia de nuestros órganos jurisdiccionales para poner en marcha de forma ágil y eficaz medidas cautelares a ejecutar en el territorio donde se encuentra la persona afectada. A tal efecto, los protocolos de cooperación policial para la puesta en custodia derivados del artículo 97 del Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 se muestran absolutamente insuficientes para garantizar la protección de estas personas que en la mayor parte de las ocasiones se sitúan en situaciones de riesgo y de extrema vulnerabilidad. La misma insuficiencia, en orden a obtener una protección ágil y eficaz, se pone de manifiesto en relación con los mecanismos de colaboración consular derivados del Convenio de Viena de 24 de abril de 1963. En este sentido no podemos dejar de llamar la atención sobre la necesidad y oportunidad de que el Reino de España ratifique el Convenio de la Haya de 13 de febrero de 2000 sobre protección internacional de adultos, del que ya es parte Francia, entre otros estados europeos, ya que el referido texto internacional establece normas de competencia, legislación aplicable y mecanismos de cooperación judicial rápida, directa y eficaz para la protección de las personas adultas con discapacidad que se encuentran en situación de desamparo en el territorio de un estado parte en el mismo.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

6.2 Acciones de filiación

6.2.1 Acciones de reclamación de la paternidad no matrimonial en los casos de inexistencia de posesión de estado

La regulación proyectada trae causa en la declaración de inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 133 CC, por impedir al progenitor no matrimonial la reclamación de la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado (SSTC nº 273/2005, de 27 de octubre y 52/2006, de 16 de febrero).

El art. 133 proyectado otorga conforme a la doctrina sentada por el TC, legitimación al progenitor no matrimonial para ejercer la acción de reclamación de la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado, desde el año a contar desde que tuviese conocimiento de las pruebas en que haya de basar su reclamación. La solución propuesta parece satisfactoria, pues llega -a través de la introducción de un plazo de caducidad- a un punto de equilibrio entre los postulados de la seguridad jurídica, tan necesaria en relación con la filiación, y las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva.

Así, la STC nº 273/2005, de 27 de octubre declara que "la privación al progenitor de la posibilidad de reclamar una filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado no resulta compatible con el mandato del art. 39.2 CE de hacer posible la investigación de la paternidad ni, por ello, con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción... la apreciación de la inconstitucionalidad de la insuficiencia normativa del precepto cuestionado exige que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática...el que regule con carácter general la legitimación de los progenitores para reclamar la filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado, con inclusión, en su caso, de los requisitos



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

que se estimen pertinentes para impedir la utilización abusiva de dicha vía de determinación de la filiación, siempre dentro de límites que resulten respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)".

6.2.2 Acciones de impugnación de la paternidad matrimonial

La regulación proyectada deriva de la declaración de inconstitucionalidad del primer párrafo del art. 136 CC, que dispone que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empieza a correr aunque el marido ignore no ser el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil (SSTC nº 138/2005, de 26 de mayo y 156/2005, de 9 de junio de 2005).

El art. 136 proyectado otorga legitimación al marido, que pese a conocer el hecho del nacimiento de quien ha sido inscrito como hijo suyo, desconociera su falta de paternidad biológica, dándole un plazo de un año desde que tuviera tal conocimiento. La STC nº 138/2005, de 26 de mayo declaró que "el art. 136 CC cercena el acceso a la jurisdicción del padre que descubre no serlo una vez transcurrido un año desde la inscripción registral de la filiación, sin que esa limitación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) guarde proporcionalidad con la finalidad perseguida de dotar de seguridad jurídica a la filiación matrimonial. La imposición al marido de una paternidad legal que, sobre no responder a la realidad biológica, no ha sido buscada (como ocurre en los casos de adopción y de inseminación artificial) ni consentida conscientemente, sino impuesta por una presunción legal (art. 116 CC), que siendo inicialmente iuris tantum (ATC 276/1996 de 2 de octubre) sin embargo, transcurrido un año desde la inscripción de la filiación, conocido el nacimiento, se transforma en presunción iuris et de iure, resulta incompatible con el mandato constitucional de posibilitar la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

investigación de la paternidad (art. 39.2 CE) y, por extensión, con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), así como con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su dimensión de acceso a la jurisdicción”.

Finaliza la sentencia reseñada declarando que “la inconstitucionalidad apreciada exige que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (STC 55/1996, de 28 de marzo.), el que trace de forma precisa, en aras de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) el dies a quo del plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial prevista en el art. 136 CC, dentro de cánones respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva”. Entendemos que con la reforma proyectada se da cumplimiento al mandato del TC.

6.2.3 Acciones del hijo para impugnar la paternidad

Se modifica también el art. 137 CC, para ampliar las posibilidades del hijo de impugnar la paternidad, permitiendo ejercer las acciones en el plazo de un año desde que conociere la falta de paternidad biológica. Debe no obstante llevarse a cabo una profunda rectificación en la formulación, pues la redacción es notoriamente defectuosa.

A estos efectos dispone el apartado segundo del proyectado art. 137 que:

Si el hijo, pese a haber transcurrido más de un año desde la inscripción en el registro, su mayoría de edad o la recuperación de la capacidad suficiente a tales efectos, desconociera la falta de paternidad biológica de quien aparece como su



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

progenitor, el cómputo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento.

Se propone como redacción alternativa la siguiente:

Podrá igualmente el hijo impugnar la paternidad en el plazo de un año a partir del momento en que conociere que quien aparece como tal no es su progenitor biológico.

6.2.4 Impugnación de reconocimientos

Se modifica igualmente el art. 138 para equiparar el tratamiento de la impugnación de los reconocimientos que determinan la filiación matrimonial con el tratamiento de la impugnación de los reconocimientos que determinan la filiación no matrimonial, innovación que parece correcta.

6.2.5 Impugnación de la filiación en supuestos de falta de posesión de estado

Aunque el Anteproyecto aparentemente reformula completamente el texto del art. 140, en realidad se limita a dar una nueva redacción al párrafo tercero que en la actualidad dispone que *los hijos tendrán en todo caso acción durante un año después de haber llegado a la plena capacidad*. El texto del Anteproyecto es el siguiente: *los hijos tendrán en todo caso acción durante un año después de alcanzar la mayoría de edad o recobrar capacidad suficiente a tales efectos*. Entendamos que la modificación de esta disposición es innecesaria.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

6.3 Patria potestad

Las modificaciones introducidas en el art. 154, precepto que abre la regulación de la patria potestad, es meramente terminológica, introduciendo el término asumido en el ámbito de la Unión Europea de *responsabilidad parental*.

6.4 Medidas urgentes en protección de los menores

El art. 158 CC es, desde el punto de vista procesal, un precepto clave en el Derecho de Menores.

Este precepto fue modificado por la disposición final 4ª de la LOPJM, habiendo sido reubicado con posterioridad por el art. 6.2 de Ley Orgánica 9/2002, de 10 diciembre.

La LOPJM amplió el ámbito de aplicación de la norma a todos los menores, y a situaciones que exceden del ámbito de las relaciones paterno-filiales, haciéndose extensivas a las derivadas de la tutela y de la guarda, estableciendo la posibilidad de que el Juez las adopte con carácter cautelar al inicio o en el curso de cualquier proceso civil o penal, fortaleciendo el principio de celeridad en todos los procedimientos tanto administrativos como judiciales que afectan a menores para evitar perjuicios innecesarios que puedan derivar de la rigidez de aquéllos.

La Circular 1/1998, de 24 de octubre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar disponía que el precepto representa una *fuentes innominada de medidas cautelares para el menor, adoptables en cualquier jurisdicción*.

El Anteproyecto en primer lugar modifica la legitimación para promover las medidas del art. 158. En el texto vigente se concede legitimación al propio hijo, a cualquier pariente y al Ministerio Fiscal, además de permitir la actuación de oficio



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

del propio Juez, civil o penal. El texto proyectado, con buen criterio, legitima ahora además a la Entidad Pública en relación con los menores que estén bajo su guarda o tutela y al tutor. Se modifica igualmente la mención al hijo, para referirse, con mayor propiedad, al menor. Parece que está plenamente justificada tal ampliación.

En el capítulo de las medidas susceptibles de ser adoptadas también se produce una ampliación, incluyéndose las medidas de prohibición de aproximación y comunicación.

Esta ampliación era algo también reclamado desde las instituciones de protección pues la realidad ha puesto de manifiesto supuestos en los que los padres con la patria potestad suspendida por efecto de la tutela automática perturbaban el normal desenvolvimiento de la medida de protección. Pese a la amplitud de las posibilidades que el art. 158 CC abre, el mismo no puede servir como título habilitador para la adopción de medidas limitadoras de derechos fundamentales, es decir, no puede transformarse el art. 158 en fuente de medidas cautelares penales personales pues ello sin duda conculcaría los límites impuestos a estas medidas por el principio de legalidad. Por ello, era imprescindible incorporar estas medidas de prohibición de aproximación y de comunicación.

Con el texto vigente es jurídicamente posible que el Fiscal pida y el Juez Instructor acuerde el internamiento de un menor en centro de protección, cuando en el curso de un proceso penal se ponga de relieve una situación de grave riesgo, sin perjuicio de comunicar tal decisión a la Entidad Pública de Protección de menores para que adopte una resolución con vocación de permanencia sobre un posible desamparo. En el texto proyectado se añade al final del apartado primero del art. 158 CC que *en caso de posible desamparo del menor, el*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública. Es claro que con el régimen vigente este proceder es el procedente, pues si hay desamparo debe adoptarse una medida permanente y no es correcto mantener una medida provisional como es la del art 158. No obstante, es adecuado que expresamente se haga constar en el art. 158 CC para evitar olvidos.

El apartado segundo del art. 158 proyectado dispone que si se tratara de menores que estén bajo la tutela de la Entidad Pública, estas medidas solo podrán ser acordadas de oficio, o a instancia de ésta, del Ministerio Fiscal o del propio menor.

*Esta previsión nos parece perturbadora y carante de justificación. No se explica en la Exposición de Motivos y no alcanzamos a comprender su finalidad. Desde el momento en el que el Juez puede adoptar medidas de oficio, carece de utilidad excluir la legitimación para pedirles de los padres, tutores o cualquier otro pariente. Suponemos que el Prelegislador lo que pretende es que no se utilice la vía del art. 158 CC para, fraudulentamente, sustituir el procedimiento específico que debe seguirse para oponerse a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores por éste otro. Pero para lograr este objetivo, el ordenamiento jurídico ya confiere al Juez instrumentos suficientes, por lo que entendemos no es necesario una disposición *ad hoc* restrictiva de la legitimación de padres, tutores y parientes. Por ello entendemos que debe suprimirse sin más este apartado.*

El apartado 3 del precepto debería completarse con la mención expresa de la necesidad de oír al menor que tenga condiciones de madurez y en todo caso, al mayor de 12 años, antes de adoptar cualquiera de estas medidas.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

6.5 Suspensión o limitación administrativa del derecho a relacionarse con los hijos

Es de gran trascendencia la modificación que el Anteproyecto introduce en el art. 160 CC: el apartado primero dispone que *aunque los progenitores no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho a relacionarse con sus hijos menores, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161.*

Esta disposición se ve complementada por lo dispuesto en el nuevo art 161 que dispone que *cuando el menor se encuentre en situación de tutela o guarda administrativa, el derecho que a sus padres, hermanos, abuelos y demás parientes corresponda para visitarle y relacionarse con él, se establecerá, regulará o suspenderá por la Entidad Pública, en virtud de resolución motivada, atendidas las circunstancias y el interés del menor. A tal efecto, el Director del centro de acogimiento residencial o la familia acogedora u otros agentes o profesionales implicados informarán a la Entidad Pública de cualquier indicio de los efectos nocivos de estas visitas sobre el menor.*

El texto vigente establece que *los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial.*

Con el régimen vigente se ha discutido hasta la saciedad en torno a si la Entidad Pública –habilitada para declarar a un menor en desamparo– podía regular o suprimir el derecho de visitas de los padres suspendidos en el ejercicio de la patria potestad.

La cuestión objeto de análisis venía preocupando a los Fiscales encargados de los servicios de protección. Esta preocupación sugirió la conveniencia de abordar



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

el tema en las Jornadas de Fiscales Delegados de Menores de Alcalá de Henares en octubre 2010. En ellas se analizó detalladamente el estado de la cuestión en el ámbito doctrinal y jurisprudencial, analizando la normativa autonómica - parcialmente divergente con el CC - y las posibles interpretaciones de las normas del Código Civil relativas al tema. Tras los debates de rigor entre los Srs. Fiscales Delegados, se obtuvieron, -el criterio de los asistentes fue unánime en este punto-, las Conclusiones que se difundieron como criterio de la especialidad, previa aprobación del Fiscal General del Estado en diciembre de 2010. Entre otras, se aprobó la conclusión de que *la Entidad Pública, competente para la declaración de desamparo como medida de separación radical, debe considerarse también, salvo disposición legal en contra, competente para fijar razonadamente - y en su caso modificar - el régimen de visitas y contactos del menor con su familia.*

La Circular de la FGE 8/2011, de 16 de noviembre, sobre *criterios de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección jurídica de menores de edad*, en su apartado VI y conclusiones tomó posición sobre este punto, inclinándose por entender que la Entidad Pública podía regular y suspender el derecho de visitas de los padres suspendidos en el ejercicio de la patria potestad. Concretamente se concluyó con que *debe reconocerse la competencia de la Entidad Pública de Protección para adoptar las medidas necesarias en beneficio e interés del menor en relación con el derecho de visitas, quedando a salvo el preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, cuando los interesados ejerciten sus acciones de oposición a aquélla, y sin perjuicio de la intervención supervisora del Ministerio Fiscal.*

Sin embargo, con posterioridad la STS (Sala Primera) nº 663/2013, de 6 de noviembre, interpretando el art. 161 CC y estimando el recurso, declara de exclusiva competencia judicial la suspensión del derecho de visitas de los padres



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

biológicos con sus hijos menores de edad cuando están tutelados por la Administración tras la declaración de desamparo.

