



---

**Universidad de Valladolid**



## **Facultad de Derecho**

### **MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA**

#### **TRABAJO DE FIN DE MÁSTER**

# **LA RECUPERACIÓN DE LA CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES Y REUNIFICACIÓN FAMILIAR TRAS LA SALIDA DE PRISIÓN DE UNA MADRE CONDENADA POR NARCOTRÁFICO.**

Escrito por **LUCÍA PASTOR CESTEROS**

Tutelado por **ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO**

**Enero, 2023**



## INDICE

<b>1. PRESENTACIÓN Y OBJETO DEL DICTAMEN .....</b>	<b>5</b>
<b>2. ANTECEDENTES DE HECHO.....</b>	<b>7</b>
<b>3. ANÁLISIS CONCEPTUAL Y CUESTIONES JURÍDICAS .....</b>	<b>9</b>
<b>3.1 Medidas paterno-filiales.....</b>	<b>9</b>
<b>3.2 La patria potestad. ¿Como influye la entrada de los progenitores en prisión en el ejercicio de la patria potestad? .....</b>	<b>10</b>
<b>3.3 Guarda y custodia. Definición y principales diferencias de la patria potestad.</b>	<b>12</b>
<b>3.3.1 ¿Quién se queda con la custodia de los hijos menores en el caso de ingreso en prisión de los progenitores? ¿Cómo se valora quién se queda con la misma?... 14</b>	
<b>3.3.2 ¿Una vez cumplida la condena, puede modificarse la custodia a favor del progenitor que ha salido de prisión? .....</b>	<b>15</b>
<b>3.4 Régimen de visitas, estancias, relación o comunicación con los menores ¿Qué ocurre con el derecho de visitas? ¿Los padres en prisión quedan privados de ver a sus hijos?.....</b>	<b>17</b>
<b>3.5 La tutela y la tutela administrativa en relación con el concepto de desamparo. ....</b>	<b>19</b>
<b>3.6 Régimen de acogimiento familiar.....</b>	<b>22</b>
<b>3.7 INTERVENCION FAMILIAR.....</b>	<b>23</b>
<b>4 EXPLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA LA RECUPERACIÓN DE LA CUSTODIA INSPIRADO EN EL PRESENTE CASO.</b>	<b>24</b>
<b>4.1 Introducción contextual y escrito solicitando la recuperación de la custodia.</b>	<b>24</b>
<b>4.2 Resolución de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales denegando la reunificación familiar. ....</b>	<b>27</b>
<b>4.3 Inicio del procedimiento judicial.....</b>	<b>28</b>
<b>4.4 Oposición a la resolución administrativa mediante una demanda al Juzgado de Primera Instancia. ....</b>	<b>31</b>

<b>4.5</b>	<b>Contestación de la GTSS oponiéndose a la demanda.....</b>	<b>33</b>
<b>4.6</b>	<b>Sentencia desestimando íntegramente la demanda. ....</b>	<b>33</b>
<b>4.7</b>	<b>Solicitud de reunificación familiar urgente, tras el abandono de los menores por parte de la tía materna. ....</b>	<b>34</b>
<b>4.8</b>	<b>Solicitud de revisión de la declaración a la Fiscalía de Menores. Salirse del procedimiento judicial para llegar a un procedimiento más humano.....</b>	<b>37</b>
<b>5.</b>	<b>CONCLUSIONES. UN LLAMAMIENTO A LA RAZÓN. LA IMPORTANCIA DE LA INDIVIDUALIZACIÓN CIRCUNSTANCIAL DE CADA CASO. ....</b>	<b>41</b>

**ABREVIATURAS:**

CC: Código Civil

GTSS: Gerencia Territorial de Servicios Sociales

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

L.O: Ley Orgánica

OMM: Oposición medidas en protección menores

R.P: Reglamento Penitenciario

SS: Servicios Sociales

## 1. PRESENTACIÓN Y OBJETO DEL DICTAMEN

El presente Trabajo de Fin de Máster tiene como objeto tratar de dar respuesta a un dictamen acerca de un procedimiento que no es de los más frecuentes en el ámbito de Derecho de Familia, se trata de una situación real<sup>1</sup> de una madre que entra en prisión y pierde la custodia de sus hijos menores, pero una vez rehabilitada y reinsertada en la sociedad quiere recuperar la misma mediante la solicitud de una reunificación familiar.

Para ello nos basaremos en un caso real que tuvo lugar en nuestro despacho de abogados, al que la madre, una vez cumplida su condena, acudió para pedir asesoramiento y ayuda para poder recuperar la convivencia familiar con sus hijos, dos menores de edad. Existiendo también un mayor de edad que decidió posteriormente reanudar la convivencia con la madre por voluntad propia.

El objeto de este trabajo está en analizar y estudiar la situación legal en la que se encuentran los menores una vez que su madre entra en prisión, así como explicar los procedimientos que se llevan a cabo cuando se trata de asuntos tan delicados como la custodia de los menores, llegando finalmente al procedimiento para la recuperación de la custodia por la madre una vez que cumple condena y se reinserta en la sociedad.

Se tratarán cuestiones como, en caso de entrar uno de los progenitores en prisión, qué sucede con la patria potestad, con la custodia y con el derecho de visitas y comunicaciones, entre otros.

Para ello, se expondrá el supuesto de hecho en cuestión de manera clara y detallada, para después pasar a estudiar los conceptos más importantes que presenta este caso, seguido de una serie de cuestiones legales que suscita este supuesto, a las que se trata de dar una respuesta legal, mediante una explicación detallada del procedimiento a seguir, así como remisiones a legislación y jurisprudencia relacionada con esta materia.

---

<sup>1</sup> En cumplimiento de las exigencias establecidas por la LO 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos personales y Garantía de los derechos digitales, se han sustituido los datos reales por datos ficticios.

Finalmente, se expondrán unas conclusiones generales nacidas a raíz de la investigación de este supuesto, ya que además de tratar conceptos jurídicos esenciales, y analizar los cauces procesales a seguir dentro de un procedimiento de esta naturaleza, no queremos dejar de lado la delicada situación en la que se encuentra una madre que se encuentra privada del contacto con sus hijos, haciendo una reflexión más humana, y recordando, que dentro del derecho, más aún dentro del derecho de familia, analizar las circunstancias concretas de cada caso es clave para que se pueda hacer justicia, anteponiendo el interés del menor.

## 2. ANTECEDENTES DE HECHO

Elvira, madre de tres hijos, acude a nuestro despacho recién salida de prisión para poner en marcha la recuperación de la custodia de sus hijos.

Nos encontramos ante una situación muy delicada ya que, Elvira ingresó en prisión en el año 2012 por tráfico de sustancias estupefacientes, lo cual marcó uno de los momentos más duros de su vida, no solo por su ingreso en prisión, sino también la consecuente pérdida de la custodia de sus hijos y la suspensión de la patria potestad de, en aquel momento, tres menores de edad.

Aquí comienza el principal objeto de nuestro dictamen, ya que dichos menores, en un primer momento quedaron a cargo de su abuela, la madre de Elvira, sin embargo, posteriormente pasaron a convivir con la tía, hermana de nuestra cliente, en régimen de acogimiento familiar debido a un interés exacerbado de esta por hacerse cargo de los menores, ya que había fallecido su marido recientemente. Esta situación desencadenó la sospecha sobre si la tía materna podría estar actuando de mala fe sobre los menores, influenciándoles en contra de su madre y actuando por motivos económicos.

Así se mantuvo la situación a lo largo de los años en los que la madre estuvo en prisión, hasta que adquirió el régimen de libertad condicional, mediante el cual, poco a poco fue integrándose de nuevo en la sociedad y retomando hábitos sanos y adecuados en su vida, retomando su actividad laboral y siendo revisada mediante analíticas dando siempre negativo en todas las pruebas que le hacían para ver si consumía algún tipo de sustancia.

Es en este momento de estabilidad cuando Elvira acude a nuestro despacho con la esperanza de recuperar la custodia de sus hijos e ir retomando poco a poco el contacto con ellos hasta llegar de nuevo a una normalidad en la cual conviviesen, ya que las condiciones en las que se encontraba ella eran lo suficientemente adecuadas para volver a hacerse cargo de sus hijos, y se estaba viendo privada de ello.

Aquí comienzan los trámites en los cuales se solicita de todas las formas posibles a la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de Valladolid que revisen la situación en la que se encuentran los menores para poder llevar a cabo un cambio, atendiendo a las circunstancias, para que los hijos pasen a vivir de nuevo con su madre.

Sin embargo, esta situación se ve frustrada en varias ocasiones, donde se la deniega constantemente, sin más argumentación que el interés superior del menor, sin pararse a analizar las circunstancias concretas que se estaban dando y creando un gran sufrimiento a la madre que no puede retomar su vida al completo porque le faltan sus hijos.

