

## **XI. 1.D. PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA. ASPECTOS PROCESALES. MODIFICACIÓN PARCIAL DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL<sup>28</sup>**

**Isabel Tapia Fernández**

**I. La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio. A) Artículo 1 de la LO 8/2015: modificación de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. 1. Derecho del menor a ser oído. 2. Protección específica del menor con problemas de conducta. B) Artículo 2 de la LO 8/2015: modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. 1. El procedimiento de ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos. 2. El procedimiento para adoptar la medida de entrada y registro en el domicilio y otros lugares para la ejecución forzosa de las medidas de protección de menores. C) Disposición Adicional Tercera: modificación de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género.**

**II. La Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. A) Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. B) Procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción.**

En el amplio marco jurídico de protección del menor, que en los últimos veinte años se ha ido desarrollando en nuestro país, los aspectos procesales adquieren considerable importancia, partiendo de dos principios esenciales: la consideración del interés superior del menor (también en sus relaciones con

---

28.- No me voy a referir aquí a los aspectos penales de protección al menor (ni como víctima, ni como sujeto infractor), puesto que las dos normas básicas de reforma de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (la LO 8/2015, de 22 de julio; y la L 26/2015, de 28 de julio) apenas han supuesto novedad alguna en materia criminal. Sólo unas normas con relación a los procesos sobre violencia de género, y la creación del registro central de delincuentes sexuales, que afectan a los menores como sujetos dignos de especial protección.

la Administración de Justicia), y la consideración del menor como verdadero sujeto de derechos (también procesales).

Como se dice en la Introducción de este trabajo, no se trata de efectuar un completo tratado de la protección jurídica del menor, sino simplemente de poner de relieve las modificaciones que sendas leyes (la LO 8/2015, y la Ley 26/2015) han introducido en la regulación que, en una evolución imparable de la protección de la infancia, protegen la integridad del menor en todos los sentidos.

Para mejor sistematización de las novedades procesales que dichas leyes han aportado en la materia de que se trata, seguiré el desarrollo de ambas leyes y sus principales innovaciones.

### **I. La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a adolescencia.**

Esta Ley, que modifica y desarrolla aspectos orgánicos referentes al menor, consta de dos artículos y tres disposiciones finales.

En el artículo 1 se modifica la LO de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero de 1996.

En el artículo 2 se modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

En la Disposición Final Primera, se modifica la LOPI, de 1 de Julio de 1985.

En la Disposición Final Segunda, se modifica la LO 4/2000, relativa a los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.

Finalmente, la Disposición Final Tercera modifica la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Violencia de Género.

Evidentemente, es el artículo 2 (modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil) la norma que más interés tiene en relación con los aspectos procesales. Pero aun así, las restantes normas también contienen modificaciones de interés en relación del menor y su actuación ante los Tribunales.

En todo el contexto legal, la intervención del Ministerio Fiscal en defensa de los derechos del menor es una constante.

## **A) Modificación de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (Art. 1 LO 8/2015).**

A este respecto, lo más significativo es el desarrollo de las garantías procesales cuando en un proceso se adopte una medida en interés superior del menor. El art. 2 de la LO 1/1996 queda reformado en el sentido de desarrollar ampliamente el derecho del menor a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. Y, en concreto, en el punto 5 de este artículo se establecen una serie de derechos y garantías procesales, que se pueden sistematizar en tres apartados: a) derecho del menor a participar en el proceso (siendo oído, informado, asesorado y acompañado en el proceso por personal cualificado, progenitores, representantes legales y Ministerio Fiscal en defensa de sus intereses); b) derecho a que las decisiones judiciales contengan una motivación precisa razonando los criterios que se han utilizado para llegar a tal decisión y argumentando que se han respetado todas las garantías procesales; c) derecho a que las decisiones judiciales puedan ser revisadas por el mismo tribunal u otro superior cuando no se haya considerado el interés superior del menor como primordial, o existan cambios significativos que hagan necesaria la revisión de tal decisión. Y, por supuesto, derecho del menor a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos.

Verdaderamente, estos derechos y garantías procesales que el art. 2.5 reformado establece no suponen una novedad, en cuanto que tales derechos y garantías se contienen en las propias normas procesales con relación a los mayores de edad. Pero, a mi juicio, lo que la Ley de reforma ha querido subrayar es la importancia que la observancia de estos derechos y garantías procesales exige cuando se trata de menores de edad que, de una forma u otra, se ven relacionados con un proceso judicial.