Tras la decisión de suspender el régimen ordinario de visitas de los menores declarados en desamparo con sus padres biológicos, se encuentran generalmente graves riesgos y urgentes necesidades de estos niños. Frente a la dilación que para su atención comporta todo procedimiento judicial –incluidos los de Jurisdicción Voluntaria que ordinariamente demoran su decisión entre 5 y 6 meses– esas mismas necesidades demandan la intervención inmediata y ejecutiva de los actos de la Administración tutora, siempre sujetos –por supuesto– a supervisión del Fiscal y a revisión judicial por la vía de las oposiciones previstas en los arts. 779 y concordantes de la LEC.

La fundamentación de la STS nº 663/2013 sobre la aparente literalidad del art. 161 CC desconocía los criterios generales de los sistemas de protección que ofrece el Derecho comparado y los ejemplos de todos los países de nuestro entorno. Se apoya en una interpretación asistemática del precepto y carece de la solidez de los argumentos expuestos en la Circular 8/2011.

No pueda por tanto más que aplaudirse la reforma proyectada, que viene a consagrar el criterio mantenido por la Fiscalía General del Estado, aclarando una cuestión oscura e incrementando la seguridad jurídica en un ámbito tan extremadamente delicado.

Entendemos no obstante que esta habilitación a la Entidad Pública para regular las visitas, plenamente justificada cuando ha asumido la tutela automática del menor, no concurre cuando sólo ha asumido la guarda del mismo a petición de los padres. Esta diferencia debiera expresamente hacerse constar en el art. 161. En estos casos los padres siguen conservando la titularidad y el ejercicio de la patria potestad, por lo que entendemos no puede unilateralmente la Entidad Pública



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

suspender el derecho a relacionarse con su hijo. Consideramos igualmente que debiera preverse la notificación de las resoluciones que suspenden el derecho de visitas al Fiscal y que debe hacerse expresamente mención a la posibilidad de recurrir la resolución de la Administración.

Proponemos por tanto la siguiente redacción:

La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores podrá regular las visitas que correspondan a los padres y abuelos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo, pudiendo acordar, en interés del menor, la suspensión motivada de las mismas, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal.

La resolución administrativa que suspenda temporalmente el derecho de visitas deberá estar debidamente motivada y habrá de ser notificada al afectado, pudiendo ser judicialmente impugnable conforme a lo previsto en el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

6.6 Novedades en la declaración de desamparo

6.6.1 Guarda provisional

En el apartado cuarto del art. 172 proyectado se regule una guarda provisional como preparatoria de la asunción de la tutela automática. La previsión es lógica, pues a veces se carece de datos suficientes para adoptar una decisión sobre el desamparo. El riesgo de que esta guarda provisional se cronifique está debidamente conjurado con la previsión de que su duración no puede exceder de tres meses y con el establecimiento de la obligación del Fiscal de promover transcurrido tal plazo las acciones procedentes.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

6.6.2 Cese de la tutela

Con carácter novadoso, el apartado quinto del proyectada art. 172 regula las causas del cese de la situación de desamparo.

Nada hay que objetar al cese por desaparición de las causas que motivaron su asunción. No obstante, debiera mejorarse la redacción, pues no se trata de que la Entidad Pública "observe" la desaparición de las causas, sino que lo constate mediante los correspondientes informes.

Tampoco cabe objetar nada al cese por la concurrencia de los supuestos previstos en el artículo 276, en los que se recogen los supuestos en los que cesa la tutela ordinaria y que, concuiriendo la misma ratio, también deben aplicarse a la tutela automática. Únicamente se entiende que debiera hacerse referencia también al supuesto previsto en el art 277.1, que ha de ser también aplicable a la tutela automática (*también se extingue la tutela...cuando habiéndose originado por privación o suspensión de la patria potestad, el titular de éste la recupere*).

En la letra c) del precepto comentado se establece como causa de cese que *hayan transcurrido 6 meses desde que el menor abandonó voluntariamente el centro de protección, encontrándose en paradero desconocido, a pesar de haberse realizado las oportunas investigaciones y haberse puesto en conocimiento del Fiscal y de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad.*

Esta previsión es más discutible. De hecho, algunas Entidades Públicas la han aplicado pese a la falta de cobertura legal.

La Circular 9/2011 abordó este punto en los siguientes términos: "si un menor desamparado que está recibiendo atención en un centro se fuga del mismo, no es



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

que desaparezca el desamparo, sino que bien al contrario, su situación de vulnerabilidad se incrementa exponencialmente. En estas circunstancias, acordar el cese de la tutela es objetivamente una decisión contraria al superior interés del menor. Por ello es preciso promover la erradicación de la práctica en ocasiones detectada consistente en que cuando un menor se fuga del centro de protección, la Entidad Pública dicta una resolución declarando extinguida la tutela. *La extinción de la tutela solo es posible por las causas establecidas en el Código Civil, por lo que la Comunidad que en su día asumió la tutela debe seguir desempeñándola, aunque el menor sea localizado en una Comunidad distinta, sin perjuicio de que pueda ejercerse la guarda por delegación en una Entidad Pública distinta en virtud de acuerdos entre Comunidades. Cuando sea notificada la resolución de extinción de la tutela automática, los Sres. Fiscales deben desplegar un control riguroso de la fundamentación de la misma. Ha de tenerse presente que la tutela, conforme al art. 172.1 CC, es provisional y subsiste en tanto no cese la situación de desamparo. Puede extinguirse también cuando se alcanza la mayoría de edad, por constitución de tutela ordinaria (art. 239.2º CC) o por adopción. Sin embargo, la localización del menor, el haberse fugado u otras circunstancias análogas no justifican la extinción de la tutela. Antes bien, tales fugas exigen una actuación diligente del tutor, en este caso, de la Entidad Pública, en la que como mínimo se pongan los hechos en conocimiento de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, junto con todos los datos identificadores del menor y de sus circunstancias familiares, a fin de que se practiquen todas las gestiones posibles para la localización del fugado. Por consiguiente, como regla general, deben ser impugnadas las resoluciones por las que la Entidad Pública de Protección de Menores declare extinguida la tutela legal en base a que el menor desamparado se ha fugado y colocado en paradero desconocido*.*

Entendemos, por las razones expuestas en la Circular 9/2011, que no debiera preverse como causa de cese el abandono voluntario del centro.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

6.6.3 Inicio del procedimiento de adopción

El párrafo quinto del apartado segundo del art. 172 proyectado dispone que durante ese plazo de dos años la Entidad Pública, ponderando la situación y poniéndola en conocimiento del Ministerio Fiscal, podrá adoptar cualquier medida de protección, incluida la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen, siempre que no esté pendiente de resolverse la oposición contra la resolución administrativa que acordó la declaración del desamparo.

El Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia establece la prioridad de las medidas de protección estables frente a las temporales. Entre las medidas estables destaca, sin duda, la adopción, que permite al menor integrarse de forma plena y definitiva en un entorno familiar alternativo.

En armonía con esta previsión, el proyectado apartado segundo del art. 172 CC faculta a la entidad pública a adoptar cualquier medida de protección, incluida la propuesta de adopción, durante el plazo de dos años en el que los padres pueden pedir la revocación del desamparo. Con ello se pretende que sea el pronóstico de retorno a la familia de origen y no el mero paso del tiempo el que guie la toma de decisiones en el ámbito de protección. La filosofía subyacente es la de que cuando existen elementos de juicio suficientes para estimar que la separación del menor de su familia biológica es definitiva e irreversible pueda iniciarse sin más dilación la integración en una familia adoptiva.

Como expresara la Circular 1/2008 el Legislador parte de que aunque sea cierta la causa de desamparo, se ha de dar a los padres biológicos la oportunidad de



PISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

superar los obstáculos que les impidieron ejercer adecuadamente sus deberes y, consiguientemente, recuperar la plenitud de la patria potestad en un tiempo razonable. Este tiempo razonable se fija en dos años, durante el que pueden promover la revocación. Ello lleva a la consecuencia lógica de que en principio, en tanto transcurre el plazo de dos años, no debieran adoptarse decisiones sobre el menor incompatibles con una posible reinsertión en la familia biológica: adopciones o acogimientos preadoptivos... Pero ello sólo es una pauta general. Habrán de partir los Sres. Fiscales de que este plazo de dos años previsto para reclamaciones de los padres biológicos no tiene porqué ser obstáculo para la constitución de acogimientos preadoptivos o adopciones inmediatas, si de los informes consta la irreversibilidad de la situación de los padres para cuidar adecuadamente de los hijos. Tal irreversibilidad puede inferirse de múltiples factores, y así, ad exemplum, puede hacerse referencia a hijos nacidos tras la declaración de desamparo -dictada años atrás y no impugnada- de sus hermanos; cuando la Entidad Pública constata que la incapacidad de los padres es crónica; cuando median causas de enfermedad persistente y grave que imposibilite para el desempeño de la patria potestad, etc.

El Anteproyecto, pese a ello, introduce una condición para que pueda elevarse propuesta de adopción: que no esté pendiente de resolverse la oposición contra la resolución administrativa que acordó la declaración del desamparo. En la práctica, esta condición puede, en muchos casos, obligar a la entidad pública a dejar transcurrir el periodo de dos años desde el desamparo antes de proponer una adopción, considerando que usualmente las demandas de oposición a resoluciones administrativas en materia de protección de menores no quedan resueltas hasta que recaee un pronunciamiento judicial en segunda instancia.

Esta cautela puede suponer que en casos irreversibles en los que la vuelta a la familia biológica esté totalmente descartada pero en los que se haya formulado



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

oposición al desamparo o se haya pedido su revocación y se encuentre *subiudice* los menores no podrán iniciar la conveniencia con la que probablemente sea su futura familia hasta que no exista un pronunciamiento definitivo sobre el desamparo.

Se propone eliminar la restricción citada, de manera que si la entidad pública estima suficientemente fundada la irreversibilidad de la separación del menor de su familia de origen pueda elevar propuesta de adopción, aun cuando esté pendiente de resolución la oposición a la declaración de desamparo, y con ello ceder la guarda a la familia asignada para su adopción, con la que el menor permanecerá en tanto se tramita el procedimiento judicial de constitución de la adopción y el procedimiento de oposición o de revocación a la resolución de desamparo. Si por el estado de los autos procede la acumulación, esta será la vía adecuada para ordenar la tramitación de los dos procedimientos (el de oposición o revocación del desamparo y el del art 753 LEC, previsto para decidir si es o no necesario el asentimiento de los padres biológicos, esto es si están o no incurso en causa de privación de la patria potestad). Si por las fases en la que los mismos se encuentren no es posible, habrá de suspenderse la tramitación de los autos de adopción hasta que recaiga la correspondiente resolución en el procedimiento de oposición o de revocación del desamparo. Si se acepta la propuesta planteada, debiera preverse expresamente esta posibilidad de acumulación.

Por todo ello, se propone modificar el artículo Doce del Anteproyecto, de manera que el último párrafo del artículo 172.2 de Código civil quede redefinido como sigue:

Durante ese plazo de dos años la Entidad Pública, ponderando la situación y poniéndola en conocimiento del Ministerio Fiscal, podrá adoptar cualquier medida



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

de protección, incluida la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen.

Es positiva la mención, en el contexto fáctico que contemple este artículo, de la posibilidad de que el Ministerio Fiscal o la Entidad Pública promuevan, si procede, la privación de la patria potestad o remoción de la tutela, que ya sugería la Circular 1/2008 sobre limitaciones temporales a la impugnación de las resoluciones administrativas de protección tras la Ley de Adopción Internacional 54/2007, para habilitar con mayor antelación y seguridad jurídica la posibilidad de soluciones estables y definitivas para los menores en los casos en que desde el primer momento cabe descartar el reintegro del menor con sus padres.

6.7 Novedades en la guarda voluntaria

El Anteproyecto dedica un artículo específico a esta institución. En el texto vigente del Código Civil la materia se regula en el apartado segundo del art. 172, precepto regulador de la declaración de desamparo. Parece muy conveniente dedicar a esta materia un artículo específico, pues tiene sustantividad propia.

El proyectado art. 172 bis introduce como principal novedad la de que el tiempo de la guarda "no podrá sobrepasar el previsto por la ley como plazo máximo de cuidado temporal del menor. Transcurrido el mismo 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, ser declarado en situación legal de desamparo".

Parece claro que la guarda no debe perpetuarse en el tiempo, por no ser en principio acorde al superior interés del menor una medida de esta naturaleza. El precepto se remite al plazo "previsto por la ley como plazo máximo de cuidado



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

temporal del menor". A continuación se da a entender que este plazo puede ser prorrogado pero no se especifica la duración de esta prórroga.

El plazo y la posibilidad de prórroga se regulan en el proyectado art. 19 LOPJM, a cuyo comentario nos remitimos. No obstante, desde un punto de vista lógico y sistemático, escindir el marco general de la guarda voluntaria en dos preceptos, uno de la LOPJM y otro del CC no parece la solución más racional. Sería preferible unificar todo bien en la LOPJM, bien en el CC.