El intento de recuperación de los menores supone el inicio de una larga lucha en la que se dificulta el camino a una madre que posee las cualidades adecuadas para el cuidado de sus hijos biológicos, denegándose la convivencia con vagas justificaciones por parte de los órganos correspondientes que negaban un cambio de circunstancias que era notorio a los ojos de cualquiera, y que fundaban la denegación de nuestra solicitud refugiándose en que con la tía recibían los cuidados necesarios, teniendo cubiertas todas sus necesidades básicas, ignorando la importancia de los menores del amor de su madre. Se observa una falta de humanidad y de empatía, nadie se pone en la piel de una madre que ve privada la relación con sus tres hijos, que son tratados como meros expedientes administrativos más que como niños.

El sufrimiento ocasionado a esta mujer es irreparable, sin embargo, tras un largo proceso lleno de negativas en la recuperación de los menores, de forma inesperada la tía materna decide abandonar a los niños, dejándolos en manos de un centro de acogida, naciendo aquí una verdadera incongruencia en la que ningún sentido tenía que los menores tuvieran que pasar por esa situación existiendo la posibilidad de convivir con su madre natural, en unas condiciones plenamente dignas.

Finalmente, se consigue el objetivo principal de este dictamen, la recuperación de la custodia de los menores y una convivencia progresiva de los mismos con su madre.

### 3. ANÁLISIS CONCEPTUAL Y CUESTIONES JURÍDICAS

#### 3.1 Medidas paterno-filiales

Las medidas paternofiliales son las disposiciones de mutuo acuerdo o por resolución judicial, que regulan la relación entre los padres y sus hijos menores en caso de separación o divorcio, generalmente, pero que se aplican también en casos excepcionales como el que tratamos aquí. Estas medidas tratan de proteger los derechos de los hijos menores.

El Código Civil<sup>2</sup> regula esta materia en su Título VII (arts.154 a 180 CC), denominado “*De las relaciones paterno-filiales*” conteniendo entre ellas la guarda y custodia de los hijos, la atribución de la patria potestad, el régimen de visitas, la pensión de alimentos, la pensión compensatoria y las formas de comunicación, entre otros, estableciendo que pueden regularse mediante un convenio o resolución judicial.

Todo ello deriva de la filiación, que no es más que el vínculo existente entre dos personas que descienden la una de la otra, ya sea por un hecho natural o por un acto jurídico, por lo cual, no se trata de una institución creada por el Ordenamiento jurídico, sino un hecho natural que el Derecho acepta, reconoce y regula, con una finalidad de protección basada en la naturaleza y el interés social. Así lo reconoce la Constitución Española en su artículo 39.2, el cual proclama la protección integral de los hijos, siendo un principio que destaca y aplica la jurisprudencia.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

<sup>3</sup> VELA SÁNCHEZ, Antonio. *Derecho Civil para el grado IV: derecho de familia / Antonio Vela Sánchez*. Madrid: Dykinson, 2013. Print. (Pág. 90).

### 3.2 La patria potestad. ¿Como influye la entrada de los progenitores en prisión en el ejercicio de la patria potestad?

La patria potestad, patria potestas, en el derecho romano, era la jefatura doméstica o soberanía que, el jefe del grupo, o paterfamilias, ejercía sobre todos los miembros del mismo. Era concebido como un poder absoluto o despótico del que la ejercía, sin embargo, la evolución del derecho romano al derecho común, y de este al derecho moderno, ha ido transformando el sentido de esta, configurándose en la actualidad como una función al servicio del desarrollo personal del menor, que se atribuye, de forma general, conjuntamente a ambos progenitores, iguales en derechos y deberes, y con una duración limitada, ya que su fecha de fin se encuentra en el momento en que el hijo alcanza la mayoría de edad, o extraordinariamente antes en casos de emancipación.<sup>4</sup>

La patria potestad es la institución básica en materia de las relaciones paternofiliales, que se basa precisamente en la existencia de un vínculo de filiación entre los progenitores y los hijos menores de edad, bien sea, como ya se ha adelantado, por naturaleza o por adopción<sup>5</sup>, produciendo esta filiación la patria potestad respecto a los hijos no emancipados y a los incapacitados con patria potestad prorrogada (Arts. 154 y ss. del CC) y reflejándose en nuestra Constitución Española, la cual establece que “*los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda*”<sup>6</sup>.

El Código Civil no da una definición de la patria potestad, sin embargo, describe con precisión en su artículo 154 los concretos deberes y facultades que la integran,

---

<sup>4</sup> DOMÍNGUEZ OLIVEROS, Inmaculada. *¿Custodia compartida preferente o interés del menor?: marco normativo y praxis judicial / Inmaculada Domínguez Oliveros, juez sustituto, doctora en Derecho*. 1ª edición. N.p., 2018. Print. (Págs. 24-25).

<sup>5</sup> MARTÍNEZ CALVO, Javier. *La guarda y custodia / Javier Martínez Calvo*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. Print. (Págs. 25).

<sup>6</sup> Artículo 39.2 CE,

pudiendo decirse que la patria potestad consiste en un conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres de acuerdo con la ley, y su importancia principal radica en que, en base a ella, el progenitor tiene el deber de cuidar, proteger y estar con sus hijos, haciéndose responsable a su vez de su alimentación, su formación, la administración de sus bienes, su representación legal y por supuesto, su educación.<sup>7</sup> Es decir, se configura la misma más que como un poder, como una función integrada de derechos que tiene el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes mencionados.<sup>8</sup>

Analizados hasta aquí los aspectos teóricos de la patria potestad, tanto conceptuales como legales, compete ahora ahondar en un análisis más específico relativo a qué sucede con la misma en caso de que uno de los progenitores entre en prisión, ya que, en este punto, se pueden contemplar situaciones distintas.

En primer lugar, existe la situación en la que, al resultar condenado el progenitor con pena de prisión, se le prive de la patria potestad de forma total, significando esto la pérdida completa de dicho derecho, mientras que en otros casos simplemente se suspende durante el tiempo que permanece ingresado en prisión, considerándose una privación parcial de la misma. El Código Civil establece que “*El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.*”<sup>9</sup>

Es interesante este segundo supuesto, debido a que, de forma general, durante la suspensión, se atribuye su ejercicio al otro progenitor, lo cual en muchas ocasiones suscita muchas dudas a la hora de dar respuesta a situaciones cotidianas en las que se requiere la autorización de ambos progenitores.

---

<sup>7</sup> DOMÍNGUEZ OLIVEROS, “¿Custodia compartida...” cit. Págs. 26-27?

<sup>8</sup> RIQUELME, G. (19 de octubre de 2020). *La patria potestad cuando un padre entra en la cárcel*. Obtenido de <https://ginesriquelme.abogado/la-patria-potestad-cuando-un-padre-entra-en-la-carcel/> [Consultado: 12 de octubre de 2022]

<sup>9</sup> Artículo 170 CC

El mencionado artículo 170 CC, habla de incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, a lo que se pueden añadir diversas situaciones que pongan en peligro el bienestar del menor, lo cual sucede sin duda en el caso del ingreso en prisión de uno de los progenitores, considerándose una causa de suspensión o privación, debido a que existiendo una privación de libertad no podrá cumplir los deberes inherentes a la patria potestad.

En este caso, ambos progenitores mantienen la patria potestad, al ingresar la madre en prisión, la patria potestad resultó suspendida, sin embargo, no se daban las circunstancias para que esta resultara privada al completo de la misma, por lo que, al satisfacer sus responsabilidades penales, se retomaría su derecho de patria potestad como progenitora de los menores.

### 3.3 Guarda y custodia. Definición y principales diferencias de la patria potestad.

En lo que se refiere a la definición de guarda y custodia puede decirse que no es una cuestión pacífica debido a la ambigüedad e imprecisión de las normas contenidas en el Código Civil, lo cual ha conllevado que este concepto esté en constante evolución y haya ido cambiando su sentido, sacando en conclusión de todas ellas que del concepto de guarda y custodia pueden destacarse tres características indiscutibles.

La primera de ellas es que la guarda y custodia es parte de la patria potestad, diferenciándose de esta en que mientras la patria potestad se refiere a la representación general y administración de los bienes de los menores, la guarda y custodia se centra en la convivencia habitual con ellos, así como lo relacionado con las necesidades básicas como la alimentación, el vestido o el hogar. En segundo lugar, como se acaba de adelantar, la custodia implica convivencia habitual, con todas las cosas que se derivan de la misma, es decir, el mantenimiento diario, el cual sería la última característica, referida al aspecto personal e inmediato del menor, es decir, a las relaciones cotidianas que nacen como fruto de la convivencia.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> DOMÍNGUEZ OLIVEROS, “¿Custodia compartida...” cit. Págs. 32-38.

Expuestas estas características, no resulta necesario un concepto exacto del significado de guarda y custodia, siendo más importante una comprensión general de las funciones que conlleva, para comprender, además, que la figura de la guarda y custodia se integra en el ámbito personal de la patria potestad, porque está estrechamente ligada con el deber de los padres de velar por los hijos y tenerlos en su compañía, sin embargo, como ya se ha explicado, es importante diferenciar una figura de la otra.

