

# Los conflictos de Derecho de Familia desde la Justicia terapéutica

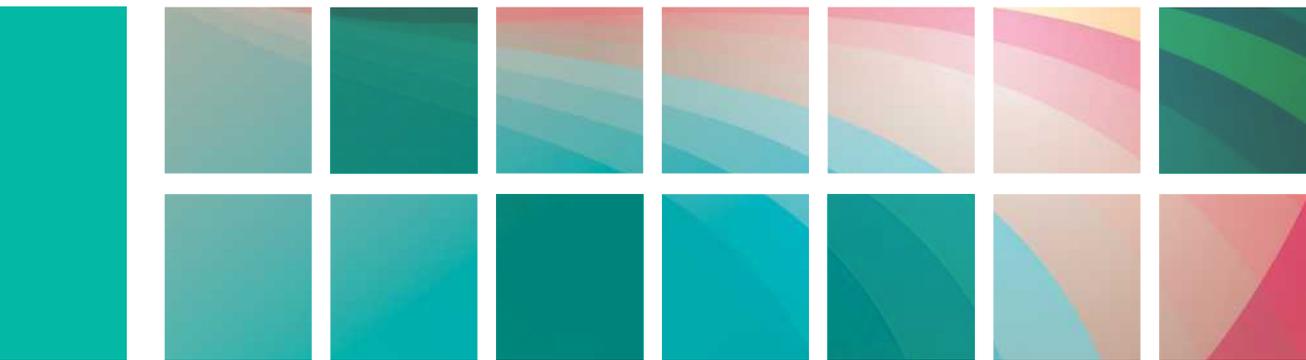
Directora

**Esther Pillado González**

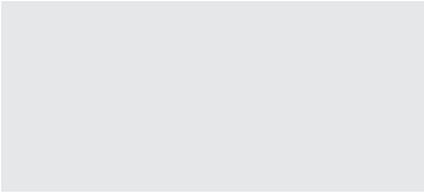
Coordinadora

**Lydia Noriega Rodríguez**

■ BOSCH







■ BOSCH

# Los conflictos de Derecho de Familia desde la Justicia terapéutica

Directora

**Esther Pillado González**

Coordinadora

**Lydia Noriega Rodríguez**

© De los autores, 2020  
© Wolters Kluwer España, S.A.

**Wolters Kluwer**

C/ Collado Mediano, 9  
28231 Las Rozas (Madrid)  
**Tel:** 902 250 500 – Fax: 902 250 502  
**e-mail:** clientes@wolterskluwer.com  
<http://www.wolterskluwer.es>

**Primera edición:** junio 2020

**Depósito Legal:** M-15512-2020

**ISBN versión impresa:** 978-84-9090-446-6

**ISBN versión electrónica:** 978-84-9090-447-3

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.  
*Printed in Spain*

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

**Nota de la Editorial:** El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

## Control jurisdiccional de las resoluciones administrativas de protección de menores

Esther PILLADO GONZÁLEZ  
*Catedrática de Derecho Procesal*  
*Universidad de Vigo*

### SUMARIO

1. Consideraciones generales sobre la protección de los menores; 2. Control jurisdiccional de las resoluciones administrativas de protección de menores; 3. Concepto y naturaleza jurídica de la oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores; 4. Ámbito de aplicación; 5. Órgano competente; 6. Partes; 6.1. *Activa y pasiva*; 6.2. *Intervención del Ministerio Fiscal*; 7. Procedimiento; 7.1. *Plazo*; 7.2. *Fase de impugnación. Integración del expediente administrativo*; 7.3. *Alegaciones*; 7.4. *Vista. Actividad probatoria*; 7.5. *Terminación del proceso*; Bibliografía

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES

La protección de los menores integra toda una serie de actuaciones por parte de los poderes públicos cuyo propósito es prevenir y corregir aquellas situaciones en que se pueden encontrar cuando sus progenitores no cumplen de forma adecuada las obligaciones derivadas de la patria potestad tal como aparece configurada en el CC; dada su variedad, exigen toda una serie de respuestas adaptadas a las necesidades y circunstancias de cada caso y que se pueden clasificar atendiendo al grado de intensidad de la intervención administrativa en el entorno familiar del menor.

La competencia para la realización de esas funciones corresponde a los organismos del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales a los que con arreglo a las leyes corresponda su ejercicio en el territorio de que se trate; por tanto, sin perjuicio de que en el ámbito de la jurisdicción puedan ser adoptadas medidas provisionales ante situaciones especialmente graves de riesgo en cualquier tipo de procedimiento, civil o penal, como establece el art. 158 CC, es la Administración la que debe adoptar las medidas más convenientes para garantizar la protección del menor.