### **1. Derecho del menor a ser oído.**

El art. 9 de la LO 1/1996 de Protección del Menor, resulta modificado por la LO 8/2015; desarrolla el contenido del derecho del menor a ser oído en un proceso judicial; y amplía enormemente la redacción originaria.

Ya diversas normas internacionales habían hecho hincapié en la necesidad de reconocer al niño su derecho a ser escuchado<sup>29</sup> en todos los ámbitos de su vida, y también en sus relaciones con los Tribunales; y la Ley de Protección del Menor en su redacción originaria así lo establecía. Ahora, con la reforma del art. 9 de esta Ley, se refuerza el derecho del menor a ser oído, y se recogen las prevenciones que la Observación General 12 del Comité de los Derechos del Niño establece al respecto y que se concretan en una serie de prescripciones. Así, según las prevenciones del art. 9 reformado:

- a) El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, en el ámbito familiar o en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado. Sus opiniones se deberán tener en cuenta en función de su edad y madurez.
- b) Para ejercitar este derecho, el menor deberá recibir la debida información, con criterios accesibles y adaptados a sus circunstancias.
- c) En los procedimientos judiciales (y administrativos), las audiencias del menor y sus comparecencias tendrán carácter preferente. Se realizarán de acuerdo con la madurez y situación del niño, y con la asistencia de profesionales cualificados.
- d) En las comparecencias ante los Tribunales se cuidará preservar su intimidad.
- e) Se utilizará un lenguaje comprensible y cuidando de que entienda lo que se le pregunta y las consecuencias de su opinión.
- f) Se respetarán plenamente todas las garantías del procedimiento.

Prevé el número 2 del art. 9 que cuando el menor tenga “suficiente madurez” pueda ejercitar este derecho de audiencia por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. Se le garantiza la asistencia de intérprete, en su caso; y se prevé que el menor pueda expresar su opinión verbalmente o a través de otras formas de comunicación no verbales.

---

29.- En especial, la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, que en su art. 12 dice: “1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

Como el concepto de “madurez suficiente<sup>30</sup>” es indeterminado y poco preciso, la propia norma establece unas objetivaciones del mismo, entendiendo que cuando tenga el niño doce años cumplidos, se considera en todo caso que tiene suficiente madurez; y que en los demás casos, la madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta el desarrollo evolutivo del menor y su capacidad para comprender y evaluar el concreto asunto.

Cuando no sea posible el ejercicio del derecho de audiencia por sí mismo o “no convenga” al interés del menor, se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales o a través de profesionales o personas del confianza del menor.

El punto aquí más conflictivo es averiguar cuándo no “conviene al interés del menor” que ejercite por sí el derecho de audiencia. Entiendo que como en todo caso la presencia del Ministerio Fiscal es indispensable en cualquier asunto que afecte al niño con relación a la Administración de Justicia, será el propio Ministerio Público y los Servicios Técnicos Psicosociales los que indicarán el grado de conveniencia de actuar el niño por sí mismo o no.

Finalmente, el art. 9, párrafo 3, prevé la forma en que se producirá la resolución denegatoria de la comparecencia o audiencia de los menores: será motivada incidiendo en que tal resolución se toma en el interés superior del menor. Se comunicará al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante. Y en ella constarán explícitamente los recursos que caben contra tal decisión.

El resultado de la audiencia del menor y la valoración que de ella hace el Tribunal deberá constar en la resolución que en su día se pronuncie sobre el fondo del asunto.

## **2. Protección específica del menor con problemas de conducta.**

La LO 8/2015 introduce “ex novo” un Capítulo IV en el Título II de la Ley de Protección Jurídica del menor, referido a los centros de protección de menores con problemas de conducta.

Este Capítulo comprende los arts. 25 a 35, y contiene una serie de normas administrativas variadas, incluidas medidas de seguridad y medidas de contención y disciplinarias, que ya han sido examinadas en los apartados

---

30.- La Ley de reforma sustituye el anterior término “juicio” por “madurez”, más adecuado.

anteriores. Por lo que afecta a los aspectos procesales, el más significativo es que el ingreso del menor en uno de estos Centros de protección específicos exige autorización judicial y ha de seguir el procedimiento previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que será examinado más adelante.