6.8 Acogimiento residencial y acogimiento familiar

El apartado tercero del art. 172 vigente dispone que *la guarda asumida a solicitud de los padres o tutores o como función de la tutela por ministerio de la ley, se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial.*

El Anteproyecto introduce un art. 172 ter que en su apartado primero establece que la guarda se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo éste posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial.

Se introduce por tanto la novedad de, como principio general, considerar preferente el acogimiento familiar frente al residencial, lo que merece un juicio positivo pues existe un consenso generalizado en la preferencia de las alternativas en familia, como opción deseable para el acogimiento de los menores.

El acogimiento familiar de urgencia previsto en el art. 173 bis 2. a) se orienta a sustituir las llamadas casas cuna para niños de corta edad. La legislación



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

autonómica establece sus condiciones con mayor precisión y sería bueno unificarlas en el CC en evitación de criterios dispares respecto de un acogimiento familiar de bebés y niños muy pequeños que deba aproximarse o identificarse con el acogimiento especializado por su exigencia en cuanto disponibilidad de los acogedores y a la necesidad de apoyos reforzados.

6.9 Salidas de fines de semana o de vacaciones con familias alternativas

Se abordan, con carácter novedoso, las salidas de fines de semana o de vacaciones con familias alternativas, previsión que hasta ahora no estaba contemplada y que generó bastantes problemas prácticos. En efecto, no existe regulación legal específica para la delegación de guarda en períodos cortos, como vacaciones o fines de semana, en los que, manteniéndose la responsabilidad de las Entidades Públicas de Protección de Menores, puedan colaborar familiares o personas individuales en esta guarda transitoria de los menores durante esos períodos reducidos, sin cambiar la medida protectora que se le está aplicando al menor. Por tanto, y con carácter previo, debe subrayarse lo conveniente de establecer una regulación *ad hoc*.

La previsión es acertada, si bien se sugieran tres modificaciones.

El párrafo primero del apartado tercero del art. 172 ter dispone que la Entidad Pública podrá acordar en relación con el menor acogido, cuando sea conveniente para su interés, salidas de fines de semana o de vacaciones con familias alternativas o instituciones dedicadas a estas funciones.

Debiera quedar claro en el texto que estas salidas pueden acordarse, no sólo respecto de menores en acogimiento residencial –que es el supuesto prototípico y



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

al que parece apuntar el Anteproyecto-, sino también al acogimiento familiar, pues en ocasiones los acogedores precisan de esta ayuda.

Por ello, se sugiere como texto alternativo el siguiente:

la entidad pública podrá acordar en relación con el menor en acogida familiar o residencial, cuando sea conveniente a su interés, estancias salidas de fines de semana o de vacaciones con familias alternativas o instituciones dedicadas a estas funciones.

El párrafo segundo del apartado tercero del art. 172 ter dispone que *la delegación de guarda para salidas de fin de semana o vacaciones contendrá los términos de la misma y la información que fuera necesaria para asegurar el bienestar del menor, en especial de todas las medidas restrictivas que haya establecido la Entidad Pública, el Ministerio Fiscal o el Juez.*

La formulación es incorrecta, pues presupone que el Ministerio Fiscal puede acordar medidas restrictivas, cuando lo cierto es que su posición constitucional y su Estatuto Orgánico no le atribuyen tales facultades. El Fiscal puede instar tales medidas, pero no acordarlas por sí. Procede por tanto suprimir tal mención al Fiscal.

Por último, en el inciso último del párrafo segundo del apartado tercero del art. 172 ter dispone que *se preservarán los datos de estos guardadores cuando resulte conveniente para el interés del menor.* Debe tenerse en cuenta que la necesidad o conveniencia de preservar estos datos puede estar fundada en el interés del menor pero pueda también ser necesaria para garantizar la seguridad o la privacidad del guardador. De hecho, será el supuesto ordinario. Por ello entendemos que una redacción más adecuada sería la de que *se preservarán los datos de estos guardadores cuando concorra justa causa.*



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

6.10 Contribución de los padres o tutores en concepto de alimentos

El apartado cuarto del art. 172 ter también introduce una novedad de calado: podrá establecerse por la Entidad Pública la cantidad que deben abonar los padres o tutores para contribuir, en concepto de alimentos y en función de sus posibilidades, a los gastos derivados del cuidado y atención del menor, así como los derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por actos realizados por los mismos.

Estadísticamente cada vez se dan más supuestos en los que en el seno de familias estructuradas, con padres con recursos económicos, se producen situaciones de imposibilidad de convivencia que llevan al punto de que los padres o tutores, solicitan de la entidad pública competente que ésta asuma la guarda del menor.

Muchos de estos casos desembocan en la guarda por la insuficiencia de recursos en el sector privado (centros especializados) para hacerse cargo de estos menores.

En estos supuestos, los padres conservan la obligación de proveer a las necesidades de sus hijos, por lo que deben hacer frente a los gastos que la asunción de la guarda genere en la Entidad Pública.

Entendemos correcta la previsión siempre que lógicamente se aplique a las situaciones que la justifican: supuestos en los que los padres tienen medios



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

económicos suficientes para sufragar tales cantidades. Lo cierto es que no hay motivos para que, especialmente en los supuestos en los que padres con recursos económicos suficientes solicitan de la Entidad Pública que asuma la guarda voluntaria, aquellos queden exentos de tales contribuciones.

En algunas Comunidades Autónomas esto ya se está haciendo aunque no esté expresamente regulado.

6.11 Cese del acogimiento familiar

El apartado cuarto del art. 173 establece las causas de cese del acogimiento familiar. Creemos que debiera seguir manteniéndose el supuesto previsto en el art. 173.4.3 vigente, que contempla como causa de cese la *petición...de los padres que tengan la patria potestad y reclamen su compañía*.

6.12 Modalidades del acogimiento familiar

Se regulan en el art. 173 bis proyectado, de forma mucho más racional que las previsiones vigentes del Código, que se refieren a los acogimientos simples, permanentes y preadoptivos, clasificación poco satisfactoria.

Con mejor criterio se distingue ahora entre acogimiento en la propia familia extensa del menor o en familia ajena, y como subespecie de éste último el acogimiento especializado. Además se distingue entre el acogimiento familiar de urgencia, el temporal y el permanente. Se suprime con acierto la categoría de acogimiento preadoptivo, que como la Exposición de Motivos adelantaba, *en definitiva, es actualmente una fase del procedimiento de adopción*.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

7. FUNCIONES DEL MINISTERIO FISCAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES

Dedicamos un apartado autónomo a la materia por la trascendencia que la misma tiene lógicamente en nuestra Institución.

Debe en este punto traerse a colación las iniciativas que al respecto se contienen en el Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 2014:

En el documento se hizo el siguiente diagnóstico de la situación: debiera profundizarse en la unificación de las secciones de responsabilidad penal de menores y de protección de las Fiscalías y, cuando sea factible, integrar funciones concretas que, en relación con los menores, se vienen desarrollando en otros ámbitos como el civil. A través de esta integración, debiera posibilitarse la intervención de los Equipos Técnicos adscritos a la Sección de Reforma en materia de protección, emitiendo cuando fuera necesario informes de contraste con los elaborados por los técnicos de la Administración...Con carácter general los Informes sobre la situación educativa, social, familiar psicológica de los menores en situación de riesgo o desamparo de los que se sirve el Fiscal proceden de la propia Entidad Pública. No obstante, conceptualmente, al cumplimiento de la función de la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores prevista en el artículo 174, puede hacer necesario que el Fiscal recabe el auxilio de otros peritos ajenos a la Entidad Pública en supuestos en los que puedan existir discrepancias o cuando las solicitudes del Ministerio Público no sean atendidas.

Tras dicho diagnóstico, el Libro Blanco formuló la siguiente propuesta: *a la vista de las importantes y numerosas funciones que la ley atribuye al Fiscal en materia*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

de protección de menores, se propone, en primer lugar, la profundización en el proceso de unificación de las áreas de responsabilidad penal de menores y de protección en una única sección y la necesidad de dotar a estas secciones de un mínimo de medios personales y materiales que permitan a los Fiscales ejercer sus funciones de manera efectiva, evitando que sus esfuerzos queden limitados a un simple voluntarismo carente de operatividad práctica o que su actuación sea meramente simbólica...debe modificarse el artículo 174 CC, en orden a que el Fiscal pueda auxiliarse de otros técnicos distintos de los de la propia Entidad Pública, para mejor valorar el superior interés del menor en los concretos casos en los que sea necesario.

Pues bien, el proyectado art. 174 CC incorpora un apartado cuarto que dispone que *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 competentes.*

Vemos, pues, que se atiende parcialmente una de las propuestas del Libro Blanco, por lo que en este punto la valoración ha de ser positiva. No obstante, entendemos que debiera haberse ido más allá, como también lo fue el Anteproyecto de 2011. Se propone que se asuma la redacción del el Anteproyecto de 2011:

***4. Para el cumplimiento de la función de la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores, cuando sea necesario, podrá el Fiscal recabar la elaboración de informes por parte de los Equipos Técnicos adscritos a la Sección de Menores de la Fiscalía.**

A estos efectos, los Servicios correspondientes de las Corporaciones Locales y de las entidades públicas, atenderán las solicitudes de información remitidas



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

desde las Secciones de Menores de las Fiscalías en el curso de las investigaciones tendentes a determinar la situación de riesgo o desamparo en la que pudiera encontrarse un menor".

Con el texto propuesto se atiende la sugerencia del Libro Blanco. La previsión relativa a los Equipos Técnicos permitiría optimizar el aprovechamiento de unos medios ya existentes.

8. MODIFICACIONES EN MATERIA DE ADOPCIÓN

8.1 Requiritos en el adoptante

Se mantiene el requisito de que el adoptante sea mayor de veinticinco años así como la excepción de que si son dos los adoptantes (en el CC se habla solo de la adopción por ambos cónyuges) bastará con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. Se incrementa la diferencia de edad exigible entre adoptante y adoptando que pasa de 14 años en el texto vigente a 16 años en el proyectado.

La principal novedad es la de que se fija una diferencia de edad máxima entre adoptante y adoptando: no podrá ser superior a cuarenta y cinco años, salvo en los casos residuales de adopción de mayores de edad. De nuevo en este caso se fija una regla especial para las adopciones por dos personas: será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia máxima de edad con el adoptando.

Se introduce otra excepción razonable: si los futuros adoptantes están en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, la diferencia máxima de edad podrá ser superior.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

Parece razonable el establecimiento de una diferencia de edad máxima para adoptar. De hecho, las Comunidades Autónomas habían establecido limitaciones diversas, que ahora se unifican.

8.2 Adopción de mayores de edad

El art. 175.2 vigente dispone que únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados. Por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiera cumplido los catorce años.

El art. 175.2 proyectado flexibiliza los supuestos al permitir la adopción de mayores cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año. Nada tiene que objetar este Consejo Fiscal a tal ampliación.

8.3 Adopción por parejas de hecho

Conforme al apartado cuarto del art 175 nadie podrá ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges o pareja de hecho inscrita en el correspondiente registro. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permitirá al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, será posible una nueva adopción del adoptado.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

La novedad (relativa) en relación con el texto vigente es la de que se prevé la posibilidad de adoptar simultáneamente además de a los cónyuges, a pareja de hecho inscrita en el correspondiente registro.

Decimos que la novedad es relativa porque, aunque la posibilidad de adoptar simultáneamente por pareja de hecho no se recoge en el CC vigente, sí aparece prevista en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que dispone que *las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de efectividad análoga a la conyugal.*

Con la nueva previsión parece que cabrá adopción simultánea por pareja de hecho, no sólo heterosexual sino también homosexual, pero que no bastará con que se trate de una pareja unida de forma permanente por relación de efectividad análoga a la conyugal sino que en todo caso deberá estar "inscrita en el correspondiente registro". En todo caso —entendemos— por la propia naturaleza de la adopción, deberá siempre tratarse de una pareja unida de forma permanente por relación de efectividad análoga a la conyugal. Lo más adecuado sería que así constara en la Ley. Por ello sugerimos la siguiente redacción: *ninguna podrá ser adoptada por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges o pareja de hecho unida de forma permanente por relación de efectividad análoga a la conyugal inscrita en el correspondiente registro.*

El apartado quinto del art. 175 regula con carácter novedoso y en nuestra opinión, de forma adecuada, los efectos de la separación o divorcio en relación con un expediente de adopción en tramitación.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

8.4 Procedimiento de adopción

8.4.1 Idoneidad

La introducción del requisito de la declaración previa de idoneidad entronca con lo dispuesto en el art. 21 de la Convención de los Derechos del Niño, conforme al cual los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea consideración primordial.

El Convenio de la Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 mayo 1993, ratificado por España en 30 de junio de 1995, introduce expresamente este requisito en su art. 15. El art. 10 del Convenio Europeo en materia de adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008 (instrumento de ratificación BOE 13 de julio de 2011) regula con detalle la valoración de la idoneidad de los adoptantes, declarando en su apartado primero que la autoridad competente sólo podrá declarar una adopción tras haber llevado a cabo investigaciones adecuadas acerca del adoptante.

Se trata, pues, de un trámite absolutamente esencial para propiciar el éxito de la adopción.

Por ello se considera acertado que el Anteproyecto introduzca con carácter novedoso un concepto legal de idoneidad que viene a colmar una laguna ciertamente llamativa.