Toda esto lleva a entender que, cuando los progenitores viven juntos, la guarda y custodia de los menores queda subsumida dentro del ejercicio cotidiano de la patria potestad, siendo en estos casos innecesario delimitar las dos figuras, cobrando sentido la distinción entre ambas cuando se rompe la convivencia de los padres por cualquier motivo, ya que ante esta separación resulta difícil o imposible la convivencia con ambos progenitores de forma simultánea, debiendo confiarse la compañía, atención y cuidado a uno de ellos en exclusiva, o a los dos pero de forma ordenada en el tiempo, siendo a este aspecto concreto del ejercicio de la patria potestad a lo que denominamos guarda y custodia.<sup>11</sup>

También hay que distinguirla de lo que es la guarda de menores en general, que es la posibilidad de que un tercero asuma la guarda de un menor, ya sea un tutor, un guardador de hecho o entidad pública, que nos conviene saber en este caso, ya que, durante el ingreso en prisión, esta fue asumida por una Gerencia Territorial de Servicios Sociales, que derivó esa convivencia en un acogimiento familiar, como se expondrá a continuación.

En conclusión, es indiscutible que la guarda y custodia conlleva unas funciones relacionadas con la convivencia, el cuidado y la asistencia de los menores de edad, y que, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso esta puede ser ejercidas por ambos cónyuges, la denominada custodia compartida o alternativa, la guarda y custodia partida o distributiva<sup>12</sup>, o en casos excepcionales, en exclusiva por uno de

---

<sup>11</sup> DOMÍNGUEZ OLIVEROS, “¿Custodia compartida” cit. Págs. 28-32

<sup>12</sup> Es discutible la consideración de esta como modalidad de guarda y custodia en sentido estricto, ya que se trata de supuestos en los que existen varios hijos comunes y se asigna el cuidado de un hijo preponderadamente a un progenitor y del resto al otro, significando esto que no existe una convivencia

ellos, denominándose custodia monoparental o exclusiva. Todo esto nos lleva a afirmar que cuando se debate sobre la guarda y custodia, se están planteando dos cuestiones principales: quien va a convivir con el menor, ejerciendo el cuidado directo sobre el mismo, y quien irá adoptando las decisiones diarias de menor importancia que se derivan del cuidado, llevando esto a asimilar su contenido con el del régimen de visitas, pero sin llegar a ser equiparables por las razones que se explicarán más adelante cuando abordemos el derecho de visitas.<sup>13-14</sup>

### 3.3.1 ¿Quién se queda con la custodia de los hijos menores en el caso de ingreso en prisión de los progenitores? ¿Cómo se valora quién se queda con la misma?

En esta situación tan delicada en la que uno de los progenitores ingresa en prisión se pueden contemplar diferentes escenarios en atención a las circunstancias concretas de cada caso, sin embargo, todos con un punto en común, y es que en esta decisión van a intervenir tanto el juez de familia que corresponda, como los funcionarios de las oficinas de los Servicios Sociales de Protección del Menor, teniendo como principal consideración el interés superior de este, eligiendo la opción que mejor proteja sus derechos.

Cuando hablamos de la existencia de varios escenarios, se puede decir que existen varias posibilidades dependiendo del entorno familiar, ya que, si los progenitores tienen una custodia compartida a la hora de que uno de ellos entre en prisión, el proceso será, por lo general, más sencillo, debiendo el progenitor en libertad

---

entre sí, siendo por tanto un criterio de organización, más que una modalidad, ya que lo que existirá será una custodia individual o compartida.

<sup>13</sup> DOMÍNGUEZ OLIVEROS, “¿Custodia compartida...” cit. Págs.40-45.

<sup>14</sup> Véase también: TORREMOCHA, C. (24 de febrero de 2022). *Diferencias entre patria potestad y custodia de los hijos*. Obtenido de <https://carolinatorremocha.com/blog/patria-potestad-y-custodia/> [Consultado: 1 de noviembre de 2022]

solicitar una modificación del acuerdo de custodia para ejercerla así de manera exclusiva.

En otra hipótesis, puede suceder que la custodia no sea compartida, y al ser encarcelado el custodio primario puedan darse varios escenarios, comenzando por la solicitud por parte del progenitor que no tenía la custodia legal, para que le sea conferida y recaiga sobre él. Ante esta situación se debe realizar una seria de evaluación por el juez para ver si el entorno es el deseable para la convivencia y el cuidado del menor.

En el caso de que el progenitor que solicita la custodia no resultare apto, o en su caso, no sucediera esta situación por imposibilidad o falta de voluntad, lo común es nombrar a un tutor o guardián que asuma el cuidado del menor, priorizando que esto suceda entre los miembros de la familia para no quebrantar los lazos familiares y considerando esto la mejor opción para el interés superior del menor, siempre que el entorno sea adecuado. En última instancia, en caso de no existir familiares dispuestos o idóneos para hacerse cargo del menor, este será llevado a un centro de acogida.<sup>15</sup>

### 3.3.2 ¿Una vez cumplida la condena, puede modificarse la custodia a favor del progenitor que ha salido de prisión?

En los casos de guarda y custodia convencional, como medida definitiva en los procesos de separación o divorcio este régimen puede resultar alterado, ya sea extinguiéndose cuando concurren unas causas concretas, o modificándose debido a la concurrencia de nuevas circunstancias que así lo aconsejen.

---

15

CAMILA LAVAL, JD. (31 de mayo de 2022). *¿Puedo perder la custodia de los hijos o patria potestad si estoy en la cárcel?* Obtenido de <https://www.abogado.com/recursos/custodia-de-nino/-puede-darse-por-terminada-mi-patria-potestad.html> [Consultado el 12 de noviembre de 2022]

Puede realizarse una modificación por nuevo convenio partes, como se contempla en el artículo 90.3 CC<sup>16</sup>, el cual establece que *“las medidas que el juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges (...). Las medidas que hubieran sido convenidas ante el letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código.”*

Sin embargo, atendiendo al asunto que se estudia en este dictamen, conviene centrarnos en la modificación por decisión del juez a instancia de una de las partes o del ministerio fiscal, siendo necesario para ello que exista una petición de alguno de los sujetos legitimados<sup>17</sup>.

El procedimiento a seguir en este caso será el previsto en el artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), y serán necesarios una serie de requisitos, no siendo suficiente un simple transcurso del tiempo, ya que se necesita una alteración de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta en el momento de su adopción<sup>18</sup>, que sea, además, sustancial, lo que tanto jurisprudencia como doctrina han interpretado de forma restrictiva, exigiendo la concurrencia de requisitos bastante estrictos como pueden ser circunstancias nuevas, relevantes o de notoria identidad, que sean imprevistas o no existieran en el momento de la adopción de las medidas, y que sean estables, no transitorias. Esta situación se suavizó con la reforma llevada a cabo por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, que, en su punto vigesimotercero de su Disposición final primera, dio una nueva redacción al artículo 90.3 CC, recogiendo dos supuestos en los que cabrá la modificación del régimen de guarda y custodia:

- cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos

---

<sup>16</sup> Vid. También arts. 775.2 y 777.9 LEC.

<sup>17</sup> El artículo 775.1 LEC establece que son legitimados los propios progenitores o el Ministerio Fiscal.

<sup>18</sup> Vid artículos 775.1 LEC y 90.3 y 91 CC.

- cuando se haya producido un cambio de circunstancias de los cónyuges,

Lo que se resume en que bastará con que existan nuevas necesidades de los hijos que aconsejen la modificación, dejando de exigir ya que el cambio de circunstancias sea “sustancial”.<sup>19</sup>

### 3.4 Régimen de visitas, estancias, relación o comunicación con los menores ¿Qué ocurre con el derecho de visitas? ¿Los padres en prisión quedan privados de ver a sus hijos?

Para comenzar, puede definirse el régimen de visitas como derecho del niño a relacionarse con el progenitor encarcelado, incluso aunque no esté ejerciendo su derecho sobre él.

Es muy importante resaltar que este derecho es del menor, y que cumple una función que a su vez engloba un deber, ya que su objetivo principal es cubrir las necesidades afectivas y educativas de los menores de edad, para garantizar un desarrollo integral y no romper los lazos con los progenitores, centrándose en el beneficio de los menores.<sup>20</sup>

Esto significa que, incluso la persona presa puede no ejercer la patria potestad de sus hijos, y estos tener derecho a relacionarse con este, para cumplir con dicha función.

El artículo 94 de CC permite a la autoridad judicial limitar o suspender este derecho en caso de existir circunstancias relevantes o se incumplieran de forma grave y reiterada los deberes impuestos por resolución judicial. Todo esto debe valorarse con carácter restrictivo y justificado, en casos en los que exista un peligro concreto y real para el menor que pueda afectar a su salud psíquica, física o moral.

En los casos de suspensión de este derecho habría que atender a la concurrencia de circunstancias que lo justificaran, siendo independientes estas de la situación de

---

<sup>19</sup> MARTÍNEZ CALVO. “La guarda y custodia” ... cit. Pág. 528.