Estos Centros, sometidos a estándares internacionales y a control de calidad (dice el art. 25), estarán destinados al acogimiento residencial de menores que estén en situación de guarda o tutela de la Entidad Pública, diagnosticados con problemas de conducta (conductas disruptivas o disociales recurrentes, transgresoras de las normas sociales y los derechos de terceros), siempre que esté justificado por las necesidades de protección del niño y determinado por una valoración psicosocial especializada. La finalidad del ingreso del menor es su educación y la normalización de la conducta; y constituirá el último recurso con vistas siempre a su educación.

Exigencia inexcusable es la autorización judicial; y la solicitud será a instancia de la Entidad Pública que ostente la tutela o guarda del menor, o del Ministerio Fiscal. La solicitud de ingreso será motivada y fundamentada en informes psicosociales emitidos por personal especializado en la protección de menores (art. 26).

Por razones de urgencia, podrá acordarse por la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal el ingreso en el Centro sin la preceptiva autorización judicial; pero inmediatamente se deberá comunicar al Juez competente, y en todo caso en un plazo máximo de 24 horas, aportando la información de que se disponga y el justificante del ingreso inmediato. El Juzgado resolverá en el plazo máximo de setenta y dos horas.

Una vez efectuada la solicitud de ingreso, con los requisitos vistos, se seguirá el procedimiento regulado en el art. 778 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicho procedimiento se examinará en el epígrafe B.

Todas las medidas que se adopten con ocasión del ingreso del menor en un Centro especializado, que signifiquen una limitación del régimen de visitas y los permisos de salida, podrán ser recurridas por el menor o por el Ministerio Fiscal ante el órgano judicial que conozca del ingreso del menor en el Centro. El Juez resolverá lo que estime procedente a la vista de los informes del Centro, de las audiencias del menor, de las personas interesadas y del Ministerio Fiscal. Igualmente se procederá cuando se adopte una medida restrictiva del derecho de comunicaciones al menor y del secreto de las mismas; o cuando se adopten medidas de seguridad con finalidad educativa.

## **B) Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (Art. 2 LO 8/2015).**

En la Ley de Enjuiciamiento Civil se introducen dos artículos nuevos<sup>31</sup>: los arts. 778 bis, y 778, ter.

### **1. El procedimiento de ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos: art. 778 bis.**

Se acaba de ver cómo esta LO 8/2015 modifica la LO de Protección del Menor para tratar de los Centros de protección específicos de menores con problemas de conducta; y cómo se exige que el internamientos en estos Centros cuenten con la necesaria autorización judicial. Pues bien, ahora, se reforma la Ley de Enjuiciamiento Civil para regular el procedimiento de internamiento de estos menores en esos Centros<sup>32</sup>. De este modo, el art. 778 bis, en una extensa norma, regula el procedimiento de ingreso en los siguientes términos:

– El Juez competente para autorizar el ingreso es el de Primera Instancia<sup>33</sup> del lugar donde radique el Centro (núm. 2 del art. 778 bis).

El Juez de Primera Instancia del lugar donde radique el Centro es el competente para conocer de todo el proceso de internamiento. Pero si el menor fuera trasladado de Centro Específico, prevé el núm. 6 del art. 778 bis que será el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde radique el nuevo Centro el encargado de conocer del procedimiento (no se produce así la norma general de la *perpetuatio iurisdictionis*).

---

31.- Sendas normas se insertan en el Capítulo IV (del Título Primero del Libro IV), que lleva por rúbrica “De los procesos matrimoniales y de menores”. Se podía haber aprovechado la reforma para dividir el Capítulo en dos secciones independientes, comprensivas, la primera a los procesos matrimoniales; y la segunda a los procesos de menores.

Téngase en cuenta que el Cpítulo IV bis (del Título Primero del Libro IV) también constituye una novedad; pero esta vez no la produce la LO 8/2015, sino la Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015, de 2 de Julio. Este Capítulo IV bis, comprensible de los arts. 778 quater, quinquies, y sexies regula las medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional, que han sido estudiadas en un apartado anterior de este trabajo.

32.- Con anterioridad a esta nueva regulación, el ingreso de un menor con trastornos de conducta en un Centro especializado se regía por el art. 271 del Código Civil. Y el procedimiento para solicitar la autorización judicial era el de jurisdicción voluntaria previsto en el art. 273.

33.- Obsérvese que no se atribuye la competencia a los Juzgados de Menores, como sería lo más lógico. La LOPJ, cuando en el art. 97 hace referencia a las competencias de los Jueces de Menores se está refiriendo a “conductas tipificadas por la ley como delito o falta (i) y aquellas otras que les atribuyan las leyes así como de la emisión y la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que les atribuya la ley”.