Se introduce igualmente una modificación razonable: en la norma vigente se establece que la declaración de idoneidad podrá ser previa a la propuesta. La norma proyectada, con mayor rigor, dispone que la declaración de idoneidad deberá ser previa a la propuesta.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

8.4.2 Consentimientos, asentimientos y audiencias

Se mantiene la previsión de que deben asentir los padres del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incursos en causa legal para tal privación. Como innovación se establece que *esta última circunstancia se apreciará, en su caso, en el mismo expediente en el que se ha de resolver sobre la propuesta de adopción.*

El art. 177.2.2 vigente establece que *esta situación sólo podrá apreciarse en procedimiento judicial contradictorio, el cual podrá tramitarse como dispone el art. 1827 LEC.*

Sin embargo, la innovación propuesta, inspirada al parecer en el principio de economía procesal y en el de concentración, entra en directa contradicción con la redacción que el propio Anteproyecto da el art. 1828 LEC 1881, en el que se dice que *si los progenitores pretendieren que se les reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción conforme al procedimiento regulado en el artículo 781 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se procederá a la suspensión del expediente hasta que recaiga resolución en dicho procedimiento.* Recordemos que el art. 781 LEC, que no se reforma, dispone, bajo la rúbrica "procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción" que *los padres que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción podrán comparecer ante el Tribunal que esté conociendo del correspondiente expediente y manifestarlo así. El Secretario judicial, con suspensión del expediente, señalará el plazo que estime necesario para la presentación de la demanda, que no podrá ser superior a veinte días. Presentada la demanda, se tramitará con arreglo a lo previsto en el art. 753.* Por tanto, si se pretende reformar el procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

deberá reformarse este art 781 LEC. En nuestra opinión, la decisión sobre si es o no necesario el asentimiento debe seguir los trámites de un procedimiento contencioso, pues tal pretensión procesal no se adecúa a la naturaleza propia de los expedientes de jurisdicción voluntaria.

Si se opta por tramitar todo *en el mismo expediente en el que se ha de resolver sobre la propuesta de adopción*, opción por la que se decanta el prelegislador, será necesario prever que el expediente de adopción se transforma en proceso contencioso hasta la sentencia final que debe resolver sobre el derecho de los padres al asentimiento, la ausencia del mismo y la adopción. Para ello se sugiere la siguiente redacción alternativa: *En este último caso, la pretensión de los padres sobre la necesidad de su asentimiento se sustanciará con el asunto principal dando lugar a la conversión del expediente en procedimiento contencioso según los trámites del juicio verbal*. Si se sigue esta opción debe modificarse el art. 781 LEC y deben armonizarse las previsiones del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria. Esta opción puede presentar ventajas desde el punto de vista del principio de celeridad, evitando casos como los de la niña de Banamaurel (STC nº 221/2002) o los niños de Dos Hermanas (STC nº 124/2002) que ilustran cómo si estos procedimientos no respetan el principio de celeridad, aunque finalmente se decida el regreso a la familia de origen, no puede ejecutarse la sentencia sin quiebra del superior interés del niño.

En relación con estas consideraciones debe recordarse el ATS (Sala 1ª) de 5 de diciembre de 2006, en el que se declara que la sentencia recaída en el proceso incidental sobre la necesidad de asentimiento a la adopción por los padres del adoptando no es recurrible ante el TS por interés casacional porque recae en un incidente dentro del expediente, pero no en éste, y por tanto aquella sentencia no lo es en "segunda instancia" como requiere la LEC. La decisión en procedimiento contencioso separado comporta entonces una sustracción de estas sentencias al



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

conocimiento del TS y una desigualdad procesal y de distinta tutela judicial efectiva para los implicados de difícil justificación.

Igualmente se añade, dando coherencia al sistema, que *tampoco será necesario el asentimiento de los padres que tuvieran suspendida la patria potestad cuando hubieran transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de situación de desamparo, en los términos previstos en el apartado 2 del artículo 172, sin oposición a la misma o cuando, interpuesta en plazo, hubiera sido desestimada.*

Constituye también una novedad la previsión de que *el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido 6 semanas desde el parto.* En el texto vigente se prevé que *el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto.* La extensión del plazo de cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por España, concretamente para dar cumplimiento a lo dispuesto en el Convenio Europeo de Adopción hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008.

El art. 177 en su apartado 3 menciona a las personas que sin necesidad de consentir la adopción o prestar su asentimiento a la misma, han de ser oídas en el procedimiento. Puesto que las tres situaciones están claramente diferenciadas en los apartados 1, 2 y 3 del precepto, este apartado 3 al referirse a la audiencia, podría prescindir del adverbio simplemente, que no tiene otra finalidad que la de marcar la diferencia entre consentir, asentir y opinar, y lo hace de una forma excesiva y reductora de la importancia de la necesidad de la escucha de esta opinión.

También sería conveniente la audiencia de la Entidad Pública respecto a la idoneidad del adoptante en los casos en que no se hubiera hecho por no ser necesaria la propuesta previa por llevar el adoptando más de un año conviviendo con el adoptante en acogimiento permanente o bajo tutela.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

8.4.3 Efectos de la adopción

El art. 178 sólo sufre retoques puntuales en sus apartados primero, segundo y tercero.

Se introduce un novedoso apartado cuarto que establece que cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos.

En estos casos el Juez, al constituir la adopción, podrá acordar el mantenimiento de la relación y contactos mencionados, a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal y con el consentimiento de la familia adoptiva y del adoptando si tuviera suficiente madurez y siempre si fuere mayor de 12 años. En todo caso, será oído el adoptando menor de 12 años de acuerdo a su edad y medurez. Si fuere necesario dicha relación y contactos se llevará a cabo con la mediación de la Entidad Pública o entidades acreditadas a tal fin.

En la declaración de idoneidad deberá valorarse en estos casos la disposición favorable al mantenimiento de esta relación con la familia de origen.

No hay precedentes históricos de esta modalidad de adopción con mantenimiento de los lazos con la familia de origen, aunque sí existen referentes de Derecho Comparado.

Así, está regulada en Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos. En Quebec, la nueva ley de protección de la infancia propone alternativas a la adopción plena,



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

mediante la instauración de nuevos mecanismos destinados a realizar adopciones a la medida de cada niño en función de sus necesidades, de sus características y de sus orígenes culturales.

No obstante, la adopción abierta presenta inconvenientes: no todos los adoptantes potenciales están dispuestos a admitir esta modalidad, pues quieren tener la misma autonomía y la misma privacidad que el resto de los padres. Las reticencias se fundan en el principio subyacente a la adopción, según el cual se presume que la ruptura de lazos sirve al interés del niño.

Es por tanto, una opción de política legislativa no exenta de inconvenientes. En el seno de la Comisión redactora del Anteproyecto de 2011 se discutió y finalmente se optó por su no inclusión. Aunque no fue acogida dentro de las conclusiones del Informe de la Comisión Especial de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines del Senado, fue reclamada por varios de los expertos que comparecieron ante la misma.

En todo caso su admisibilidad debiera subordinarse al interés del menor, a que se encauce con el necesario apoyo técnico y a que se fundamente en un triple consenso de padres biológicos, adoptado y padres adoptantes.

Suele entenderse que es muy importante que exista la posibilidad de modificación del acuerdo en que se fija el contacto. El Anteproyecto asume esto al disponer que *El Juez podrá acordar también su modificación o finalización en atención al interés superior del menor.*

Creemos que si finalmente esta legítima opción de política legislativa se asume, debiera no obstante suprimirse el último párrafo del precepto: *en la declaración de idoneidad deberá valorarse en estos casos la disposición favorable al*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

mantenimiento de esta relación con la familia de origen. Tal como está redactada, parece que la disposición favorable a la adopción abierta será positivamente valorada para emitir la declaración de idoneidad. En nuestra opinión esto no sería correcto. Pueden los solicitantes ser absolutamente idóneos para adoptar y ser totalmente contrarios a las adopciones abiertas. La redacción mejoraría en nuestra opinión de la siguiente forma: en la declaración de idoneidad deberá hacerse constar si los solicitantes aceptarían adoptar a un menor que fuese a mantener la relación con la familia de origen. Con esta redacción quedaría claro que cabe declarar idóneas a personas que rechazan la adopción abierta, por lo que éstas a las únicas adopciones a las que no podrían optar sería a este tipo, mientras que los declarados idóneos que admiten la adopción abierta serían candidatos no sólo para adopciones ordinarias sino también para adopciones abiertas.

8.4.4 El derecho a conocer los datos sobre el origen biológico

En materia de adopción internacional, ya el art. 30 del Convenio de la Haya de 1993 establecía la *obligación de asegurar la conservación de la información de la que dispongan las autoridades competentes sobre los orígenes y antecedentes de todo orden del niño, y de garantizar el acceso con el debido asesoramiento, a esta información en los términos legalmente previstos.*

La declaración de las Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y a la colocación en hogares de guarda, a nivel nacional e internacional estipula en el art. 9: "Los encargados de la atención del niño deberán reconocer la necesidad del niño adoptado o el niño colocado en un hogar de guarda de



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

conocer sus antecedentes, a menos que ello sea contrario a los intereses del niño”.

La STEDH de 13 de febrero de 2003 trató detenidamente esta cuestión en el caso *Odièvre v. France*, destacando la inserción del derecho a conocer los propios orígenes en el concepto de “vida privada” y también la necesidad de ponderarlo legalmente con el interés legítimo y posiblemente concurrente, de la madre biológica en permanecer anónima.

El artículo 12 de la Ley 54/2007, de 7 de diciembre, de Adopción Internacional (LAI), reconoce el derecho de las personas adoptadas a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas españolas, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de la legislación de los países de que provengan los menores. Este derecho se hará efectivo bajo los auspicios de la Entidad Pública de Protección de Menores que asegurará la conservación de la información relativa a los orígenes del niño, identidad de sus padres, historia médica...

El apartado quinto del art. 180 vigente dispone que las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las Entidades Públicas españolas de protección de menores, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen los solicitantes para hacer efectivo este derecho.

Este precepto ha sido objeto de acervas críticas por su insuficiencia para dotar de un marco jurídico al derecho a conocer los datos sobre el origen biológico



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

El Anteproyecto trata de regular esta materia tan compleja y resbaladiza con algo más de extensión y rigor. Se establecen las obligaciones de la Entidad pública sobre conservación de la información disponible sobre los orígenes del menor durante al menos 50 años.

Se menciona ahora el derecho a conocer los datos sobre el propio origen biológico y las obligaciones de la entidad pública de notificación, asesoramiento y ayuda para el ejercicio de este derecho, pero no se indica el procedimiento aplicable en caso de negativa de la Entidad Pública a facilitar los datos, ni la solución de la posible colisión entre derechos de la personalidad del hijo a conocer su origen y los de la madre biológica a su intimidad y salud. En este sentido, la Sentencia 744/2010 de 14 de junio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sec. 1ª) del TSJ del Principado de Asturias, remite la cuestión a la jurisdicción civil.

En todo caso, lo aquí dispuesto debería coherenciarse más abiertamente con la supresión en el art. 12 de Adopción Internacional del párrafo relativo a la obligación de conservación de la información sobre los orígenes del niño que compete a las Entidades Públicas como presupuesto del ejercicio del derecho al conocimiento. Esto es, debería mantenerse el párrafo cuya supresión se propone el Anteproyecto.

9. NOMBRAMIENTO DE TUTOR ORDINARIO A MENORES DESAMPARADOS

El vigente art. 239 tras disponer que *la tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la entidad a que se refiere el art. 172*, establece como excepción que *se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste.*



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

A través de la tutela ordinaria podrá darse estabilidad jurídica a las frecuentes situaciones en las que los parientes próximos y en especial los abuelos se están encargando de la crianza de nietos cuyos padres han hecho dejación de sus funciones. En estos casos, la profunda vinculación entre abuelos y nietos, si aquellos están desempeñando adecuadamente la guarda, aconseja legalizar la situación a través de la propia familia, en coherencia con el principio de reinserción familiar (arts. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 172.4 CC y SSTC nº 143/1990 y 298/1993) sin necesidad de que la Administración, por otra parte siempre limitada en sus recursos, asuma funciones de protección.

Esta previsión, que puede ser extraordinariamente útil para determinados supuestos, ha sido infrautilizada por lo confuso del marco diseñado, pues la tutela es incompatible con la existencia de padres no privados de patria potestad.

En efecto, si los padres biológicos viven y no han sido privados de la patria potestad, el nombramiento de tutor sin más daría lugar a una colisión por incompatibilidad de dos instituciones que no pueden coexistir simultáneamente: la patria potestad y la tutela ordinaria.

Es por tanto necesario aclarar legalmente que previa o simultáneamente a la designación judicial de tutor ordinario, deberá declararse administrativamente la situación de desamparo del menor o, en su caso, promover judicialmente la privación o suspensión de la patria potestad.

Para remediar esta aparente antinomia, el Anteproyecto dispone ahora que no obstante, se procederá al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en interés de éste.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

En estos supuestos, previamente a la designación judicial de tutor ordinario o en la misma resolución, deberá acordarse la suspensión o la privación de la patria potestad o remoción del tutor, en su caso.

El precepto proyectado se inspira de nuevo en el Anteproyecto de 2011. Entendemos sin embargo, preferible el texto de 2011, en el que se establecía otra posibilidad para legalizar guardas de hecho: declaración de desamparo por la Entidad Pública seguida de constitución de tutela. Es preferible dejar abierto este abanico de posibilidades, para adaptarse en cada momento a la solución más ágil. Se propone por tanto el siguiente texto:

En los supuestos a que hace referencia el párrafo anterior, previamente a la designación judicial de tutor ordinario deberá acordarse la suspensión o la privación de la patria potestad.