<sup>20</sup> RIQUELME, G. (19 de octubre de 2020). *La patria potestad cuando un padre entra en la cárcel*. Obtenido de <https://ginesriquelme.abogado/la-patria-potestad-cuando-un-padre-entra-en-la-carcel/> [Consultado: 8 de noviembre de 2022]

privación de libertad, recordando que con derecho de visitas no nos referimos solo a la visita física, sino a los distintos escenarios de comunicación, como puede ser la telefónica, es decir, se debe modular este derecho en atención a las circunstancias concretas de cada caso.<sup>21</sup>

En relación con este tema, se introdujo un nuevo artículo al Código Civil por la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el artículo 160, el cual establece que en caso de privación de libertad de los progenitores, *la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor a dicha visita.* Teniendo relevancia dicho artículo ya que es escasa la legislación que contempla este supuesto de progenitores privados de libertad.

Por otro lado, como ya se expuso anteriormente, el contenido del régimen de visitas se asemeja al de la guarda y custodia, en cuanto que engloban el cuidado, residencia y adopción de decisiones cotidianas del menor, sin embargo, no son figuras semejantes por varias razones. En primer lugar, en el derecho de visitas, el titular solo asume funciones de guarda en el periodo de relación y comunicación establecidos, mientras que en la guarda y custodia va a ejercerlas durante la mayoría del tiempo. Así también, el ejercicio del régimen de visitas no lleva siempre funciones idénticas a las de la guarda y custodia, ya que en el primero existen situaciones en las que no existe convivencia con el menor, como puede ser la realización de las visitas en un Punto de Encuentro familiar, que es lo que sucede en este caso, como se abordará más adelante. Por último, hay que tener en cuenta que es posible gozar del derecho de visitas en los supuestos en los que no se es titular de la patria potestad, o encontrándose esta suspendida, como ocurre también en el caso objeto de este dictamen, mientras que la guarda y custodia presupone en todo caso la titularidad y ejercicio de la misma.

---

<sup>21</sup> RODRÍGUEZ, M. J. (s.f.). *Cuando el Derecho de Familia atraviesa el muro de las prisiones*. Obtenido de Consejo General de la Abogacía Española: <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-derecho-penitenciario/cuando-el-derecho-de-familia-atraviesa-el-muro-de-las-prisiones/> [Consultado el 8 de noviembre de 2022]

### 3.5 La tutela y la tutela administrativa en relación con el concepto de desamparo.

La tutela, jurídicamente, puede definirse como la institución jurídica responsable de proteger a la persona, el patrimonio o ambas de un menor de edad en situación de desamparo, dando por hecho que esta no puede valerse por sí misma ni personal ni patrimonialmente.<sup>22</sup>

El Código Civil Español, dentro de su título IX titulado “*De la tutela y de la guarda de los menores*”, dedica su primer capítulo a la tutela (artículos 199 y ss. CC), destacando como aspectos más importantes, en primer lugar, la descripción de lo que entiende por persona sujeta a tutela, entrando dentro de esta los menores no emancipados en situación de desamparo, y también, los menores no emancipados no sujetos a patria potestad. Mientras que, las personas que van a cumplir con la función de tutela van a ser personas físicas que no estén inhabilitadas según la normativa vigente o, personas jurídicas sin ánimo de lucro que tengan por finalidad la asistencia y protección a menores.

Establecido ya el ámbito subjetivo de la tutela, pasamos a explicar el objeto de la misma pues, las funciones tutelares constituyen un deber, ejerciéndose estas en beneficio del tutelado y estando bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, siendo esta quien determina si la persona que va a desempeñar la función de tutor cumple con las condiciones requeridas para serlo, prevaleciendo en todo caso la protección y asistencia de los menores.

Se ha mencionado anteriormente, pero ¿a qué se refiere el concepto de desamparo? Pues bien, el legislador responde a esta pregunta ofreciendo una definición y contemplando las condiciones que deben darse para que las Administraciones lo declaren. Concretamente, en el Código Civil, mediante la ley 21/1987 que lo modificó, incorporó al ordenamiento la figura de la tutela administrativa, ofreciendo consecuentemente un concepto legal de desamparo, en su artículo 172 CC, que expresa: “*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 de*

---

<sup>22</sup> Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

*protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”.*

De este concepto se extraen las circunstancias que caracterizan esta figura, existiendo la privación de la necesaria asistencia moral o material del menor, así como el incumplimiento o indebido cumplimiento de las funciones de protección establecidas en la ley para la guarda de menores, existiendo así una falta o inadecuado desempeño de las obligaciones legales de protección correspondientes a los tutores.

Consecuentemente, la ley ha vinculado a la resolución administrativa que declara la situación de desamparo de un menor, la automática atribución a la Administración de la tutela, de forma simultánea a la suspensión de la patria potestad o la tutela civil. Cuando se detecta una posible situación de desamparo, la Administración competente debe iniciar el oportuno procedimiento administrativo para verificar la situación del menor y proceder a la declaración de desamparo cuando sea oportuno.<sup>23</sup>

La reciente reforma del Código Civil llevada a cabo por la ley 8/2021 de 2 de junio, ha modificado sustancialmente la estructura de lo que antes se configuraba como instituciones de guarda (antiguos arts.216 y ss.) que se aplicaban, con matizaciones, a menores y personas con discapacidad, en tanto colectivos necesitados de guarda y protección jurídica y carentes de capacidad de obrar plena. Con esta reforma solo cabe hablar de instituciones de guarda en referencia a los menores.

La tutela y su función representativa y de administración de los bienes, queda reservada para los menores de edad que no estén protegidos a través de la patria potestad. Así, el artículo 200 CC, enuncia las reglas del sistema de guarda de los menores, que realmente, no se alejan de las que venían aplicándose antes de la reforma (art 216 CC), sin embargo, ahora las funciones tutelares constituyen un deber, y no un derecho, por lo que se ejercerán en beneficio del tutelado, quedando bajo salvaguarda de la autoridad judicial.

---

<sup>23</sup> VLex. (s.f.). *La protección pública de los menores desamparados. La tutela de la administración*. Obtenido de Administraciones Públicas y Protección de la Infancia: <https://vlex.es/vid/menores-desamparados-tutela-administracion-394221146> [Consultado el 23 de noviembre de 2022].

Enfocándonos en la tutela del menor, se trata del órgano de guarda estable, de carácter personal y patrimonial, cuyo objeto es la representación legal y la administración de los bienes del menor, en caso de que no exista patria potestad. El menor sujeto a tutela es el que no está emancipado ni sujeto a la patria potestad de los padres, pero también, como ocurre en el caso que tratamos, los menores que se hallan en situación de desamparo descrita en el art. 222 CC, que como se explica en este trabajo es la que se produce a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden probados de la necesaria asistencia moral o material.<sup>24</sup>

En estos casos se pone en marcha una tutela automática, atribuida a la entidad pública correspondiente que supone la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria, regulado en art 172 CC. No obstante, es posible que en estos supuestos de desamparo se proceda al nombramiento de un tutor ordinario, debido a la existencia de personas que por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias puedan asumir la tutela con beneficio para el menor.<sup>25</sup>

Respecto a la constitución de la tutela, esta se debe constituir judicialmente mediante un expediente de jurisdicción voluntaria, regulado en los arts. 43 y ss. de la Ley 15/2015 previa audiencia del promotor de la tutela, de los parientes más próximos de las personas que el juez considere oportuno y, en todo caso, del tutelado si tuviera suficiente juicio, siendo obligatorio si es mayor de 12 años.

La resolución que acuerda el nombramiento del tutor contiene las medidas de fiscalización de la tutela establecidas por los padres en el testamento o documento público notarial y/o otras de vigilancia y control que acuerde el juez e interés del menor. La autoridad judicial es la encargada de nombrar tutor, pero el Código Civil limita su elección a una lista de sujetos preferentes para el cargo del art.213 CC, 1.º A

---

<sup>24</sup> STS 16 junio 2020 (RJ 2020/2274)

<sup>25</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, y Natalia Álvarez Lata. *Manual de derecho civil. Derecho de familia / Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coordinador) ; autores, Natalia Álvarez Lata ... [et al.]*. 6ª ed. Madrid: Bercal, 2021. Print. (Págs., 273 y 274).

*la persona o personas designadas por los progenitores en testamento o documento público notarial. 2.º Al ascendiente o hermano que designe la autoridad judicial.*

Sin embargo, esa rigidez se suaviza al final del artículo expresando que excepcionalmente, en resolución motivada, se podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el interés superior del menor así lo exigiere.