– La legitimación para solicitar la autorización judicial del ingreso del menor la ostentan la Entidad Pública que tiene la tutela o guarda del menor, y el Ministerio Fiscal (núm. 1 del art. 778 bis). No prevé la Ley que puedan solicitar la autorización de internamiento los progenitores o tutores que ostenten la patria potestad. Entiendo que no es una exclusión consciente, sino un olvido del Legislador; puesto que una vez que el órgano judicial admita la solicitud, se dará audiencia a la Entidad Pública y también a los progenitores; y éstos pueden también recurrir la resolución judicial que se adopte con ocasión de la solicitud de ingreso.

– La autorización judicial previa es obligatoria. Sin embargo, cuando razones de urgencia aconsejen la inmediata adopción de la medida, el Ministerio Fiscal y la Entidad Pública podrán acordarla, comunicando al Juzgado competente (el de Primera Instancia del lugar en que radique el Centro especializado), dentro de las 24 horas siguientes, la adopción de la medida. El Juez, en el plazo máximo de 72 horas deberá pronunciarse, ratificando la medida. Si no la ratifica, se deberá dejar sin efecto inmediatamente el ingreso acordado (núm 3 del art. 778 bis).

– Una vez que recibe el Juez la solicitud de ingreso, deberá:

- examinar y oír al menor. Ya hemos dicho que el menor tiene derecho a ser informado sobre el ingreso en términos que sean accesibles a su edad y circunstancias;
- oír a la Entidad Pública, a los progenitores o tutores que ostenten la patria potestad o tutela, y a cualquier persona que estime procedente o sea solicitada;
- recabar el dictamen al menos de un facultativo por él designado;
- practicar cualquier otra prueba que considere relevante o le sea instada.

– El Ministerio Fiscal deberá emitir un informe sobre la conveniencia del internamiento del menor.

– Realizadas las anteriores diligencias, el Juez deberá pronunciarse sobre la solicitud (o ratificación, si se adoptó con urgencia) de ingreso. Prevé la Ley que el ingreso sea la última medida, y solamente tendrá lugar cuando no resulte posible atender al menor con medidas menos restrictivas (núm. 4 del art. 778 bis).

– La resolución<sup>34</sup> del Juez podrá ser recurrida en apelación por el menor afectado, la Entidad Pública, el Ministerio Fiscal, los progenitores o tutores que tengan legitimación para oponerse en materia de protección de menores (las que enumera el art. 780 LEC). El recurso de apelación no tendrá efecto suspensivo, lo que significa que mientras se resuelve, el menor continuará ingresado en el Centro (núm. 5 del art. 778 bis).

– La resolución que acuerda el ingreso, por expresa disposición del art. 2.5 de la LO 1/1996, de Protección del Menor (reformada por la LO 8/2015), será motivada razonando los criterios utilizados para su adopción y los elementos aplicados, así como se expresará en ella que se han respetado todas las garantías procesales (derecho de información, de asistencia, de participación... etc.).

Además, el núm. 6 del art. 778 bis, exige que en la misma resolución en la que se autorice el ingreso, se exprese la obligación de la Entidad Pública y del Director del Centro de informar periódicamente al Juzgado y al Ministerio Fiscal sobre las circunstancias del menor y necesidad de mantener la medida. Estos informes periódicos se emitirán cada tres meses, a no ser que el Juez considere que debe señalar un plazo inferior.

– Por resultar una medida restrictiva de los derechos del menor, prevé la Ley que el período de permanencia del menor en el Centro especializado sea el estrictamente necesario para atender a sus necesidades específicas. Por eso, prevé la Ley que se produzcan estos informes periódicos; de modo que una vez recibidos los informes y previa práctica de la prueba que el Juez considere pertinente, oído siempre el menor y el Ministerio Fiscal, el Juez acordará lo procedente sobre la continuación o no del ingreso.

– El cese de la medida se puede producir bien de oficio por el Juez competente, bien a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal, fundamentada en un informe psicológico, social y educativo (núm. 7 del art. 778 bis).

– De todas las resoluciones que se adopten será informado el menor (núm. 8 del art. 778 bis).

---

34.- No dice la Ley qué tipo de resolución será; pero entendemos que habrá de adoptar la forma de Auto, por ser una resolución interlocutoria motivada que no pone fin al proceso.