La suspensión en el ejercicio de la patria potestad podrá acordarse mediante resolución administrativa de desamparo, en la que, en su caso, se establecerá el régimen de visitas a favor de los padres. El nombramiento de tutor ordinario, cuando proceda, tendrá lugar a instancias de la entidad pública mediante resolución judicial dictada en procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Tanto la suspensión como la privación de la patria potestad podrá tener lugar mediante resolución judicial. En el mismo procedimiento podrá acordarse el nombramiento de tutor ordinario.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Estarán legitimados para el ejercicio de las acciones de privación de patria potestad y para la solicitud de nombramiento de tutor al Fiscal, la entidad pública y los llamados al ejercicio de la tutela”.

Esta es, por lo demás, la interpretación que se ha defendido, incluso *de lege lata*, por la Fiscalía General del Estado en la Circular 9/2011, en la que en su conclusión XV.3. 4ª se declara que *para nombrar tutor ordinario a un menor en situación de desamparo, previa o simultáneamente a la designación judicial, deberá declararse administrativamente la situación de desamparo del mismo, o, en su caso promoverse judicialmente la privación de la patria potestad.*

9.1. Personas con la capacidad judicialmente complementada.

El Anteproyecto desplaza al nuevo artículo 239 bis la regulación de la asunción por la Entidad Pública de la tutela de las personas “con la capacidad judicialmente complementada”. El prelegislador hace uso de un concepto jurídico indeterminado, cuyo alcance y contenido se desconoce y que resulta ciertamente perturbador al no venir acompañado de justificación ni definición en la E.M.

De la lectura del precepto parece desprenderse que la Entidad Pública solo asumirá la tutela de aquellas personas cuya capacidad haya sido objeto de complemento judicial que se hallen en situación de desamparo, quedando fuera de dicha protección aquellas otras cuya capacidad no haya sido complementada judicialmente aunque pudieran hallarse incursas en causa para ello. A mayor abundamiento el nuevo concepto aporta confusión al referirse exclusivamente a la capacidad complementada ya que en el régimen vigente tal denominación viene referida a la institución de la curatela.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

La redacción vigente del artículo 239 prevé que la Entidad Pública responda siempre que haya una persona en situación de discapacidad y desprotegida.

Es de suponer, pues nada argumenta al respecto la E M, que la restricción que el proyectado artículo 239 bis contiene no responde a una voluntad del prelegislador de reducir el ámbito de protección en esta materia sino más bien a un error padecido al realizar un cambio en la terminología empleada en el texto vigente, sustituyendo el término más amplio de incapaz por el de persona con capacidad judicialmente complementada. En todo caso, no se alcanza a entender la finalidad de abordar en el presente Anteproyecto la reforma de la tutela ordinaria y la guarda de hecho de las personas con discapacidad. Si tan solo se pretende una adecuación terminológica debiera realizarse una revisión completa del articulado de toda la normativa aplicable a la materia y de tratarse de una reforma de carácter sustantivo sería conveniente que el prelegislador reflexionase sobre la oportunidad de realizar una modificación del CC y de la LEC para la adaptación de las normas sustantivas y procesales que rigen la materia a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad de Nueva York de 2006, ratificado por España y a las Recomendaciones que al Comité de Naciones Unidas hizo a nuestro país en octubre de 2011.

Entendemos que procede mantener la redacción actual, sin perjuicio de sustituir el término incapaces por el de personas con discapacidad. La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de las personas con discapacidad cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la ley su tutela o cuando éstas se encuentren en situación de desamparo. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

a las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

10. TRATAMIENTO DE LA GUARDA DE HECHO

Se introducen dos novedades en la regulación contenida en el vigente 303: la primera parece correcta: cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores.

La segunda establece que *procederá la declaración de situación de desamparo de los menores y de las personas con la capacidad judicialmente complementada en situación de guarda de hecho, cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia moral y material, contemplados en los artículos 172 y 239 bis.*

En los demás casos, el guardador de hecho vendrá obligado a promover la privación o suspensión de la patria potestad o remoción de la tutela y el nombramiento de tutor.

En coherencia con lo postulado en el epígrafe 9 del presente informe, entendemos que esta previsión es improcedente y debiera ser suprimida. Puede ser conveniente, en determinadas guardas de hecho en la que los menores están siendo asistidos por su familia extensa, el dictado de una declaración de desamparo y la subsiguiente constitución, bien de un acogimiento, bien de una tutela ordinaria, dando permanencia, fijeza y seguridad a una situación -la guarda de hecho- inestable. Serán frecuentes los supuestos en los que carga a los guardadores con la obligación de promover la privación o suspensión de la patria potestad de los padres sea, no ya desproporcionada, sino injuste. Las Entidades



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

Públicas de Protección de Menores y las de Protección de Personas Discapaces no pueden, en modo alguno, desentenderse de estos casos, que es lo que podría suceder de aprobarse la redacción proyectada.

De nuevo el prelegislador se refiere, en el apartado segundo relativo a la declaración de situación de desamparo, exclusivamente a personas con capacidad judicialmente complementada en situación de guarda de hecho, lo que resulta perturbador ya que da lugar a interpretaciones que dejarían fuera de toda previsión a aquellas personas necesitadas de institución de protección y apoyo por causa de su discapacidad, aun cuando su capacidad no haya sido complementada judicialmente. Siendo además, que las situaciones de guarda de hecho se darán comúnmente en supuestos en que falte resolución judicial que complemente la capacidad con apoyo como el caso de la tutela, curatela...

Se propone por las razones expuestas la supresión de los dos párrafos comentados.

11. CONSENTIMIENTO DE LOS MENORES PARA CONTRATAR

El art. 1263 CC vigente dispone en su redacción vigente que no pueden prestar consentimiento... los menores no emancipados.

El Anteproyecto, en la línea inaugurada por la LOPJM 1/1996 amplía la capacidad de los menores para contratar a añadir: *salvo en aquellos contratos que las leyes expresamente les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales.*



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

Esta ampliación de la capacidad de los menores para contratar es más nominal que sustantiva, pues los usos sociales siempre han habilitado un espacio exento de conflictos o litigiosidad para contratar *bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad*. En cualquier caso, no está de más la previsión expresa.

12. MODIFICACIONES EN LA LEY DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL

12.1 Modificación del concepto de adopción internacional

El vigente art 1.2 dispone que *se entiende por «adopción internacional» el vínculo jurídico de filiación que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de adoptantes o adoptandos.*

El texto proyectado establece un concepto más restringido al disponer que *se entiende por adopción internacional 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, bien después de su adopción en el Estado de origen, bien con la finalidad de constituir tal adopción en España.*

El nuevo concepto sigue las previsiones del Convenio de la Haya de 1993.

12.2 Finalidad de la Ley

El vigente art. 2.2 dispone que *la finalidad de esta Ley es proteger los derechos de los menores a adoptar, teniendo en cuenta también los de los solicitantes de adopción y los de las demás personas implicadas en el proceso de adopción internacional*



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

Conforme al texto proyectado la finalidad de esta Ley es proteger los derechos de los menores que van a ser adoptados, considerando también los de las personas que se ofrecen para la adopción y demás personas implicadas en el proceso de adopción internacional.

Las diferencias son tan nimias que quizás podría prescindirse de la modificación del precepto, potenciando la necesaria estabilidad de las normas.

12.3 Competencia para resolver sobre países de procedencia

El Anteproyecto, con buen criterio, modifica el art. 4 para centralizar estas competencias en la Administración General del Estado, en colaboración con las Entidades Públicas. Esto es coherente con la competencia estatal en política exterior y con la conveniencia de que se sigan unas mismas pautas en todas las Comunidades Autónomas.

12.4 Competencia de las Comunidades Autónomas

Se introducen nuevas competencias: en la letra e) se les asigna la de ofrecer a lo largo del proceso de adopción internacional apoyo técnico dirigido a los menores y a las personas que se ofrecen para la adopción.

En la letra i) se asigna la de establecer recursos... de mediación para la búsqueda de orígenes, para la adecuada atención de adoptados y adoptantes, que podrán encomendarse a Organismos acreditados o a entidades autorizadas.

Se añade finalmente un apartado tercero que encuentra justificación en la necesidad de dotar de herramientas a la Administración del Estado en una



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

materia, que como ésta de la adopción, está fuertemente descentralizada. Se dispone en el Anteproyecto que *las Entidades Públicas, a efectos de colaboración, facilitarán a la Administración General del Estado información estadística sobre la tramitación de expedientes de adopción internacional*

12.5 Actividad de intermediación en la adopción internacional

El art. 6 de la LAI es objeto de modificaciones puntuales, debiendo destacarse el cambio de denominación, pues las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional pasan a llamarse Organismos debidamente acreditados.

Se incluye además un apartado sexto que dispone que *en las adopciones internacionales nunca podrán producirse beneficios financieros distintos de aquellos que fueran precisos para cubrir estrictamente los gastos necesarios de la intermediación y aprobados por la Administración General del Estado y por las Entidades Públicas.*

De nuevo en el art. 6 se reconocen competencias a la Administración General del Estado en relación con los Organismos acreditados, en coherencia con sus competencias en materia de política exterior.

12.6 Declaración de idoneidad

La LAI introdujo por primera vez un concepto de idoneidad, que ahora es objeto de puntuales retoques en el Anteproyecto.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Lo más destacable en este punto es el tratamiento de la discapacidad en los adoptantes. Se propone en el apartado quinto del art 10 la siguiente redacción: *la existencia de algún tipo de discapacidad no podrá ser, por sí misma causa de no idoneidad, salvo que impida el correcto ejercicio de las funciones parentales.*

La redacción vigente es del siguiente tenor: *en el proceso de declaración de idoneidad, se prohíbe cualquier discriminación por razón de discapacidad o cualquier otra circunstancia.*

Entendemos que ambas formulaciones son insatisfactorias, por lo que quizás la mejor opción sería la de suprimir este inciso sin sustituirlo por ningún otro. La propia definición de la idoneidad ya aporta pautas para valorar con ecuanimidad todas las circunstancias concurrentes, sin necesidad de adentrarse en formulaciones inconvenientes. Nótese, a mayor abundamiento, cómo en la definición común de la idoneidad, contenida en el art. 176.2 CC proyectado, no se incluye ninguna referencia a la discapacidad.

Se añade en el Anteproyecto un apartado sexto que introduce una aclaración muy pertinente, para economizar esfuerzos: *las personas que se ofrecen para la adopción podrán ser valoradas y, si corresponde, ser declaradas idóneas simultáneamente para la adopción nacional y la adopción internacional, siendo compatible la tramitación de su ofrecimiento para los dos ámbitos*

12.7 Obligaciones pre-adoptivas y post-adoptivas de los adoptantes

En la modificación del art. 11 el Anteproyecto introduce una nueva obligación -indiscutible- para los adoptantes: asistir a las sesiones informativas y de formación, y establece expresamente las consecuencias de la falta de colaboración de los mismos, en términos razonables.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

12.8 Derecho a conocer los orígenes biológicos

Se suprime en el art. 12 el párrafo que dispone que las Entidades Públicas competentes asegurarán la conservación de la información de que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus padres, así como la historia médica del niño y de su familia. No se acierta a comprender la ratio de esta supresión, pues tal carga de la Administración parece imprescindible para posibilitar el ejercicio del derecho reconocido, más aún cuando el propio Anteproyecto amplía, a través de los nuevos apartados 5, 6 y 7, el contenido del artículo 180 CC profundizando en la regulación del derecho a conocer los datos sobre el origen biológico en el ámbito de la adopción nacional.

12.9 Competencia judicial internacional para la declaración de nulidad o conversión en adopción plena de una adopción no plena en supuestos internacionales.

El art. 15 sufre retoques sin trascendencia. Sin embargo, se suprime el apartado tercero de la LAI que dispone que los Juzgados y Tribunales españoles serán también competentes para la modificación o revisión de una adopción en los mismos casos señalados en el apartado primero y también cuando, además, la adopción haya sido constituida por autoridad extranjera, siempre que dicha adopción haya sido reconocida en España.

La supresión de las referencias a la modificación y revisión de la adopción, es correcta, en tanto se trata de supuestos no previstos en nuestro ordenamiento.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

12.10 Competencia de los cónsules en la constitución de adopciones internacionales.

Se modifica el art. 17 para aclarar que la competencia para constituir adopciones conferida a los cónsules sólo se reconoce cuando no sea necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública. Entendemos que debiera precisarse que también serán competentes cuando la Entidad Pública hubiera ya declarado idóneo al adoptante. En otro caso la competencia consular quedará reducida a dimensiones puramente residuales.

12.11 Ley aplicable a la constitución de la adopción.

*Se retoca el art. 18 únicamente en cuanto a la redacción. Entendemos que no está justificada esta modificación, que atenta contra la necesaria estabilidad de las normas. En determinados campos, en especial en el Derecho Penal y en el Derecho de Familia, el sosiego jurídico y la sedimentación de los principios y las regulaciones es condición imprescindible para una mínima seguridad. La provisionalidad de las normas y su cambio casi permanente es claramente desaconsejable. Como expresara la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1920 *toda disposición legal no alcanza el apogeo de su fuerza, sino cuando perdura y, por el contrario, si se suceden y reemplazan frecuentemente, pierden, a la par que el respeto que se les debe, su fuerza y autoridad.**

12.12 Capacidad del adoptando y consentimientos necesarios.

*Se añade por el Anteproyecto un nuevo apartado cuarto al art. 19 del siguiente tenor: *en el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción se denegará la constitución de la adopción, excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública.**



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

La norma tiene gran trascendencia en tanto es habitual la prohibición de la adopción en los países con tradición jurídica islámica. La Memoria de impacto normativo expresamente se refiere a la kafala.