Finalmente, hay que destacar que se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor.<sup>26-27</sup>

En los dos siguientes artículos se menciona que, si hubiere que designar tutor para varios hermanos, se procurará que el nombramiento recaiga sobre una misma persona.<sup>28</sup>

### 3.6 Régimen de acogimiento familiar

En estrecha relación con el punto anterior, respecto del acogimiento del menor, existiendo un antecedente de tutela o guarda administrativa, el acogimiento será solo un instrumento para el ejercicio de estas, que subsisten, por lo que su ejercicio se lleva a cabo con el respectivo seguimiento de la entidad pública, sin perjuicio de que pueda existir un traspaso del ejercicio de las facultades de la tutela a los acogedores en casos de acogimiento familiar permanente.<sup>29</sup>

Puede decirse que, en este contexto del menor, en la mayoría de los casos se llegue a la constitución de un acogimiento, que podrá ser familiar o residencial, entendiéndose este como una medida de protección de los menores, que surge cuando

---

<sup>26</sup> STS 17 abril 2017 (RJ 1505)

<sup>27</sup> STS 8 noviembre 2017 (RJ 4745)

<sup>28</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ. “Manual de derecho...”. Cit. Págs. 275-276.

<sup>29</sup> MORENO FLÓREZ, Rosa María. *Acogimiento familiar / Rosa María Moreno Flórez*. Madrid: Dykinson, 2012. Print. Pág. 233.

existe un incumplimiento o ausencia de los deberes que competen a quien correspondiera el ejercicio de la patria potestad o tutela, aunque en ocasiones sea por imposibilidad justificada, como el caso que tratamos en este dictamen. Esa situación de desprotección en el menor debe ser paliada con una adopción de medidas que garanticen esa función protectora.

El acogimiento residencial se lleva a cabo por el director del Centro de acogida, pudiendo ser en una institución pública o colaboradora, mientras que el acogimiento familiar se llevará a cabo por la persona o personas que lo reciban en acogimiento, determinado por la entidad pública, como expresa el artículo 172.3 CC.<sup>30</sup> Esta figura ha ido evolucionando mediante cambios legislativos, siendo la última reforma la Ley Orgánica 1/1996, actualmente en vigor, a la cual se realizó una revisión, vigente desde el 25 de junio de 2021.

Esta ley realizó varias reformas con la finalidad de corregir deficiencias técnicas y lagunas de las anteriores legislaciones, que se iban desfasando en atención a las transformaciones sociales y culturales de nuestra sociedad

### 3.7 INTERVENCION FAMILIAR

Adecuando este contenido a la Comunidad Autónoma de Castilla y León y a sus normas, pero siendo la finalidad la misma en todo el territorio nacional, puede decirse que el Programa de Intervención familiar tiene como principal objetivo el trabajo con las familias biológicas de los niños que tienen expediente abierto en protección a la infancia, por encontrarse en situación de grave riesgo o desamparo. Las administraciones están comprometidas con garantizar que los niños y jóvenes tengan derecho a una protección que pueda garantizar su desarrollo integral como personas en el entorno de su familia, preferentemente con sus progenitores, y en caso de no ser

---

<sup>30</sup>MORENO FLÓREZ.” *Acogimiento familiar...*” *Cit. Págs. 230-247.*

esto posible, con su familia extensa, intentando lograr una rehabilitación del núcleo familiar, y subsidiariamente, con una familia ajena.

Todas las Administraciones Públicas deben garantizar los derechos fundamentales de los menores y de su entorno familiar desde sus competencias, notificando la existencia de situaciones de desamparo y en su caso, adoptando las medidas necesarias en los casos de familias en riesgo. Dentro de estas medidas, se encuentran estos programas, que pretenden dotar de capacidad a estas familias para que puedan dar una correcta atención a sus hijos, priorizando su desarrollo, bienestar y educación, intentando evitar una separación de los hijos y los padres, preservando la integridad familiar.<sup>31</sup>

## 4 EXPLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA LA RECUPERACIÓN DE LA CUSTODIA INSPIRADO EN EL PRESENTE CASO.

### 4.1 Introducción contextual y escrito solicitando la recuperación de la custodia.

Cuando Elvira acude a nuestro despacho en octubre de 2019, llega cargada de documentación relativa al estado de la tutela de sus hijos. Hay que tener en cuenta que, desde el ingreso en prisión de la madre en el año 2012, los tres menores han ido cambiando las condiciones de su tutela, ya que en un primer momento quedaron a cargo de su abuela, la madre de Elvira, pasando posteriormente a convivir con su tía materna, que tras el fallecimiento de su marido solicitó hacerse cargo de ellos. Sin embargo, cabe destacar que la tutora legal de los menores es la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de Valladolid, encontrándose en acogimiento familiar con familia extensa, la cual es la encargada de cuestiones importantes, tales como la modificación del régimen de visitas de la madre con los menores. Entre la documentación

---

<sup>31</sup> Oportunidades Consejería. d. (1 de enero de 2000). *PROGRAMA DE INTERVENCIÓN FAMILIAR*. Obtenido [dhttp://www.jcyl.es/web/jcyl/Familia/es/Plantilla100DetalleFeed/1246988963464/Publicacion/1138974045537/Redaccion](http://www.jcyl.es/web/jcyl/Familia/es/Plantilla100DetalleFeed/1246988963464/Publicacion/1138974045537/Redaccion) [Consultado el 19 de noviembre de 2022]

mencionada, encontramos un escrito del Ministerio del Interior, en el cual se expone que Elvira ha permanecido en prisión desde marzo de 2012, encontrándose en la actualidad<sup>32</sup> clasificada en tercer grado (art 86.4 R. P), con aplicación de medios telemáticos, dependiendo de este Centro de Inserción Social.

Lo explicado hasta ahora sirve como antecedente documental del inicio de un procedimiento costoso cuyo objetivo principal fue la recuperación de la custodia de los menores.

Para ello, el primer paso que se dio fue redactar un escrito dirigido a la Gerencia de Servicios Sociales de Valladolid, al ser la que poseía la custodia en esas fechas, realizando una serie de manifestaciones que pueden resumirse en:

Una exposición de los antecedentes fácticos que contextualiza por qué estos menores se encuentran tutelados por la GTSS y a su vez en acogimiento familiar con la tía materna, ordenado de forma cronológica hasta llegar al momento de la solicitud, por el cual se insta una revisión y análisis de la situación.

Cuando comenzó el cuidado de los menores por la tía, la madre empezó a ver como su intención era alejarles de ella, intentando provocar en ellos una situación de abandono total por parte de sus padres, teniendo en cuenta lo sencillo que resulta manipular a un niño que vive tales circunstancias. Elvira, durante su estancia en prisión, no pudo hacer nada para remediar esta situación, debiendo conformarse con pensar que sus hijos estarían cuidados por la tía a pesar de que ella estuviera dificultando la relación de la madre con los menores, haciendo a los niños comentarios despectivos cuando estos la visitaban, sin embargo, al llegar el mes de junio de 2018, y concederse la semilibertad a Elvira, ella quiso comenzar esta lucha por recuperar a sus hijos cuanto antes para poder retomar su vida, en un ambiente familiar.

Se emplea el término lucha, porque no ha sido fácil, ya que la Administración, lejos de facilitar el proceso, lo fue entorpeciendo en varias ocasiones, añadiéndose un contexto confuso debido a la pandemia de la Covid-19.

Elvira al salir de prisión, se encontró con una situación desagradable, ya que su hijo mayor había delinquido y como consecuencia se encontraba interno en el

---

<sup>32</sup> Hablamos del año 2019, en la actualizad real, fecha de realización de este dictamen (2022), la madre ha satisfecho al completo su responsabilidad penal.

Zambrana, sin poder visitarlo a pesar de las numerosas solicitudes que realizó, situación dificultada también por el contexto de la pandemia.

En segundo lugar, se realiza una exposición de la situación actual en la cual se encuentra el fin de las circunstancias que originaron la tutela social de los menores. En este hecho se expone que la madre se encuentra totalmente rehabilitada, y a su vez ha satisfecho todas las responsabilidades civiles atribuidas por sus actos del pasado, encontrándose en la fase final de satisfacción de sus responsabilidades criminales, en el tercer grado, y pudiendo llevar una vida totalmente normal y ordenada, ya que solo depende de un Centro de Inserción de la ciudad.

En la línea de esta argumentación favorable, es importante mencionar que Elvira había encontrado un trabajo que le permite ocuparse de sus necesidades económicas, así como de las de sus hijos menores, y vive de alquiler en una casa perfectamente adecuada para la convivencia con sus hijos.

En este hecho se expone la indignación de la madre, añadiendo que no se puede comprender como la Gerencia puede estar satisfecha manteniendo la privación de la custodia a la madre natural de los hijos, queriendo a su vez reflejar la dudosa buena educación que la tía está dando a los menores, por lo cual resulta urgente que se retome la convivencia con la madre natural.

Pasados dos meses desde la presentación del escrito a la Gerencia, nos volvimos a dirigir de nuevo a este organismo dado que no se había recibido ninguna respuesta, reivindicando que existía un desentendimiento total por parte de la administración, que se traduce en un incumplimiento de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas e indefensión causada, que se agrava dada la especial importancia del asunto, resumido en el bienestar de los menores. Concretamente, mencionamos el artículo 88 de la citada ley el cual exige la resolución motivada de los procedimientos instados ante la administración, en tanto no se pronuncian en relación a la custodia de mis hijos, alargando esta desafortunada situación en perjuicio de ellos, de forma que no están velando por sus intereses conforme les corresponde, todo ello, en relación con el artículo 35, que establece una relación de actos administrativos, que han de ser motivados obligatoriamente, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho.