En concreto, las situaciones de desprotección en que se puede encontrar el menor, y que dan lugar a la intervención administrativa, se pueden clasificar en situaciones de riesgo de cualquier naturaleza, que perjudican el desarrollo personal y social del menor, y situaciones de desamparo; se trata en ambos casos de conceptos jurídicos indeterminados que se definen legalmente por primera vez a través de la Ley 26/2015, de 29 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que incorpora lo que la jurisprudencia y la legislación autonómica habían recogido a lo largo de los últimos años.

Así, de acuerdo con el art. 17 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM), redactado por la citada Ley 26/2015, «se considerará situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la Administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar» en consecuencia, la situación existente no alcanza la gravedad suficiente como para separar al menor de su familia, de tal manera que la actuación de los poderes públicos se orientará a limitar los factores de riesgo, promoviendo las medidas de protección del menor y de su familia. La intervención administrativa deberá garantizar en todo caso los derechos del menor y estará orientada a disminuir los factores de riesgo y dificultad que incidan en la situación personal, familiar o social en que se encuentra y promover medidas para su protección y preservación del entorno del menor. Así, puede tratarse de medidas económicas cuando la causa determinante del riesgo proceda de carencias o insuficiencias de recursos económicos; prestaciones de tipo formativo o psicosocial con la finalidad de mantener el hogar familiar como soporte básico y facilitar su normal integración social; medidas técnicas a través de actuaciones profesionales, para restablecer y facilitar el ejercicio adecuado de las funciones parentales.

Frente al escenario descrito, se pueden dar también situaciones de desamparo provocadas por el «incumplimiento, o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material» (art. 172. 1.2º CC) <sup>1</sup>. En estos casos, la resolución administrativa que declara el desamparo trae consigo la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria del menor y es el propio ente administrativo quien asume la tutela del mismo <sup>2</sup>. Esta tutela *ex lege* conlleva, además, la guarda del menor que se podrá realizar a través del acogimiento familiar o residencial (art. 172 ter CC).

---

1. Como complemento de lo establecido en el art. 172.1.2º CC, el art. 18.2 LOPJM, tras la reforma operada por la LO 26/2015 y siguiendo la jurisprudencia dictada sobre la materia, enumera diversas situaciones que pueden dar lugar a la declaración de desamparo.

2. Esta tutela *ex lege* de la administración tiene carácter provisional y sólo se mantiene mientras perduren las circunstancias que dieron lugar al desamparo, de manera que se podrá revocar la declaración de la situación de desamparo y decidir el retorno del menor con su familia siempre que esto se considere que es lo más adecuado para su interés (art. 172.3 CC).

Al margen del supuesto del desamparo, los órganos de la Administración también están obligados a actuar cuando los propios padres o tutores que no pueden asumir sus obligaciones de guarda en relación con sus hijos menores así lo solicitan (172 bis CC). En estos casos, la Administración asume la guarda de los mismos, con independencia de que también pueda venir impuesta por los órganos jurisdiccionales cuando así proceda legalmente. Como en el supuesto de la tutela *ex lege*, la guarda del menor se podrá realizar a través del acogimiento en cualquiera de sus modalidades.

En todos los casos expuestos, se trata de medidas de protección del menor de carácter provisional pero que, en último término, podrían llevar a una solución más definitiva, la adopción, que será propuesta para aquellos casos en que exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen.

## 2. CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS DE PROTECCIÓN DE MENORES

Como se ha apuntado, es a la Administración, a través de los órganos a quienes se ha atribuido esta competencia, quien debe adoptar las medidas adecuadas de protección de menores una vez constatado el supuesto de hecho previsto en las normas sustantivas, siguiendo para ello el procedimiento administrativo correspondiente. En consecuencia, si alguno de los interesados en impugnar la resolución administrativa decidiera oponerse a la misma, tendría que acudir ante el órgano competente del orden contencioso-administrativo, de acuerdo con lo establecido con carácter general para los actos administrativos.

No obstante, pese a ser una Entidad pública la que asume la protección de los menores, dictando al efecto actos y decisiones de naturaleza pública, debe tenerse en cuenta que las facultades de tutela automática o de guarda no derivan de la legislación administrativa, sino del CC; esto es, la cobertura legal de los actos administrativos se encuentra en el Derecho privado. En consecuencia, resulta obligado remitir al orden jurisdiccional civil las cuestiones relativas a la impugnación de decisiones administrativas en esta materia (arts. 9 y 22 LOPJ), en detrimento del orden contencioso-administrativo. En coherencia con lo expuesto, el art. 172.6 CC, en su redacción anterior a la Ley 26/2015, establecía que las resoluciones administrativas en materia de protección de menores eran recurribles ante la jurisdicción civil<sup>3</sup>. Tras la citada reforma, no se ha considerado necesaria la inclusión de una referencia expresa a la asunción por parte de los órganos jurisdiccionales civiles de la función revisora, en sede jurisdiccional, de la previa actuación administrativa de las Entidades públicas con competencia en materia de protección de menores.