El tratamiento de la kafala en España ha generado dudas que trataron de ser resueltas por la Circular B/2011, de 16 de noviembre, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de protección de menores* en la que se alcanzaron, entre otras, las siguientes conclusiones: 1ª Son competentes los Tribunales españoles y además, deben aplicar la Ley española cuando se promueva la constitución de adopción de un menor sometido a la kafala de una persona española o residente habitual en España. Igualmente lo serán cuando el menor sea residente habitual en España 2ª La posible prohibición o desconocimiento por parte del Derecho del país de origen del menor de la institución de la adopción, no será óbice a la constitución de ésta. 3ª Cuando la kafala ha sido constituida por la autoridad pública competente del país de origen con fundamento en una previa situación de abandono, debe partirse de la atribución de la representación legal del menor a su acogedor. En estos casos no se requiere propuesta previa de la Entidad Pública para promover la adopción cuando en el adoptando concurre la circunstancia de llevar más de un año acogido bajo el régimen de la kafala.

Como vemos, el Prelegislador se decanta por una solución -legítima- opuesta a la alcanzada por la Fiscalía. En todo caso, entendemos, la norma debiera ser más clara, pues el precepto plantea dudas que debieran quedar zanjadas. Concretamente no se aclara si la prohibición afecta a menores con residencia habitual en España.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

12.13 Propuesta previa de adopción.

El vigente art. 24 dispone que *la Entidad Pública correspondiente al último lugar de residencia habitual del adoptante en España, será competente para formular la propuesta previa de adopción. Si el adoptante no tuvo residencia en España en los dos últimos años, no será necesaria propuesta previa, pero el cónsul recabará de las autoridades del lugar de residencia de aquél informes suficientes para valorar su idoneidad.*

El Anteproyecto suprime esta previsión. De nuevo no alcanzamos a comprender las razones del Prelegislador, que debieran tener reflejo en la Exposición de Motivos.

12.14 Orden público español.

El art. 26.1 proyectado incorpora una definición de orden público a efectos de las adopciones que parece acertada: se considerará que vulneran el orden público español aquellas adopciones en cuya constitución no se ha respetado el interés superior del menor, en particular cuando se ha prescindido de los consentimientos y audiencias necesarios, o cuando se constate que no fueron informados y libres o se obtuvieron mediante pago o compensación

13. MODIFICACION DE LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

13.1 Acumulación de autos

El Anteproyecto añade al art. 76.2 LEC un apartado tercero que impone la acumulación *cuando se trate de procesos en los que se sustancie la oposición a*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

resoluciones administrativas en materia de protección de un mismo menor, tramitados conforme al artículo 780, siempre que en ninguno de ellos se haya iniciado la vista.

En realidad, la previsión de acumulación ya se contenía en la LOPJM. Concretamente en su Disposición Final Vigésima se establece que *el Ministerio Fiscal velará para que, incoado un procedimiento sobre reclamación frente a las resoluciones de las entidades públicas que surjan con motivo del ejercicio de sus funciones en materia de tutela o de guarda, se resuelvan en el mismo expediente todas las acciones e incidencias que afecten a un mismo menor. A tal efecto, promoverá ante los órganos jurisdiccionales las actuaciones oportunas previstas en la legislación procesal.*

Parece correcto incluir la acumulación también en la LEC, pues desde luego su ubicación no era la más adecuada. La previsión de un trámite específico promoverá sin duda su aplicación.

El Prelegislador deja intacto el párrafo final del precepto conforme al que *en todo caso, para los dos apartados anteriores, en los lugares donde hubiere más de un Juzgado que tuviera asignadas competencias en materia mercantil, las demandas que se presenten con posterioridad a otra se repartirán al Juzgado al que hubiere correspondido conocer de la primera.*

Debería modificarse, atendido el nuevo número incorporado, este párrafo final, que tendría que tener la siguiente redacción: *en todo caso, para los supuestos contemplados en los números 1º y 2º del apartado segundo de este artículo, en los lugares donde hubiere más de un Juzgado que tuviera asignadas competencias en materia mercantil, las demandas que se presenten con*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

posterioridad a otra se repartirán al Juzgado al que hubiere correspondido conocer de la primera.

13.2 Ejecución provisional.

El Prelegislador, con buen criterio, incorpora al catálogo de resoluciones no ejecutables provisionalmente las dictadas en procedimientos de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Cuando la sentencia dictada en primera instancia decide revocar una medida de protección debe esperarse a la firmeza para su ejecución, no modificando el status del menor hasta entonces.

La inclusión está justificada, teniendo en cuenta que en atención a la vulnerabilidad inherente a la condición del menor y a la naturaleza de estos fallos, es preferible esperar a la firmeza, normalmente tras el recurso de apelación, para –en su caso– empezar a ejecutar una decisión que va a modificar radicalmente la situación familiar del menor y, per tanto, va a tener una enorme trascendencia en su vida. Si se inicia la ejecución provisionalmente y después la resolución es revocada, los perjuicios pueden ser irreversibles. Aunque en realidad la práctica ya había consagrado esta interpretación, es aconsejable su plasmación legal.

13.3 Modificación del art 779.

El texto propuesto por el Prelegislador es idéntico al establecido en el vigente art. 779, con la única modificación de sustituir "entidad protectora" por "entidad pública". La modificación no está justificada. El término utilizado en la redacción vigente no ofrece dudas en cuanto a su significado.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

13.4 Oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

El apartado primero del vigente art 780 LEC dispone que *no será necesaria la reclamación previa en vía administrativa para formular oposición, ante los Tribunales civiles, a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.*

La oposición a la resolución administrativa por la que se declare el desamparo de un menor podrá formularse en el plazo de tres meses desde su notificación, y en el plazo de dos meses la oposición a las restantes resoluciones administrativas que se dicten en materia de protección de menores

El apartado primero del proyectado art 780 LEC dispone que *no procederá la reclamación previa en vía administrativa para formular oposición, ante los Tribunales civiles, a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. La oposición a las mismas podrá formularse en el plazo de dos meses desde su notificación.*

Las innovaciones son por tanto, considerar improcedente la reclamación administrativa previa (hasta ahora sólo se consideraba innecesario) y la unificación del plazo para recurrir cualquier resolución administrativa en materia de protección en dos meses.

El párrafo segundo del apartado primero del proyectado art 780 LEC aborda la legitimación, disponiendo que *estarán legitimados para formular oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección, según proceda y siempre que tengan interés legítimo y directo en tal resolución, los progenitores, tutores, guardadores, el Ministerio Fiscal y aquellas personas que expresamente le ley les*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

reconozca tal legitimación. Aunque no fueran actores podrán personarse en cualquier momento en el procedimiento, sin que se retrotraigan las actuaciones.

Debe recordarse que el Anteproyecto trata también de la legitimación en el apartado segundo del art. 172 CC, en el que se otorga a los padres y tutores para oponerse a las resoluciones sobre protección.

La solución final no es satisfactoria. Entendemos que el Anteproyecto peca de indeterminación al abordar una cuestión tan necesitada de precisión como es la de quiénes están legitimados para impugnar resoluciones administrativas en materia de protección. Creemos que la legitimación de padres, tutores, acogedores, guardadores y familia extensa tendría que determinarse legalmente distinguiendo los distintos tipos de resoluciones administrativas de protección y armonizando las disposiciones de la LEC y del CC. La Circular 1/2008, sobre limitaciones temporales a la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tras la reforma operada por Ley 54/2007 de 28 diciembre ofrece criterios concretos sobre legitimación que podrían incorporarse al Anteproyecto.

El párrafo tercero del apartado primero del proyectado art 780 LEC dispone que *los menores ejercitarán sus pretensiones en relación a las resoluciones administrativas que les afecten a través del Ministerio Fiscal quien, atendiendo a aquéllas, podrá formular oposición para la protección del interés superior de los menores.*

Esta última novedad es difícilmente coherente con el reconocimiento en este mismo Anteproyecto de la capacidad de obrar procesal de los menores (ver punto 5.11.2 del presente Informe). Por otro lado, el texto es equívoco y ambiguo. No es claro el significado del inciso *los menores ejercitarán sus pretensiones en relación a las resoluciones administrativas que les afecten a través del Ministerio Fiscal.*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Es evidente que el Fiscal no puede actuar como mera correa de transmisión de la voluntad de los menores. El Fiscal tiene que fijar su posición procesal guiado por el superior interés del menor, en cuya determinación debe tener especialmente en cuenta la opinión de éste, pero ello –obviamente– no significa que siempre tenga que asumir sus deseos. Entendamos que este párrafo es equívoco y por ello debe ser suprimido.

En los dos siguientes apartados el Anteproyecto regula con más minuciosidad que en el texto vigente el procedimiento a seguir, prestando especial atención al incidente de acumulación.

Se incurra, no obstante, en un error en la numeración de los apartados, pues se pasa del segundo al quinto.

14. MODIFICACION DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL APROBADA POR REAL DECRETO DE 3 DE FEBRERO DE 1881.

Las modificaciones en el procedimiento responden más a cuestiones de estilo, especialmente derivadas de la supresión de las referencias al acogimiento, al no precisar ya en ningún caso su constitución judicial.

Se introduce también un procedimiento específico para la conversión de una adopción simple o no plena en una adopción plena. En general se considera correctamente configurado. Nos permitimos no obstante sugerir una edición: aun manteniendo la previsión de que *para la conversión de una adopción simple o no plena en una adopción plena no se requerirá propuesta previa de la entidad pública debiera añadirse que "no obstante, el Fiscal podrá interesar como diligencia, para asegurar que la decisión se adopta con respeto al superior interés del menor, que la Entidad Pública informe sobre la idoneidad de los adoptantes"*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

15. MODIFICACIONES EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.

15.1 Tratamiento del testigo menor de edad en el proceso penal.

El vigente art. 433 LECrim dispone que toda declaración de un menor podrá realizarse ante expertos y siempre en presencia del Ministerio Fiscal. Quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor podrán estar presentes, salvo que sean imputados o el Juez, excepcionalmente y de forma motivada, acuerde lo contrario. El Juez podrá acordar la grabación de la declaración.

El texto proyectado establece que si los testigos fueran menores de edad o personas con la capacidad judicialmente complementada, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitarles la causación de graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladan directamente a la víctima por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima.

En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para que las partes tengan la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible.

El juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales.

El texto proyectado, además de mejorar notablemente la redacción vigente, introduce varias novedades.



**FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

La más importante es la de que se suprime la mención a que la declaración se realice *siempre en presencia del Ministerio Fiscal*.

La novedad no puede sino merecer una favorable acogida. Basta con remitirnos a lo que sobre este punto refiere el Libro Blanco del Ministerio Fiscal: como diagnóstico se declara que "el artículo 433 LECrim establece la necesidad de la presencia del Fiscal en las declaraciones de testigos menores de edad en el marco de las investigaciones judiciales por delito. Pase a la dicción legal, se considera que solo está justificada esta presencia imperativa en los casos en que se aprecie conflicto de intereses entre las partes o cuando se trate de asuntos de especial gravedad. Este parece que es al verdadero espíritu de la norma. En la práctica suele citarse al Fiscal para los casos de mayor trascendencia".

Como propuesta se sugiere en el Libro Blanco que el artículo 433 LECrim se adapte a la realidad de su uso, convirtiendo la asistencia del Fiscal en los casos de declaraciones de testigos menores de edad en el marco de una investigación judicial por delito en potestativa, sobre la base de criterios tales como la concurrencia o no de un conflicto de intereses entre el menor y su representante legal, la gravedad o naturaleza del delito y la propia edad o madurez del menor.

15.2 Modificación del régimen de la orden de protección.

El Anteproyecto introduce una modificación en el apartado séptimo del art 544 ter LECrim, que en la redacción vigente dispone que *las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o incapaces, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el art. 158 del Código Civil*.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

El texto proyectado establece que cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente complementada que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, de oficio o a instancia de la víctima o de su representante legal, o del Ministerio Fiscal, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas de naturaleza civil, determinando su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil.

La imperatividad del pronunciamiento sobre medidas de naturaleza civil es una opción de política legislativa sobre la que nada se objeta. Lo que sí debe señalarse es que la redacción propuesta da a entender que estas medidas civiles sólo se adoptan *cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente complementada que convivan con la víctima*. En la actualidad, sin embargo, está pacíficamente aceptada la posibilidad de adoptar en la orden de protección medidas civiles aunque no existan hijos menores.

15.3 Medidas cautelares en el proceso penal en protección de los menores de edad.

El texto proyectado introduzca un nuevo artículo 544 quinquies cuyo apartado primero disponga lo siguiente:

En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal, cuando resulte necesario al fin de protección de la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, adoptará motivadamente alguna de las siguientes medidas:



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

a) *Suspender la patria potestad de alguno de los progenitores.*

En este caso podrá fijar un régimen de estancia, relación o comunicación en interés del menor y, en su caso, las condiciones y garantías con que debe desarrollarse.

b) *Suspender la tutela, curatela, guarda o acogimiento.*

c) *Establecer un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o de cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo sobre el menor o persona con la capacidad judicialmente complementada, sin perjuicio de las competencias propias del Ministerio Fiscal y de las Entidades Públicas competentes.*

d) *Suspender o modificar el régimen de estancia, relación o comunicación con el no conviviente o con otro familiar que se encontrara en vigor, cuando resulte necesario para garantizar la protección del menor o de la persona con la capacidad judicialmente complementada.*

Debe en primer lugar comentarse que las pretendidas innovaciones cautelares no son tales, pues las medidas previstas en este precepto pueden, *de lege lata*, adoptarse en la actualidad, al amparo de las previsiones del art. 544 ter y del art 158 CC, aplicable este último dentro del propio proceso penal como el precepto expresamente aclara.