## **2. Procedimiento para adoptar la medida de entrada y registro en el domicilio y otros lugares para la ejecución forzosa de las medidas de protección de menores.**

Cuando para la ejecución de las medidas de protección de los menores, cualquiera que ésta sea, se necesite el acceso y registro de un domicilio u otro lugar, el nuevo art. 778 ter LEC ha previsto un procedimiento respetuoso con la necesaria garantía de los derechos fundamentales en juego: la necesaria protección del menor, y la necesaria protección de la inviolabilidad del domicilio.

El acceso y registro de un domicilio u otro lugar que requiera consentimiento de su titular exigen inexcusablemente la correspondiente autorización judicial, suficientemente regulada en la legislación procesal común y extraordinariamente perfilada por la abundantísima jurisprudencia al respecto. Ahora, la Ley reforma el procedimiento de entrada y registro cuando se trate de llevar a cabo la ejecución forzosa de medidas de protección de menores. Y ello por cuanto en estas circunstancias es comprensible la extraordinaria celeridad en su resolución. Por eso, el Legislador ha introducido un art. 778 ter, con la siguiente estructura:

– La competencia ha sido reformada. Hasta ahora era competente la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que (como se dice en el Preámbulo de la LO 8/2015) existiera un procedimiento específico, ágil y sencillo, que garantice plenamente el equilibrio de los intereses en juego: el superior interés del menor afectado y el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el art. 18.2 de la Constitución.

Ahora, se atribuye la competencia para la autorización de entrada en domicilio al Juzgado de Primera Instancia del lugar donde radique el domicilio o lugar al que se pretende acceder. Se considera así que es más lógico que tengan jurisdicción los Tribunales civiles, y no los de lo Contencioso-Administrativo que centran su quehacer en el control de la corrección de la actividad administrativa sometida a su conocimiento<sup>35</sup>.

– La legitimación para solicitar la autorización judicial para la entrada la tiene la Entidad Pública (el Centro correspondiente de la Administración Pública que ostenta la tutela o guarda del menor).

---

<sup>35</sup>.- Para complementar esta norma competencial, se reforma también el art. 91.2 LOPJ, excluyendo de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo “...que se trate de la ejecución de medidas de protección de menores acordadas por la Entidad Pública competente en la materia”.

No prevé la norma que pueda solicitar la autorización el Ministerio Fiscal; pero, a mi juicio, nada lo impide, teniendo presente la absoluta participación del Ministerio Fiscal en todos los procedimientos en defensa del menor.

– La solicitud se hará por escrito, donde se harán constar una serie de circunstancias necesarias para su concesión: la resolución administrativa o expediente que haya dado lugar a la solicitud; el concreto domicilio o lugar al que se pretende acceder; la identidad del titular del domicilio o del ocupante del mismo; la justificación del intento de haber recabado el consentimiento sin éxito; la justificación de la necesidad de la medida para los fines que se pretenden alcanzar (la protección del menor).

– Recibida la solicitud en el Juzgado competente (el de Primera Instancia del lugar donde radique el domicilio de la Entidad Pública), el Secretario Judicial dará traslado de ella en el mismo día al titular u ocupante del domicilio, para que en 24 horas alegue lo que a su derecho convenga sobre la procedencia o no de conceder la autorización.

Alegado lo procedente por el titular u ocupante del domicilio o, en todo caso, transcurridas las 24 horas sin que haya presentado alegaciones, el Juez dictará un Auto de entrada, en las 24 horas siguientes y previo informe del Ministerio Fiscal.

Puede el Juez, por razones de urgencia, dictar inmediatamente el Auto de entrada sin dar traslado al titular u ocupante del domicilio, previo informe del Ministerio Fiscal. Este Auto deberá motivar por separado las razones de urgencia y la concurrencia de los requisitos de la medida.

Como razones de urgencia, el art. 778 ter enumera dos: que la demora pueda suponer un riesgo para la seguridad del menor; y que existe afectación real e inmediata de sus derechos fundamentales.

– El Auto que resuelve la solicitud de entrada y registro ha de contener una motivada valoración del Juez en el sentido de que concurren todas y cada una de las circunstancias y requisitos procesales exigidos: la competencia de la Entidad Pública para acordar el acto que se pretende ejecutar; la concurrencia de todos los extremos exigidos para la solicitud; la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida para alcanzar el fin perseguido; la duración de la medida, que habrá de ser la estrictamente necesaria para ejecutar la medida de protección. Este Auto se notifica a las partes que intervienen en el procedimiento; y un testimonio del mismo se entrega a la Entidad Pública solicitante para que proceda a su realización. El Auto

resolutorio de la solicitud es apelable en el plazo de tres días, sin que tenga efectos suspensivos.