Finalmente, se exige que en cumplimiento de la ley se ofrezca y notifique una respuesta motivada de la eventual negación de sus pretensiones, ya que, habiendo aportado pruebas suficientes de la vida estable y ordenada, teniendo en cuenta que los niños han de estar naturalmente con su madre, se avisa de que se abrirá la vía judicial ante los tribunales dado que no hay razón alguna para denegar la custodia de una madre a sus hijos.

En marzo de 2020 la Gerencia Territorial de Servicios Sociales resolvió denegando la solicitud de reunificación de Doña Elvira con sus hijos menores, por una serie de motivos expuestos, en garantía del superior beneficio de los menores como bien jurídico de carácter esencial.

#### 4.2 Resolución de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales denegando la reunificación familiar.

En marzo de 2020 la Gerencia Territorial de Servicios Sociales resolvió denegando la solicitud de reunificación de Doña Elvira con sus hijos menores, por una serie de motivos expuestos, en garantía del superior beneficio de los menores como bien jurídico de carácter esencial.

Entre esos motivos, se encuentra como principal que los menores estaban en acogimiento familiar con su tía materna, la cual manifiesta que tienen un comportamiento ajustado y no existen dificultades en la convivencia, además, tiene cubiertas todas sus necesidades a nivel material y afectivo, exponen. Todo ello reforzado por el Programa de Intervención Familiar.

El coordinador del caso indicaba que *“no ha habido un cambio de circunstancias con respecto a la declaración de desamparo que permitiera que los menores pudieran desarrollarse en un entorno estable junto a su madre, y por ello se propone denegar la solicitud de reunificación realizada por la madre.”*

### 4.3 Inicio del procedimiento judicial.

Redactamos un escrito de oposición a dicha Resolución, pero ya no dirigido a la GTSS, sino al Juzgado de Primera Instancia, para iniciar un proceso judicial. Antes de desarrollar el contenido de esta, analizaremos en este apartado el procedimiento a seguir según la normativa vigente.

Tras la presentación del correspondiente escrito, se recibe por parte del Juzgado de Primera Instancia nº3 de Valladolid Diligencia de Ordenación en la cual se expresa que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 780 en su apartado 4 de la LEC, habiéndose recibido el expediente administrativo reclamado, se acuerda emplazar a Doña Elvira a través de su representación procesal con procurador, para presentar demanda en el plazo de 20 días.

Las normas relativas a este procedimiento se contienen en el título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, titulado “*De los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores*”, concretamente, el artículo 748 LEC en que habla del ámbito de aplicación, en cuyo apartado séptimo menciona los procesos que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de menores, y que se desarrollan concretamente en los artículos 779 y 780 LEC. Los artículos mencionados son de gran importancia, dado que contiene los pasos a seguir en estos casos, expresando:

*Art.780 “1. No será necesaria 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. Estarán legitimados para formular oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, siempre que tengan interés legítimo y directo en tal resolución, los menores afectados por la resolución, los progenitores, tutores, acogedores, guardadores, el Ministerio Fiscal y aquellas personas que expresamente la ley les reconozca tal legitimación. Aunque no fueran actores podrán personarse en cualquier momento en el procedimiento, sin que se retrotraigan las actuaciones. Los menores tendrán derecho a ser parte y a ser oídos y escuchados en el proceso conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Ejercitarán sus pretensiones en*

*relación a las resoluciones administrativas que les afecten a través de sus representantes legales siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de la persona que se designe o que ellos mismos designen como su defensor para que les represente.” En nuestro caso sí que presentamos una reclamación previa administrativa, ya que, aunque no sea necesaria, sí que puede resultar conveniente la posibilidad de llegar a una solución extrajudicial, simplificando el proceso.*

*2. El proceso de oposición a una resolución administrativa en materia de protección de menores se iniciará mediante la presentación de un escrito inicial en el que el actor sucintamente expresará la pretensión y la resolución a que se opone. En el escrito consignará expresamente la fecha de notificación de la resolución administrativa y manifestará si existen procedimientos relativos a ese menor.*

*3. El Letrado de la Administración de Justicia reclamará a la entidad administrativa un testimonio completo del expediente, que deberá ser aportado en el plazo de diez días. La entidad administrativa, podrá ser requerida para aportar al Tribunal antes de la vista, las actualizaciones que se hayan producido en el expediente del menor.*

*4. Recibido el testimonio del expediente administrativo, el Letrado de la Administración de Justicia, en el plazo máximo de cinco días, emplazará al actor por diez días para que presente la demanda, que se tramitará con arreglo a lo previsto en el artículo 753. El Tribunal dictará sentencia dentro de los diez días siguientes a la terminación del juicio.*

**5. Se suprime<sup>33</sup>**

---

<sup>33</sup> Cabe añadir a modo de aclaración que el Preámbulo de la Ley orgánica 8/2021, de 4 de junio contiene un error legislativo sobre la modificación de los dos artículos mencionados (779 y 780), disponiendo que «*La disposición final novena modifica los artículos 779 y 780 de la LEC, para fijar un plazo máximo de tres meses, desde su iniciación, en los procedimientos en los que se sustancie la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Además, se prevé que las personas menores de edad podrán elegir, ellos mismos, a sus defensores, se reducen los plazos del procedimiento, y se contempla la posibilidad de que se adopten medidas cautelares*». Sin embargo, ninguno de estos artículos prevé esta posibilidad. Lo relativo a la adopción de medidas cautelares se hablaba en el proyecto de esta LO (se incluiría en un apartado del artículo 780 LEC.) cuyas enmiendas se votaron en el Senado el 19/05/2021. No obstante, esta referencia no fue aprobada, acordándose su supresión del apartado mencionado dado que chocaría con lo dispuesto en el artículo 216 CC,

6. Si el Ministerio Fiscal, las partes o el Juez competente tuvieren conocimiento de la existencia de más de un procedimiento de oposición a resoluciones administrativas relativas a la protección de un mismo menor, pedirán los primeros y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la acumulación ante el Juzgado que estuviera conociendo del procedimiento más antiguo. Acordada la acumulación, se procederá según dispone el artículo 84, con la especialidad de que no se suspenderá la vista que ya estuviera señalada si fuera posible tramitar el resto de procesos acumulados dentro del plazo determinado por el señalamiento. En caso contrario, el Letrado de la Administración de Justicia acordará la suspensión del que tuviera la vista ya fijada, hasta que los otros se hallen en el mismo estado, procediendo a realizar el nuevo señalamiento para todos con carácter preferente y, en todo caso, dentro de los diez días siguientes. Contra el auto que deniegue la acumulación podrán interponerse los recursos de reposición y apelación sin efectos suspensivos. Contra el auto que acuerde la acumulación no se dará recurso alguno.”<sup>34</sup>

A este artículo tan relevante para el estudio de un caso como el que aquí tratamos, ya que expresa paso por paso el procedimiento a seguir, cabe unirlo a su artículo anterior, el 779, que explicamos en segundo lugar dado que fue recientemente modificado por la publicación de la Ley orgánica 8/2021, de 4 de junio de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que entró en vigor el 25 de junio del mismo año, introduciendo una novedad relevante, ya que otorga un plazo máximo de tres meses, desde la iniciación de un procedimiento en los que se sustancia la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, y en consecuencia, adquiriendo un carácter preferente. Añadiendo, además, que la acumulación de procedimientos no suspenderá dicho plazo máximo.

---

sobreentendiéndose que la alusión a las medidas cautelares en dicho preámbulo traería causa de un error legislativo, un mero olvido del legislador.

<sup>34</sup> Iberley. (21 de febrero de 2022). *Los procesos de menores en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Obtenido de <https://www.iberley.es/temas/procesos-menores-ley-enjuiciamiento-civil-52521> [Consultado el 8 de diciembre de 2022]

Dicho artículo se pronuncia sobre la competencia, diciendo que, para su conocimiento, la ostentará el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la Entidad Pública, y en su defecto el Tribunal del domicilio del adoptante.

#### 4.4 Oposición a la resolución administrativa mediante una demanda al Juzgado de Primera Instancia.

Es evidente, que ante dicha resolución, la reacción de la madre fue de desesperación, mientras que en el despacho estábamos bastante decepcionados ante la vaga justificación realizada en el escrito, el cual afirma que no existe un cambio de circunstancias.

Resulta difícil creer que no existe un cambio de circunstancias cuando la madre, siete años atrás, ingresó en prisión por tráfico de estupefacientes, y en la actualidad, en el momento de solicitud de reunificación, se encontraba ya en libertad, completamente reinsertada y rehabilitada, con informes favorables del centro penitenciario y del centro de reinserción, con pruebas semanales que verificaban el no consumo de estupefacientes, con un contrato de trabajo que le permitía vivir en un piso perfectamente habilitado para la convivencia de sus hijos, así como para satisfacer sus necesidades económicas y por supuesto, afectivas.