No obstante, reconociendo que puede ser útil contar con un precepto específico en el que se enumeren las distintas posibilidades cautelares en protección del menor, lo que sí encontramos perturbador es el apartado tercero de la disposición proyectada: en su párrafo primero se dispone que *una vez concluido el procedimiento, el Juez o Tribunal, valorando exclusivamente el interés de la*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL.

persona afectada, ratificará o alzará las medidas de protección que hubieran sido adoptadas.

Entendemos que una vez concluido el procedimiento penal, las medidas cautelares adoptadas en su seno no pueden ser ratificadas. Por ello creemos que este párrafo debiera ser suprimido.

El párrafo segundo de este apartado tercero dispone que el Ministerio Fiscal y las partes afectadas por la medida, podrán solicitar al Juez su modificación o alzamiento conforme al procedimiento previsto en el art. 770 Ley de Enjuiciamiento Civil.

La previsión de que la modificación o alzamiento de las medidas adoptadas siga el cauce del procedimiento civil previsto en el art. 770 LEC, con demanda, reconvención y viste no parece ni adecuado ni procedente, por lo que se propone su supresión, sin perjuicio de que se prevea, además de la posibilidad de recursos, la de interesar la modificación y que se establezca la necesidad de respetar los principios de audiencia y contradicción tanto para la adopción de las medidas como para su modificación o extinción.

15.4 Declaración de testigos menores en el juicio oral.

El Anteproyecto propone la siguiente redacción para el art. 707 LECrim:

Todos los testigos están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos.

La declaración de los testigos menores de edad o con la capacidad judicialmente complementada, así como de las víctimas con necesidades especiales de protección, se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación.

Estas medidas serán igualmente aplicables a las declaraciones de las víctimas cuando de su evaluación inicial o posterior derive la necesidad de estas medidas de protección.

Recordemos que el texto vigente establece que la declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.

La reforma proyectada pretende en definitiva, que las medidas para evitar la confrontación visual no sean imperativas sino que se adopten sólo cuando sean necesarias, lo cual es absolutamente correcto.

El prelegislador utiliza nuevamente la expresión personas con capacidad judicialmente complementada, mientras que el texto vigente se refiere a la testifical de los que no se hallen privados de su razón; provocando con aquella expresión el olvido de otras personas necesitadas de apoyo y protección pero carentes de resolución judicial que resuelva sobre su capacidad, por lo que debiera de corregirse la terminología empleada en la redacción para dar cabida a aquellas personas que padezcan alguna discapacidad que requiere de protección y apoyo, aun cuando carezcan de Sentencia que resuelva sobre de su capacidad. De otro lado, es de destacar que junto a la referencia a los testigos menores de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

edad o con la capacidad judicialmente complementada se hace alusión a las víctimas con necesidades especiales de protección; concepto indeterminado en el que presumiblemente se pretenda englobar, entre otras, a personas especialmente vulnerables por razón de su discapacidad sin complemento judicial de la misma, si bien sería deseable una mayor concreción al respecto.

15.6 Preconstitución probatoria.

El Anteproyecto modifica el apartado 2 del artículo 777, disponiendo que:

2. Cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes.

Igualmente y con las mismas garantías, el Juez de Instrucción, de oficio o a instancia de parte y previo informe del médico forense o del equipo psicosocial, según proceda, acordará el interrogatorio, la declaración testifical o exploración médico-forense de los menores de edad o de las personas con la capacidad judicialmente complementada víctimas o testigos de delitos contra la vida, de lesiones, maltrato habitual, agresiones y abusos sexuales como prueba anticipada para prevenir su victimización secundaria, si queda acreditado en el procedimiento la necesidad de la medida para proteger su integridad física y psíquica o si se temiera razonablemente que no pudiera practicarse en los mismos términos en el juicio oral.

Dichas diligencias deberán documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario judicial, con expresión de los intervinientes.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

A efectos de su valoración como prueba en sentencia, la parte a quien interese deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia, en los términos del artículo 730.

Entendemos que se trate de una regulación correcta, que por lo demás ya a través de una interpretación teleológica puede alcanzarse en cuanto a sus efectos con la regulación vigente, como se postuló desde la Fiscalía General del Estado en la Circular 3/2009, de 10 de noviembre, sobre *protección de los menores víctimas y testigos: Como regla general, los Sres. Fiscales no citarán como testigos a los menores para el acto del juicio oral cuando los expertos consultados desaconsejen fundadamente tal citación. En estos casos, si no la han hecho ya, propondrán la grabación de su declaración y que la misma se lleve a cabo respetando los requisitos de contradicción previstos para la preconstitución probatoria, siempre con las modulaciones que pueda exigir el interés del menor. Una interpretación teleológica de las causas generales previstas en los arts. 448 y 777 LECrim, tamizada por los principios generales que informen la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, lleva a admitir como presupuesto habilitante de la preconstitución probatoria el caso de los menores que por razón de su corta edad o de su especial vulnerabilidad estén en riesgo de sufrir un grave daño psicológico de verse obligados a comparecer de nuevo como testigos en el acto del juicio oral. Esta probabilidad de sufrir grave daño psicológico debe estar debidamente documentada en la cause, a través del correspondiente informe pericial.*

No obstante, en el listado de delitos que posibilitan la preconstitución probatoria, la mención a *agresiones y abusos sexuales* debe ser sustituida por *delitos contra la libertad e indemnidad sexual*. De este modo podrán comprenderse delitos como la utilización de menores para elaboración de material pornográfico (art. 189.1 CP) en los que puede ser imprescindible acudir a este mecanismo.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

En la modificación que se efectúa a la LECRIM, en concreto, de los artículos 433, 544 ter, 544 quáter y 707 el prelegislador emplea la terminología "persona con capacidad judicialmente complementada" en sustitución de la locución incapaz, sembrando la duda acerca del alcance de la nueva denominación, como ya se ha comentado en anteriores apartados y sin que la EM arroje luz sobre ello.

16. MODIFICACIÓN DE LA LEY 29/1998, DE 13 DE JULIO, DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

Se modifica el apartado 6 del art 8 de la Ley 29/1998. En este apartado se atribuía a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular para la ejecución de medidas de protección de menores o personas con la capacidad judicialmente complementada acordadas por la Entidad Pública competente en la materia.

En efecto, es necesaria una reforma en relación con esta competencia. La atribución a los Juzgados de lo Contencioso no ha resultado eficaz desde el punto de vista del principio de celeridad, por lo que parece correcto revisarla.

En la Memoria de impacto normativo se hace referencia a que "se modifica la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La atribución de la competencia para la autorización de entrada en domicilio para la ejecución de una resolución administrativa en materia de protección de menores y de personas con la capacidad judicialmente complementada al Juzgado de Primera Instancia y no a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, como hasta ahora, hace necesaria la modificación de las competencias atribuidas a los mismos en la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa". En la Exposición de Motivos se declara que "la atribución de la competencia para la autorización de entrada en domicilio para la ejecución de una resolución administrativa en materia



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

de protección de menores y de personas con la capacidad judicialmente complementada al Juzgado de Primera Instancia y no a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, como hasta ahora, hace necesario la modificación de las competencias atribuidas a los mismos en la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa".

Sin embargo, la reasignación de esta competencia se efectúa en el artículo segundo del Anteproyecto de Ley Orgánica Complementaria de la Ley de Protección a la Infancia, modificando el apartado 4 del art. 780 bis de la L1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Debe tenerse presente que estas autorizaciones son solicitadas normalmente en circunstancias en las que las medidas de protección deben ser ejecutadas con urgencia. Frente a la situación existente, y frente a la propuesta del Prelegislador se considera preferible optar por atribuir la competencia para la autorización de entrada en domicilio al Juzgado de Instrucción en funciones de guardia del lugar del domicilio de la entidad administrativa solicitante, por dos razones fundamentales:

La primera, obtener la mayor celeridad en la resolución, necesaria para la eficacia de la resolución administrativa, que afecta de forma especialmente intensa al interés del menor. Sólo el Juzgado de Instrucción en funciones de guardia se encuentra en el presente disponible sin limitaciones de horario para desempeñar sus funciones, lo que la convierte en el único idóneo para salvaguardar efectivamente los derechos implicados.

La segunda, poner el acento en la verdadera naturaleza de la intervención judicial que se demande, que es la ponderación de los intereses en juego y garantía de la menor lesión del derecho fundamental afectado, en supuestos de urgencia. Esta actividad es más acorde con las demás competencias de orden distinto del penal



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

que el artículo 87 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye al Juzgado de Instrucción que con la función esencial del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, que se centra en el control de la corrección de la actividad administrativa sometida a recurso y que las funciones de los Juzgados civiles.

El fuero de competencia territorial se debería atribuir atendiendo al criterio generalizado para los procesos sobre protección de menores, con el fin de favorecer la unidad de criterio de los juzgados que intervinieran, y evitando la dispersión que se derivaría de adoptar cualquier otro fuero competencial.

El procedimiento debe garantizar tanto la intervención del Ministerio Fiscal, como la audiencia del titular del domicilio interesado, sin que este trámite pueda constituir un obstáculo o dilación indebida para la resolución judicial, atendida la urgencia de cada caso.

Se propone, por tanto, asumir la regulación contenida en el Anteproyecto de 2011 que añadía un apartado sexto al artículo 780 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil con la siguiente redacción:

6. Para conocer de la solicitud de autorización para entrar en domicilio o lugar que requiera el consentimiento de su titular por la entidad administrativa será competente el Juzgado de Instrucción en funciones de guardia del lugar del domicilio de la Entidad solicitante. La solicitud se presentará debidamente fundamentada, expresando la identidad del titular del domicilio afectado, o justificando los motivos que impidieran hacerlo. Será acompañada de copia certificada del expediente administrativo en el que se hubiera dictado la resolución que se trata de hacer efectiva.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

Se deberá dictar resolución en el plazo de 24 horas desde la recepción de la solicitud, previo informe del Ministerio Fiscal y oído el titular del domicilio si fuera posible.

17. MODIFICACIÓN DE LA LEY 41/2002, DE 14 DE NOVIEMBRE, BÁSICA REGULADORA DE LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE Y DE DERECHOS Y OBLIGACIONES EN MATERIA DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN CLÍNICA.

Además de algunas actualizaciones terminológicas, se añade un nuevo párrafo en el que se establece que en los supuestos contemplados en los puntos b) y c) de este apartado, si los representantes legales, tutores o personas que tuvieran que prestar el consentimiento por representación o ser informados no consintieron o se mostraran contrarias a las intervenciones clínicas indispensables para el cese de la situación de riesgo, sin perjuicio de que los facultativos procedan como previene esta ley, deberán ponerlo en conocimiento de la Entidad Pública correspondiente y del Ministerio Fiscal.

Los supuestos de conflictos de intereses entre la salud del menor y el criterio de los representantes han sido abordados por la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2012, de 3 de octubre, *sobre el tratamiento sustentivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.*

La innovación propuesta por el Prelegislador está en la línea de las conclusiones alcanzadas en la Circular 1/2012. No obstante, de la mera lectura de esta Circular se desprende que los problemas que se plantean en los supuestos de conflictos de intereses entre la salud del menor y el criterio de los representantes y en los casos de decisiones de menores maduros claramente contrarias a sus intereses vitales son mucho más profundos. Si de verdad se quieren abordar legislativamente tendría que hacerse con mucho más detalle.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

Una reforma del art. 9 de la Ley de Autonomía del Paciente debiera recoger la esencia de la Circular 1/2012, abordando los distintos supuestos de conflictos y aclarando las cuestiones procesales.

En definitiva, entendemos que la reforma propuesta es notoriamente insuficiente y resuelve pocos problemas.

18. MODIFICACIONES EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES Y EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO.

Las mismas se orientan a reconocer permisos para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto por las funcionarias embarazadas y en los casos de adopción o acogimiento, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicosociales previos a la declaración de idoneidad, innovación que se considera plenamente justificada.

19. ANEXO: SUGERENCIAS DE MEJORAS EN LA REDACCIÓN DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

Se observan algunas deficiencias en la redacción de la Exposición de Motivos, ante las que, con el fin de mejorar el texto, pasamos a formular sugerencias.

En la primera página, debiera mejorarse la redacción del siguiente párrafo:

Por otra parte, deben destacarse también dos Convenios del Consejo de Europa, el relativo a la adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, el relativo a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007.



**FTSCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

La redacción correcta, utilizando la copulativa para enumerar los dos convenios sería la siguiente:

Por otra parte, deben destacarse también dos Convenios del Consejo de Europa, el relativo a la adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, y el relativo a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007.

En la página 4, deben corregirse las comas en el siguiente párrafo:

Asimismo, se reconoce el derecho a obtener la preceptiva documentación de residencia a todos los menores extranjeros que estén tutelados por las Entidades Públicas de protección de menores, una vez que haya quedado acreditada, la imposibilidad de retorno con su familia o el país de origen.

Lo correcto sería lo siguiente:

Asimismo, se reconoce el derecho a obtener la preceptiva documentación de residencia a todos los menores extranjeros que estén tutelados por las Entidades Públicas de protección de menores, una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen.

También en la página cuatro debiera mejorarse la redacción del siguiente inciso:

Estos principios, eje vertebrador del sistema, ya habían sido establecidos en las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de la Asamblea General de Naciones Unidas de 24 de febrero de 2010 y en diversos documentos aprobados por el Servicio Social Internacional.

Lo correcto gramaticalmente sería lo siguiente:



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Estos principios, vertebradores del sistema, ya habían sido establecidos en las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de la Asamblea General de Naciones Unidas de 24 de febrero de 2010 y en diversos documentos aprobados por el Servicio Social Internacional.