– La entrada en el domicilio se practicará por el Secretario Judicial acompañado de la Entidad Pública solicitante. Si fuera preciso, podrá auxiliarse de la fuerza pública. La práctica de la diligencia de entrada y registro se efectuará de acuerdo con las normas generales contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 545 y ss), que a mi juicio son supletorias en lo no previsto para la diligencia específica.

### **C) Modificación de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género ( Disposición Adicional Tercera).**

Mediante esta Disposición Adicional Tercera, la LO 8/2015, de 22 de Julio, modifica la Ley de Violencia de Género para integrar en ella a los menores sujetos a tutela, guarda o custodia, víctimas de la violencia de género<sup>36</sup>.

Y en este sentido, el art. 65 LVG, referido a la suspensión de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento o tutela de los inculcados por violencia de género, añade un párrafo segundo que prevé que “si no acordara el Juez la suspensión, deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores”. Y garantizará la seguridad, la integridad y la recuperación de los menores y de la mujer, realizando un seguimiento periódico de su evolución.

Y con relación al art. 66, que prevé la medida de suspensión de visitas del inculcado por violencia de género a sus descendientes, la nueva redacción de este artículo establece que aunque no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculcado respecto de los menores

---

36.- Además de estas modificaciones de la LO de Violencia de Género operada por la LO 8/2015, ya unos meses antes, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito había modificado la LEC, para introducir un nuevo precepto, en sede de medidas cautelares personales, el art. 544 quinquies, de forma que, mientras se investiga un delito de los comprendidos en el art. 57 del Código Penal (homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, torturas, integridad moral, trata de seres humanos... etc), el Juez de Instrucción (o de Violencia de Género) correspondiente, a fin de proteger a la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, habrá de adoptar una serie de medidas cautelares que, en esencia, coinciden con las de los arts. 65 y 66 de la Ley de Violencia de Género modificada: suspender la patria potestad, suspender la tutela, curatela o guarda del menor, suspender o modificar el régimen de visitas o comunicación con el cónyuge no conviviente o con otro familiar, fijar el régimen de visitas o de supervisión o el ejercicio de la patria potestad, tutela o cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo sobre el menor...etc, y cuantas medidas puedan resultar necesarias para una eficaz protección del menor.

que dependan de él; y adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, la integridad y la recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución.

## **II. La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.**

Esta Ley tiene como objeto introducir los cambios necesarios en la legislación española de protección a la infancia y a adolescencia que permitan continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado y que constituyen una referencia para las comunidades autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia (Preámbulo de la Ley 26/2015).

La Ley se estructura en cuatro artículos y diversas disposiciones finales, adicionales y transitorias.

El art. primero modifica la LO Protección del Menor 1/1996.

El art. segundo modifica el Código Civil.

El art. tercero, modifica la Ley 54/2007, de Adopción Internacional.

El art. cuarto, la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

Por lo que afecta a las reformas procesales, obviamente nos interesa las modificaciones introducidas por el art. cuarto de la Ley 26/2015, en cuanto que reforman diversos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Todo ello sin perjuicio de la presencia constante del Ministerio Fiscal en todos los aspectos de la reforma integral, como superior vigilante de la actuación administrativa en protección de menores<sup>37</sup> (como se dice en el Preámbulo de la Ley).

Sin perjuicio de otras modificaciones menores, la Ley 26/2015 introduce novedades de interés:

– añade un nuevo Capítulo IV bis para regular las medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional<sup>38</sup> ;

---

37.- En materia de menores, ya el art. 749 LEC ordena que el Fiscal intervenga en todos los procesos en los que el interesado es un menor. Su intervención se concreta en el continuo seguimiento de la situación del menor, en su periódico control sobre las medidas que le afectan, y la promoción de cuantas medidas judiciales de protección que estime necesarias (Véase la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores).

38.- Tema que trata el Académico D. Carlos Gómez.

– modifica el Capítulo V, Título I del Libro IV, que lleva por rúbrica “De la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y del procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción” (arts. 779 a 781 bis).