El concreto procedimiento civil de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores está regulado en el Capítulo V del Título I, del Libro IV LEC (arts. 779 y 780). Además, con el objeto de facilitar la ejecución forzosa de las resoluciones administrativas de protección de menores cuando se requiere el consentimiento de su titular para el acceso a un domicilio y otros lugares que requieran esa

---

3. El fundamento de esta decisión estriba en que la atribución de las facultades de tutela y guarda de menores deriva de la legislación civil y tiene que ser enjuiciada con arreglo a las normas civiles que la disciplinan (AAP de Barcelona, de 4 de noviembre de 2010).

anuencia, la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, introduce en la LEC el art. 778 ter que regula un procedimiento especial civil para conocer de las solicitudes de autorización de entrada en domicilios en ejecución de las resoluciones administrativas de protección de menores; hasta este momento la competencia en esta materia la tenía atribuida la jurisdicción contencioso-administrativa y no existía un procedimiento específico que garantizase plenamente el equilibrio de los intereses en juego, de un lado el interés superior del menor afectado por la resolución administrativa cuya ejecución exige la entrada en el domicilio, y, de otro, el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio previsto en el art. 18 CE<sup>4</sup>.

Finalmente, la misma LO 8/2015 introduce un procedimiento ágil y rápido para la obtención de autorización judicial del ingreso de un menor tutelado por la Administración en un centro de protección específico de menores con problemas de conducta con el objeto de legitimar las restricciones a su libertad y derechos fundamentales que la medida pueda comportar. El ingreso de un menor en estos centros, a solicitud de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal, requiere del debido control judicial que se efectuará al exigir que se realice previa autorización del Juez de Primera Instancia del domicilio de la Entidad Pública, salvo en los supuestos de urgencia, en los que el ingreso será ratificado con posterioridad, con intervención del Ministerio Fiscal y del menor<sup>5</sup>.

De todos estos procedimientos, referidos a las situaciones de desprotección en las que se pueden encontrar los menores, se dedican las páginas siguientes al análisis del procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores, a la vista de los últimos cambios legislativos y de las decisiones jurisprudenciales que han incidido de forma directa en su aplicación práctica por parte de los tribunales en una materia especialmente sensible del derecho de familia.

### **3. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA OPOSICIÓN A LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS DE PROTECCIÓN DE MENORES**

La LEC prevé en los arts. 779 y 780 el procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores<sup>6</sup>, que ha sido objeto de modificación por la

---

4. Apdo. III Exposición de Motivos LO 8/2015.

5. Apdo. III Exposición de Motivos LO 8/2015.

6. La regulación de este procedimiento contrasta con la situación anterior, en cuanto hasta la entrada en vigor de la nueva ley procesal, se acudía a las normas de jurisdicción voluntaria reguladoras del acogimiento y la adopción (arts. 1825 a 1827 LEC de 1881), de acuerdo con lo preceptuado por la disposición adicional primera de la LO 1/1996. Disposición que ordena la aplicación de las normas de jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan para adoptar las medidas previstas en el art. 158 CC; contra las resoluciones que acuerden el desamparo y la asunción de la tutela por parte de la administración o cualquier otra reclamación frente a resoluciones de las Entidades públicas que surjan con motivo del ejercicio de sus funciones en materia de tutela o guarda. Por tanto, eran de aplicación los arts. 1825 a 1827 LEC de 1881.

A su vez, la disposición adicional tercera de la misma LO 1/1996 también remite al cauce de la jurisdicción voluntaria para todas las actuaciones judiciales previstas en los títulos IX y X del Libro I CC, salvo declaraciones de incapacidad y prodigalidad.





Los cambios sociales, económicos y políticos que se han producido en el seno de nuestra sociedad en las últimas décadas han ido transformando de forma paulatina la familia, obligándonos a nuestras reacciones ante nuevos conflictos familiares a la vista de los distintos escenarios que se han ido presentando; todo ello, además, ante la falta de ajuste de nuestras normas sustantivas y procesales a esta nueva realidad, ya que nuestro legislador, como en otras ocasiones, no ha sido ágil a la hora dar una respuesta satisfactoria ante la nueva conflictividad que se ha ido generando. El objeto de esta monografía es el análisis de algunas de las cuestiones más problemáticas surgidas dentro del ámbito del derecho de familia, seleccionadas a la vista de su gran repercusión práctica y su complejidad, tratando de ofrecer soluciones desde el enfoque de la necesaria humanización de la justicia de familia.