En la página cinco conviene corregir el siguiente párrafo:

Además, se exigirá, como requisito a los profesionales que en el ejercicio de su cometido tengan contacto habitual con niños, que no hayan sido condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata y explotación de menores, dando con ello cumplimiento a una de las obligaciones adquiridas por nuestro país al ratificar el Convenio del Consejo de Europa relativo a la Protección de los Niños contra la Explotación y abuso Sexual de 25 de octubre de 2007 (Convenio de Lanzarote).

Se sugiere su sustitución por el siguiente:

Se establece, como requisito para poder ejercer una profesión en la que se tenga contacto habitual con niños, el de no haber sido condenado por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata y explotación de menores, dando con ello cumplimiento a los compromisos asumidos por España al ratificar el Convenio relativo a la Protección de los Niños contra la Explotación y abuso Sexual de 25 de octubre de 2007 y a la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2011/92/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil

También en la página 5 debiera mejorarse la redacción del siguiente inciso:

La intervención adecuada para paliar e intervenir en las situaciones de riesgo en que pueden encontrarse los menores se toma de capital importancia para



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

preservar su superior interés, evitando en muchos casos que la situación se agrave, lo cual puede desembocar en decisiones mucho más traumáticas y de mayor coste individual, familiar y social, como la separación del menor de su familia.

Se sugiere su sustitución por el siguiente:

La intervención adecuada para paliar las situaciones de riesgo en que pueden encontrarse los menores se toma de capital importancia para preservar su superior interés, evitando en muchos casos que la situación se agrave, y que deban adoptarse decisiones mucho más traumáticas y de mayor coste individual, familiar y social, como la separación del menor de su familia.

En la página 6, se sugiere modificar el párrafo primero, pues se encabeza con "por otra parte", cuando esa misma expresión se había utilizado tres líneas más arriba. Puede sustituirse por ejemplo con "En otro orden de cosas" o expresión similar.

En la página 6 se contiene el siguiente inciso:

Debe advertirse, que a los efectos del apartado d) que establece como causa de desamparo, el consumo habitual de sustancias con potencial adictivo por parte de padres, tutores o guardadores, se entiende como habitual los criterios de consumo perjudicial, abuso o dependencia según las definiciones de la Organización Mundial de la Salud o de la Asociación Americana de Psiquiatría.

Su contenido es ciertamente confuso. Parece que la intención del Prelegislador es aportar una pauta interpretativa de lo que deba entenderse por consumo habitual, pues en el articulado el art. 18 d) no se expresa. El resultado no es satisfactorio, pues, aparte de los defectos de redacción en que se incurre, no



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

llega a aportarse una definición concreta ni de la Organización Mundial de la Salud ni de la Asociación Americana de Psiquiatría.

En la página 7 aparece el siguiente inciso:

En el artículo 20, y en aras de la agilidad y al interés de los menores, se simplifica la constitución del acogimiento familiar, equiparándolo al residencial, incluso aunque no exista previa conformidad de los padres o tutores y sin perjuicio del control jurisdiccional.

La redacción correcta sería la siguiente:

En el artículo 20, a fin de favorecer la agilidad y preservar el interés de los menores, se simplifica la constitución del acogimiento familiar, equiparándolo al residencial, incluso aunque no exista previa conformidad de los padres o tutores y sin perjuicio del control jurisdiccional.

También en la página 7 puede leerse: *además, se tipifican, de forma más acorde con la realidad de la protección de menores actual, los dos tipos de acogimiento*. Nótese cómo se incurre en repeticiones (se tipifican, tipos). Sería preferible lo siguiente: *se definen, de forma más acorde con la realidad de la protección de menores actual, los dos tipos de acogimiento*.

El penúltimo párrafo de la página 7 contiene el siguiente inciso:

Se trata de una disposición ambiciosa cuyo fundamento estriba en el consenso existente de que los menores necesitan un ambiente familiar para un adecuado desarrollo de la personalidad.

Una redacción más cuidada sería la siguiente:



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

Se trata de una disposición ambiciosa cuyo fundamento estriba en que el menor necesita un ambiente familiar para un adecuado desarrollo de su personalidad, punto éste en el que existe total consenso entre los psicólogos y pedagogos.

El párrafo final de la página 7 también debe mejorarse. En el Anteproyecto se dice que:

Por otra parte y en lo relativo a los servicios de acogimiento residencial (denominados, hasta ahora servicios especializados y ahora llamados "acogimiento residencial" para utilizar una terminología equivalente a la de "acogimiento familiar") se establecen con carácter general las características básicas de los mismos, su necesario ajuste a criterios de calidad, y el carácter de duración mínima de esta medida a favor de soluciones familiares.

Una redacción más cuidada sería la siguiente:

Se establecen con carácter general las características básicas de los servicios de acogimiento residencial, su necesario ajuste a criterios de calidad, y el carácter preferente de las soluciones familiares.

En la página 8 puede leerse lo siguiente:

Además, debe destacarse la previsión realizada en el artículo 22 bis, que desarrolla el principio rector de la actuación administrativa recogido en el apartado 4 del artículo 11, de que la Administración realice la preparación para la vida independiente para los jóvenes ex tutelados, cuestión de gran calado social y de la que ya hay buenas prácticas de Entidades Públicas y del Tercer Sector en España.

Una redacción más depurada sería la siguiente:



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Por otra parte, el artículo 22 bis desarrolla la obligación de la Administración de preparar para la vida independiente a los jóvenes ex tutelados, cuestión de gran calado social y de la que ya hay buenas prácticas de Entidades Públicas y del Tercer Sector en España.

En la página 10 aparece el siguiente inciso: *La doctrina del Tribunal Constitucional establece que los progenitores tienen esa legitimación aunque deben establecerse límites a ello.* La imprecisión y ambigüedad de su redacción hace preferible su supresión.

En la página 11 el inciso *sometiendo esta nueva solución cautelar a las garantías del principio de proporcionalidad y jurisdiccionalidad* debiera sustituirse por el siguiente: *sometiendo esta nueva solución cautelar a las garantías de los principios de proporcionalidad y jurisdiccionalidad.*

En la página 12 aparece el siguiente párrafo, cuya estructura lo hace de difícil comprensión:

En atención al interés superior del menor y a la prevalencia ya existente de que durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa de desamparo, los progenitores están legitimados para promover su revocación y para oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor, en el artículo 172 se establece que transcurridos esos dos años, únicamente estará legitimado el Ministerio Fiscal para impugnar la resolución que sobre el menor dicte la Entidad Pública.

Resultaría conveniente su sustitución por el siguiente:

En relación con el art. 172 se mantiene la legitimación de los progenitores para promover la revocación de la resolución administrativa de desamparo y para



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor durante el plazo de dos años desde la notificación, añadiéndose que transcurridos esos dos años, únicamente estará legitimado el Ministerio Fiscal para impugnar las resoluciones que sobre el menor dicte la Entidad Pública.

También en la página 12 aparece el siguiente párrafo

Lógicamente este proceso no puede perpetuarse en el tiempo, ya que, en otro caso, desembocaría en una situación de grave inseguridad jurídica, pero responde a las medidas de urgencia necesarias.

Se propone su sustitución por el siguiente:

La guarda provisional, aunque imprescindible para atender situaciones de urgencia, deba tener límites temporales precisos, pues en otro caso podrían generarse situaciones de inseguridad jurídica.

En la página 12, en el párrafo último, pueda leerse lo siguiente:

Se establece la posibilidad de que, en los casos de desamparo o guarda a petición de los padres, la Entidad Pública pueda establecer una cantidad que deben abonar los padres o tutores en concepto de alimentos y gastos de cuidado y atención del menor.

Se aconseja su sustitución por:

Se establece la posibilidad de que, en los casos de desamparo o guarda a petición de los padres, la Entidad Pública pueda fijar una cantidad a abonar por los padres o tutores en concepto de alimentos y gastos de cuidado y atención del menor.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

En la página 13 se incluye un párrafo en el que trata de explicarse una atribución al Fiscal, pero se redacta de forma que no llega a comprenderse qué es lo que se le atribuye:

Las altas funciones que se encomiendan al Ministerio Fiscal, como superior vigilante de la actuación administrativa en protección de menores, deben verse acompañadas de los suficientes medios a fin de que pueda ejercerlas de manera efectiva, evitando que sus esfuerzos queden limitados a un simple voluntarismo carente de operatividad práctica o que su actuación sea meramente simbólica. Con carácter general los informes sobre la situación educativa, social, familiar y psicológica de los menores en situación de riesgo o desamparo de los que se sirve el Ministerio Fiscal proceden de la propia Entidad Pública o de las Corporaciones locales, y así se recoge en el artículo 174.

Se sugiere una redacción más adecuada, que sería la que sigue:

Las altas funciones que se encomiendan al Ministerio Fiscal, como superior vigilante de la actuación administrativa en protección de menores, deben verse acompañadas de los suficientes medios a fin de que pueda ejercerlas de manera efectiva, evitando que sus esfuerzos queden limitados a un simple voluntarismo carente de operatividad práctica o que su actuación sea meramente simbólica. A tales efectos, expresamente se le asigna la posibilidad de solicitar informes adicionales a los presentados por la Entidad Pública.

Al final de la página 13 aparece el siguiente inciso:

Por otra parte, en el artículo 176 se recoge una definición de la idoneidad para adoptar que propicie una base común más sólida que la hasta ahora existente

Se sugiere su sustitución por el siguiente:



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

Por otra parte, se incorpora al artículo 176 una definición de la idoneidad para adoptar, a fin de fortalecer la seguridad jurídica

En la página 15 aparece el siguiente inciso:

Por otra parte, en el artículo 303 se incluye la posibilidad de otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores de hecho, a la vez se dispone en qué casos de guarda de hecho procede la declaración de desamparo y en cuales la privación de la patria potestad y nombramiento de tutor.

Se recomienda su sustitución por el siguiente:

Por otra parte, en el artículo 303 se incluye la posibilidad de otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores de hecho. Se establecen además los supuestos de guarda de hecho que deben motivar la declaración de desamparo y los supuestos ante los que ha de procederse a la privación de la patria potestad y nombramiento de tutor.

En la página 16 aparece el siguiente inciso:

Es objeto también de la reforma aclarar el marco competencial deslindando las competencias de las diversas Administraciones Públicas y adaptar la Ley a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.

Se sugiere su sustitución por:

Se deslindan las competencias de las diversas Administraciones Públicas y se aplican las previsiones de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de *Garantía de la Unidad de Mercado*.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

En la página 16, los párrafos tercero y cuarto se encabezan, incurriendo en *reiteración en el empleo de "Por otra parte"*.

También en la página 16 aparece el siguiente inciso:

Por otra parte, se adapta el lenguaje utilizado subrayando el interés superior del menor como consideración fundamental en la adopción; definiendo a los futuros adoptantes como personas que se ofrecen para la adopción en lugar de solicitantes de la misma, término este inadecuado y aplicando la terminología del Convenio de La Haya referida a los Organismos acreditados en lugar de la de entidades colaboradoras, así como la introducción en otros preceptos de terminología más precisa.

Se sugiere su reemplazo por el siguiente:

Se subraya el interés superior del menor como consideración fundamental en la adopción y se define a los futuros adoptantes, no como solicitantes, sino como personas que se ofrecen para la adopción. Siguiendo la terminología del Convenio de La Haya las Entidades colaboradoras de adopción internacional pasan a denominarse Organismos acreditados para la adopción internacional.

Al final de la página 17 aparece el siguiente inciso:

Por otra parte, las mayores garantías se refuerzan particularmente respecto a los controles sobre los beneficios financieros indebidos con los artículos 4, 6 y 26.

Se propone su sustitución por el siguiente:

Se refuerzan en los artículos 4, 6 y 26 los controles sobre los beneficios financieros indebidos.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

Al final de la página 18 se cita mal una sentencia del TEDH. Se dice "HARROUDJ c. de 4 de enero de 2013" y debiera decirse "Harroudj c. Francia, de 4 de enero de 2013"

El primer párrafo de la página 18 dice:

Mediante la modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil se introducen reformas procesales que buscan obtener de los Tribunales la tutela más efectiva posible de los derechos e intereses de los menores, mejorando los procedimientos ya existentes, haciéndolos verdaderamente efectivos o corrigiendo aspectos que en la práctica cotidiana han dado lugar a interpretaciones contradictorias.

Se sugiere su sustitución por el siguiente:

Se modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil a fin de reforzar la tutela judicial efectiva en defensa de los derechos e Intereses de los menores, introduciendo mejoras en los procedimientos ya existentes, orientadas a hacerlos más efectivos y aclarando puntos que en la práctica han generado interpretaciones contradictorias.

En la página 19 el párrafo tercero es del siguiente tenor:

Al regularse un mismo procedimiento para la oposición a todas las resoluciones administrativas, con independencia de su contenido o de las personas afectadas, se amplía la legitimación activa del mismo, extendiéndose a los padres, tutores, guardadores, Ministerio Fiscal y aquellas personas que expresamente en la ley se le reconozcan y siempre que tengan interés legítimo y directo en la referida resolución. No se trata, pues, de otorgar una legitimación generalizada a todos



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

ellos y en todo caso, sino sólo en aquellos procedimientos que se sigan contra resoluciones que directamente les afectan.

Se recomienda su sustitución por el siguiente:

Se establece un mismo procedimiento para la oposición a todas las resoluciones administrativas, con independencia de su contenido o de las personas afectadas, ampliándose la legitimación activa.

Madrid a 11 de julio de 2014

**EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO
PRESIDENTE DEL CONSEJO FISCAL**



Edgardo Torres-Dulce Lifante