En la materia regulada por este Capítulo V se ha de tener en cuenta una abundante doctrina del Tribunal Constitucional que pone de manifiesto la importancia de los intereses en juego: los intereses de los menores sobre los que recae la resolución administrativa, y los intereses de sus progenitores y demás personas implicadas en la situación personal y familiar. Por ello, es lógico que en este tipo de procesos se ofrezca una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a adoptar, así como la posibilidad de aportar documentos y todo tipo de justificaciones. Todo ello en garantía de que todos los intereses en juego quedan protegido, por la que velarán tanto el Ministerio Fiscal como el Juez que conoce del procedimiento, el cual tiene una amplias facultades de actuación de oficio.

#### **A) Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Art. 780.**

Estos procedimientos tendrán carácter preferente y la competencia corresponderá a los Juzgados de primera Instancia del domicilio de la entidad Pública y, en su defecto o en los supuestos de los art. 179 y 180 del Código Civil, el Tribunal del domicilio del adoptante: art. 779. Esta norma ya existía con esta redacción, pero ahora lo único que hace la Ley 26/2015 es sustituir la anterior terminología de “Entidad protectora”, por “Entidad Pública”.

Por lo que respecta al procedimiento en sí, éste estaba muy sucintamente tratado. Ahora se reforman los apartados 1 y 2 del art. 780, y se añade un apartado 5, quedando el procedimiento mucho mejor regulado. Así:

- No se exige reclamación previa en vía administrativa para formular ante los tribunales civiles el procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas (no es una novedad).
- Unifica el plazo de dos meses desde la notificación de la resolución administrativa para formular la oposición. Con anterioridad, la Ley distinguía dos o tres meses, según el tipo de resolución administrativa de que se tratase.

- Legitimación: la Ley de reforma regula “ex novo” las personas que están legitimadas para formular oposición: los menores afectados por la resolución; los progenitores, tutores, acogedores, guardadores, el Ministerio Fiscal y aquellas personas que expresamente la ley les reconozca tal legitimación, “siempre que tengan interés legítimo y directo en tal resolución” (dice el nuevo párrafo segundo del núm.1 del art. 780).

La acreditación del interés legítimo y directo en el procedimiento de oposición a la resolución administrativa no se concreta en criterios objetivos seguros. Sin duda, la amplia facultad del Juez para apreciarla le otorgará los parámetros adecuados para medir ese interés legítimo y directo, que habrá de ser examinado teniendo en cuenta cada caso concreto.

Recoge el párrafo tercero de este núm. 1 del art. 789 la insistente voluntad del Legislador de que el menor tenga derecho a ser parte y ser oído en los términos vistos (introducidos por la LO 8/2015), ejercitando sus pretensiones a través de sus representantes legales siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos; o a través de persona que se designe como su defensor para que le represente.

- El procedimiento comenzará mediante un escrito de cualquiera de las personas legitimadas en que se expresará la pretensión y se señalará la resolución a la que se opone. Una novedad de la Ley 26/2015 es que en el escrito se habrá de consignar expresamente la fecha de notificación de la resolución administrativa (para advertir que se cumple el plazo de los dos meses desde su notificación); y se habrá de manifestar si existen procedimientos relativos a ese menor. La finalidad de esta manifestación es la de proceder –si es que existen varios procedimientos relativos a ese menor– a su acumulación, como prevé el art. 76 LEC reformado, y como se desarrolla ahora en el nuevo número 5 de este art. 780.
- La acumulación de procesos contra un mismo menor se acuerda bien de oficio, bien a petición del Ministerio Fiscal o alguna de las partes. Si son las partes las que lo piden, el Juez la “dispondrá” (es un imperativo que le exige el precepto), procediéndose a la acumulación ante el Juzgado que estuviera conociendo del procedimiento más antiguo. Una vez efectuada la acumulación, se procederá como con carácter general dispone el art. 84 LEC, con la especialidad de que no se suspenderá la vista que estuviera señalada si fuera posible tramitar el resto de procesos acumulados dentro del plazo determinado por el señalamiento. Si no

fuera posible, el Secretario Judicial acordará la suspensión de la vista fijada, hasta que los otros se hallen en el mismo estado; y se procederá a señalar nueva vista para todos con carácter preferente y, en todo caso, dentro de los diez días siguientes.

El auto que acuerde la acumulación no es recurrible. El que la deniegue es susceptible de recurso de reposición y apelación sin efectos suspensivos.