Por ello, en dicho escrito remarcamos que, desde el dictado de la declaración de desamparo, las circunstancias de la madre biológica han evolucionado favorablemente en lo que concierne a su capacidad para prestar la asistencia moral y material a sus hijos, pues se encuentra totalmente rehabilitada e insertada en la sociedad, habiendo satisfecho la totalidad de las responsabilidades civiles que se le atribuyeron en su día, y terminando de satisfacer las responsabilidades criminales.

Los principales argumentos en los que nos apoyamos en esta demanda encontramos:

- El cambio de circunstancias de la madre desde la declaración de desamparo y de la asunción de la tutela administrativa a la actualidad, existiendo una evolución favorable.

- El especial interés de la tía materna reforzado posiblemente por las ayudas económicas que recibe.<sup>35</sup>
- La madre posee una capacidad plena para prestar asistencia moral y material a sus hijos, llevando una vida normal con un trabajo y una vivienda digna.
- Hay que valorar el ambiente familiar materno filial que los menores pueden disfrutar mediante la convivencia con su madre.
- Se añade: *“Pese al agradecimiento pleno que mi mandante le tiene a su hermana por cuidar de sus hijos cuando lo han necesitado, hemos de manifestar que sorprende que esta Gerencia pueda estar satisfecha manteniendo la privación de la custodia a la madre natural de los niños, cuando su hermana, según se informa, tiene a su hijo mayor ingresado en el Zambrana, y el hermano mediano, Adrián, se ha estrenado recientemente en una comisaría para declarar sobre la sustracción de unos objetos.”*
- Posibilidad de que los menores estén siendo manipulados traduciéndose en comportamientos aislados que no presuponen que no quieran estar con su madre.
- Se añade finalmente que en otras ocasiones ya se han manifestado todas estas circunstancias que necesariamente han de obrar en los expedientes administrativos y sin embargo se ha denotado una falta de diligencia total y absoluta por parte de esta consejería, que ni siquiera ha entrado a valorar las mismas, privando a los menores de contar su madre, por tener *“las necesidades básicas cubiertas”*. Bien, ¿cuáles son las necesidades básicas?, un techo, comida.... Parece que, para esta Gerencia, el cariño, la educación y el ejemplo de una madre con experiencias difíciles a la espalda, son secundarios.

---

<sup>35</sup> Respecto de la remuneración del tutor, cabe decir que la tutela se ha considerado con carácter retribuido desde la redacción originaria del Código Civil hasta la actualidad. Así lo contenía el artículo 274 CC, que con la LO 8/2021, pasa a ser el artículo 229, el cual precisa que el tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del menor lo permita, así como al reembolso de los gastos justificados, cantidades que serán satisfechas con cargo a dicho patrimonio.

#### 4.5 Contestación de la GTSS oponiéndose a la demanda

Tras la interposición de la demanda, se recibe Decreto de admisión a trámite, en el cual se dispone “*Emplazar al Ministerio Fiscal y a la entidad administrativa LA GERENCIA TERRITORIAL DE SERVICIOS SOCIALES CONSEJERIA DE FAMILIA DE CASTILLA Y LEÓN, con traslado de la demanda, para que la contesten en el plazo de veinte días.*”

*En el debido plazo se recibe contestación del Ministerio Fiscal: “Al Juzgado que habiendo por presentado éste escrito se sirva tener a este Ministerio por parte en los autos a que el mismo se refiere y por contestada la demanda deducida en los mismos para en su día, tras la ulterior tramitación correspondiente dictar sentencia ajustada a derecho conforme a los hechos que resulten tras la práctica de la prueba en el juicio oral.”*

*Así como contestación a la demanda por parte de la Gerencia, oponiéndose con el principal argumento de que, el equipo coordinador del caso y la Comisión de Valoración de la Sección de Protección a la Infancia de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales propusieron con toda claridad denegar la solicitud de la actora, en garantía del superior interés y beneficio de los menores, lo que se acordó de este modo fundadamente en la Resolución administrativa impugnada de contrario, siempre atendiendo y protegiendo, como hemos destacado, el superior interés y beneficio de los menores.*

*Finalmente, se señala vista para el mes de marzo de 2022, para la realización de un juicio verbal.*

Para la realización de este juicio hay una Diligencia para que comparezcan los menores, por lo que se lleva a cabo la correspondiente declaración de los mismos en el proceso.

#### 4.6 Sentencia desestimando íntegramente la demanda.

En agosto de 2021 se recibe Sentencia desestimando íntegramente la demanda interpuesta por Doña Elvira frente a la resolución de 24 de febrero de 2020 de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León sobre la denegación de reunificación familiar realizada por la actora respecto de sus hijos.

Ante la firmeza y el archivo de las actuaciones, solo queda realizar una solicitud para la ampliación de visitas de la madre, para que sea posible realizar alguna comida con ellos, visitarles en sus actividades extraescolares, ya que el más pequeño realiza patinaje y le pedía a su madre que fuera a verle.

Durante este periodo, el mayor de los hijos cumplió su mayoría de edad, y por voluntad propia comenzó a retomar la relación con su madre, pasando posteriormente a convivir con ella.

#### 4.7 Solicitud de reunificación familiar urgente, tras el abandono de los menores por parte de la tía materna.

Así los hechos, tras una larga lucha para la recuperación de la custodia de los menores, y su consiguiente denegación tanto por las Administraciones correspondientes como por las autoridades judiciales, desconociendo los motivos y sin previo aviso, en octubre de 2021 la tía decidió abandonar a los menores. Para lo cual redactamos una Solicitud de reunificación familiar urgente de los menores con la madre exponiendo:

*“En la última semana, los niños han sufrido constantes cambios desplazándose a merced de su tía desde su propia casa a la de su madre, sin que la Gerencia haya hecho nada para regularizar la situación pese a que dicha circunstancia obrara en su conocimiento.*

*El pasado día 3 de diciembre, los niños fueron llevados por su tía a la Residencia Juvenil de Valladolid “J.M II”, donde se encuentran internados actualmente sin que mantengan ningún tipo de contacto con su madre. Lo cierto es que desconocemos las razones verdaderas que han provocado la llevanza de los menores allí, pero no podemos obviar que apenas hace unos meses, se tramitó un procedimiento en el que mi clienta demandaba la restitución de la custodia de los*

*menores a su favor (OMM tramitado en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Valladolid) en el que se resolvió que la situación de los niños debía mantenerse bajo el cuidado de su tía. Los niños tienen una madre que los quiere, que les puede cuidar y que ha estado luchando por ellos durante años habiéndosela prejuizado y habiéndosele puesto todas las trabas posibles tratando de dejar ver que cualquier opción es mejor a que estén con ella, sin justificación fundamentada proporcional a la magnitud de estos hechos.*

*A día de hoy, centrándonos en lo importante, los niños están asustados y desorientados, a lo que hay que sumar que no cuentan con sus objetos personales ni tan si quiera para retomar su vida habitual y su escolaridad.*

*Por ello, es urgente concertar una reunión de los niños con la madre para tranquilidad de todos y tomar las medidas oportunas cuanto antes en interés de los menores. No es intención de esta parte obviar la labor de esta Gerencia, pero todos los pasos que este organismo ha dado solo han servido para alejar a los niños de su madre, y el tiempo ha demostrado que no mantenerles unidos es un gran error. Prueba de ello, que el hermano mayor, (ya mayor de edad), en cuanto ha tenido ocasión se ha ido a vivir con ella, siendo deseo de ambos que vuelvan a vivir con ellos los dos menores. Por ello, en caso de que no se nos ofrezca una respuesta rápida y lógica, nos veremos obligados a acudir al Juzgado y por supuesto a la figura del Ministerio Fiscal por cuanto lo que está en juego es la situación de dos menores, que ahora lamentablemente si están desamparados (dicho sea, con el máximo respeto y solo en términos comparativos por cuanto podrían estar con su madre) por voluntad de la Junta, y de su “adecuada” acogedora, su tía.”*

Posteriormente, se recibe Resolución de la GTSS en la cual resuelve el cese del acogimiento familiar de los menores con su tía materna, y se declara en alta de los menores en el recurso de acogimiento residencial en donde los dejó abandonados la tía, con efectos del día 3 de diciembre de 2021, entre los motivos expuestos encontramos la garantía del superior interés de los menores como bien jurídico esencial.

Se da de baja a los menores en el apoyo de la familia de carácter técnico que consistía en el Programa de Intervención Familiar.

Además, contra esta resolución no cabía recurso o presentar demanda en ningún orden jurisdiccional, al haber transcurrido dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declaraba la situación de desamparo del menor, estando únicamente legitimado para oponerse a la resolución del MF.

Con estos hechos, se observa una vez más que este órgano prefiere dejar a los niños en un centro antes que devolverles la convivencia con su madre que dispone de capacidades plenas para su cuidado.