- El resto del procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas no ha sufrido reforma alguna: el Secretario Judicial reclamará a la Entidad Administrativa testimonio completo del expediente, que habrá de remitir en el plazo de veinte días. Recibido el expediente, el Secretario emplazará al demandante para que presente la demanda en el plazo de veinte días. El procedimiento se sigue según las disposiciones generales a todos los procesos del Título I del Libro IV LEC (procesos relativos a la capacidad, filiación, matrimonio y menores).
- La sentencia que se dicte en estos procesos tiene una especialidad introducida por la Ley 26/2015, y es que se excluye expresamente la posibilidad de ejecutar provisionalmente la sentencia (art.525.1, que añade a las resoluciones que no son provisionalmente ejecutables, las sentencias que ponen fin a los procesos de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores<sup>39</sup>).

## **B) Procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción. Art. 781.**

El Código Civil regula la adopción en los arts. 175 y ss, previendo que se constituya por resolución judicial tras un procedimiento que establece el propio Código Civil: tras la declaración de idoneidad por la Entidad Pública correspondiente, se iniciará el expediente de adopción que se tramita conforme a los arts. 176, 177 y 177 bis. La propuesta de adopción se trasladará al Juez competente.

La adopción requiere el consentimiento del adoptante o adoptantes y del menor que tenga más de 12 años; y requiere también el asentimiento de los progenitores del adoptando no emancipado, a no ser que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme, o que se hallaren incurso en una

---

39.- Este art. 525.1, reformado por la Ley 26/2015, ha vuelto a sufrir otra modificación apenas tres meses después, por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC, que añade a lo anterior "... así como sobre las medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional".

causa de privación de la patria potestad. Pues bien, para apreciar esta circunstancia, se habrá de efectuar de manera contradictoria y a través del procedimiento judicial establecido en el art. 881 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Este art. 881 (: “Procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción”) ha sido reformado profundamente por la Ley 26/2015, regulándolo detalladamente.

El número 1 del art. 881 no ha sido apenas reformado. Tan sólo sustituye la expresión “padres” por “progenitores”, los cuales tienen un plazo de quince días para que presenten la demanda ante el Juez que está conociendo del correspondiente expediente de adopción. Durante ese plazo se suspende el expediente de adopción. Si en ese plazo no presentan la demanda, el Secretario dicta decreto dando por finalizado el trámite y alzando la suspensión del expediente, que continúa tramitándose de acuerdo con lo establecido con la legislación de Jurisdicción Voluntaria (número 2 del art. 881).

La Ley 26/2015 ha añadido un número 3 al art. 881, donde contiene una completa regulación del procedimiento contradictorio para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción. Y así, establece que:

- Si se presenta la demanda en el plazo previsto, solicitando la necesidad de asentimiento de los progenitores, se declara por el Secretario Judicial contencioso el expediente de adopción, y se seguirá un procedimiento incidental en pieza separada, el cual se tramita según lo previsto en el art. 753, que es el precepto que establece el proceso tipo (juicio verbal con especialidades) previsto con carácter general para los procesos especiales del Título Primero (procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores).
- Dice la norma que “una vez firme la resolución que se dicte en la pieza separada sobre la necesidad del asentimiento de los progenitores del adoptando...”. No dice la Ley qué tipo de resolución habrá de dictar el Juez. Puesto que, a mi juicio, se trata de un incidente debería ser un Auto motivado; pero, puesto que el proceso que se sigue es el juicio verbal, podría ser una sentencia. Si tenemos en cuenta que el propio art. 781 prevé que sea un auto la resolución que ponga fin al procedimiento de adopción, parece razonable que también adopte la forma de auto la resolución que resuelve sobre la circunstancia de la necesidad de asentimiento en ella.

- Sea como fuere, una vez firme la resolución recaída en la pieza separada, el Secretario Judicial cita ante el Juez a las personas que según el art. 177.3 del Código Civil deban prestar consentimiento o asentimiento si aún no lo han hecho ( los progenitores que no hayan sido privados de la patria potestad, el tutor y, en su caso, la familia acogedora, y el guardador o guardadores; y, por supuesto el menor, mayor de doce años o menor de doce años de acuerdo con su edad y madurez). Y una vez oídos en su presencia, resuelve a continuación sobre la adopción.

El auto que ponga fin al procedimiento será susceptible de recurso de apelación con efectos suspensivos. Y un testimonio del auto que acuerda la adopción se remite al Registro Civil para que se practique su inscripción.