En marzo de 2022 se realiza una nueva solicitud de ampliación de visitas. Se reivindica de nuevo la situación de injusticia cuyos principales argumentos son:

- Inactividad de la administración
- Estos niños cada día dependen de un técnico en la llevanza de su expediente, de forma que a medida que pasan los meses, la situación se vuelve más gravosa para ellos dado que no puede disfrutar de su madre, viéndose tratados como meros números administrativos
- Constante esfuerzo de la madre por pasar más tiempo con sus hijos.
- No se abre un expediente a fin de esclarecer tal hecho toda vez que por parte de mi representada se ha solicitado la reunificación familiar incluso de forma judicial.
- No hay fundamento jurídico ni fáctico para prorrogar esta situación
- Hemos solicitado al Fiscal su intervención por cuanto consideramos que la declaración de la situación de desamparo de estos menores ha de ser revisada.
- Deseo de los menores e incongruencia de lo ocurrido.
- Se propone que este órgano actúe. Que entrevisten a los niños, que entrevisten a la madre, que estudien el caso y solo así podremos lograr una solución en interés de los menores, que debería ser el objetivo final de la acción de la Gerencia de Servicios Sociales, empezando por la concesión de un régimen de visitas más amplio que incluya pernoctas.

En estos momentos la crispación tanto por parte de la madre como por nuestra parte como letrados llega a unos límites extremos, debido a todo el recorrido anterior,

en el cual, tras incesables intentos de recuperación de los menores, se habían denegado con la argumentación de que con la tía materna estaban cubiertas todas sus necesidades. Sin embargo, ni ante un cambio de circunstancias tan abrumador como el abandono de los menores por parte de la tía en un centro de acogida, se observaban cambios, lo cual resulta frustrante para una madre que ve truncada la recuperación de sus hijos, que pudiendo estar conviviendo con ella se encuentran en un centro de acogida privados de una vida familiar de la que podrían gozar plenamente si los órganos competentes se dieran cuenta de la gravedad de la situación y realizaran los cambios pertinentes para cesar esta injusta situación.

#### 4.8 Solicitud de revisión de la declaración a la Fiscalía de Menores. Salirse del procedimiento judicial para llegar a un procedimiento más humano.

Ante la imposibilidad de contestación a la última resolución de la Gerencia, como no se conseguía avanzar en el caso y nadie puso ninguna intención en investigar más el cambio de circunstancias para acabar con esa situación de injusticia con la madre, que pasaba un martirio diario en el que no podía disfrutar de una vida normal con convivencia con sus hijos, decidimos ponernos en contacto directamente con la Fiscalía de menores, con una carta que relataba los argumentos anteriormente expresados, con un toque más cercano y en el cual se percibiera la dura realidad de una madre que a la que se le está privando de ver y vivir con sus hijos, castigada por errores de su pasado, y sin tener ningún sentido que los hijos se encuentren en un centro internos mientras su madre ya rehabilitada lleva una vida completamente normal y se encuentra en condiciones sociales y económicas para llevar a cabo la convivencia con sus hijos.

El escrito se dirige a la Ilustrísima Fiscalía de Menores como una solicitud de revisión de declaración de desamparo de menores, dentro de las Alegaciones encontramos:

- Breve relato fáctico del caso por el cual la madre suplica la ayuda de este organismo para cesar con la realidad de sufrimiento y desesperación que está viviendo.

- Resumen de los hechos desde el ingreso en prisión de la madre, acogimiento familiar con la tía, intento de recuperación de la custodia una vez cambiaron las circunstancias que impedían a la madre estar con sus hijos, denegación de la reunificación familiar y posterior abandono de los menores por parte de la tía materna.
- Exposición de las causas denegatorias de la solicitud y la situación actual de los menores:

*“La sentencia en cuestión, rechaza la petición de la madre por cuanto considera que los niños deben seguir con su tía por tener sus necesidades cubiertas y manifestar que no quieren estar con la madre. No se tiene en cuenta que los niños estaban influenciados por la tía, pero es que ahora, se encuentran internos en la Residencia Juvenil de Valladolid “J.M.II”, desde el pasado 3 de diciembre de 2021, día en el cual su propia tía, (con quien adelantábamos no estaban bien cuidados), les abandonó allí mismo sin apenas ropa que ponerse y sin ofrecer una explicación de tal hecho.*

*El problema es que estos niños, cada día dependen de un técnico en la llevanza de su expediente, de forma que a medida que pasan los meses, la situación se vuelve más gravosa para ellos dado que no puede disfrutar de su madre, viéndose tratados como meros números administrativos, pues dicho sea con el debido respeto, no es normal que nadie escuche alegaciones de esta parte, limitándose la Gerencia simplemente a no actuar de modo alguno tras la gravedad de lo acontecido en diciembre de 2021, cuando fueron llevados a un centro de menores de Valladolid. Seguimos sin saber el verdadero motivo de abandono de la tía, y resulta increíble que no se abra un expediente a fin de esclarecer tal hecho toda vez que por parte de mi representada se ha solicitado la reunificación familiar incluso judicial como adelantábamos. Es necesario manifestar igualmente que A., el niño mayor, aprovecha las salidas para ir a comer con su madre, debiendo luego volver a pernoctar al centro de menores y manifestando a su madre su deseo de quedarse con ella. Igualmente, Mario, el más pequeño, está comenzando a solicitar este tipo de permisos para poder ver a su madre más a menudo, pues únicamente puede disfrutar de ella los domingos y durante visitas muy breves. Insistimos en que, no es intención de esta parte menospreciar la labor de esta Gerencia, pero todos los pasos que dicho organismo ha dado solo han servido para alejar a los niños de su madre, y el tiempo ha demostrado que no mantenerles unidos es un gran error. Prueba de ello, que el hermano mayor, Daniel, en cuanto ha tenido ocasión se ha ido a vivir con ella (...)*

*Todas estas circunstancias son una serie de motivos por los que se considera que ha llegado el momento de replantearse qué sentido tiene que sus hijos estén residiendo en un centro de menores, teniendo la posibilidad de poder convivir con su madre, en una casa, con un ambiente familiar y con todas las necesidades cubiertas. Carece de sentido y de justificación que se mantenga esta situación de injusticia para una madre que, a pesar de sus errores en el pasado, ha demostrado con creces que ha puesto de su parte y ha hecho todo lo posible por mejorar, y esa mejora está demostrada atendiendo a la vida que lleva en la actualidad, así como la injusticia para los menores de no poder gozar de una vida estable y familiar en convivencia con su madre.*

- Finalmente se insta la necesidad de revisión del expediente, dado que resulta obvio que las circunstancias han cambiado, existiendo una salida de prisión, una rehabilitación total, un cumplimiento de responsabilidad civil y penal, una estabilidad, unión familiar entre hermanos, en definitiva, la necesidad de una relación materno filial que Elvira manifiesta constantemente con paciencia y dedicación, acudiendo en última instancia a este organismo en la confianza de que nos ayude.

A finales de abril de 2022, se recibe respuesta por parte de la fiscalía provincial de Valladolid, un Decreto del Fiscal en el cual informaba que habían recibido por parte de la Gerencia de Servicios Sociales de Valladolid informe actualizado de los menores.

Informa a su vez, que de la lectura de dicho informe resulta que ya se está trabajando desde la propia Gerencia mediante un nuevo programa de intervención familiar, en el incremento de las relaciones de dichos menores con su madre biológica para valorar, la cautela y las garantías debidas, la convivencia del retorno de aquellos a una convivencia estable con su madre biológica.

Finalmente, dicen que resulta evidente, sin mayor argumentación, que tal proceso de intervención no debe verse interferido ni alterado por ninguna demanda de revisión, como la que se ha instado de esta Fiscalía en el escrito de iniciación de las presentes diligencias preprocesales, acordando finalmente:

- 1) No haber lugar a interponer la demanda de revisión solicitada.
- 2) El archivo de las presentes Diligencias Preprocesales.

Quiere decir esto, que las medidas se tomaron finalmente desde dentro, es decir, fue la propia Fiscalía la que instó la revisión del informe de estos menores por parte de la propia Gerencia, para llevar a cabo las acciones necesarias para valorar ciertamente la idoneidad de la madre para cuidar de los menores, retomando en su caso la convivencia con la madre biológica.

## 5. CONCLUSIONES. UN LLAMAMIENTO A LA RAZÓN. LA IMPORTANCIA DE LA INDIVIDUALIZACIÓN CIRCUNSTANCIAL DE CADA CASO.

Llegados a este punto, cabe decir que la realización de este dictamen no ha sido sencilla, topándonos con dificultades a la hora de encontrar información sobre un tema tan específico y sensible, relativo a menores cuya madre ingresa en prisión y todas las consecuencias que ello conlleva, centrando el objeto principal del trabajo en explicar las diferentes etapas del procedimiento que se llevó a cabo para conseguir la recuperación de la custodia y la reunificación familiar de los menores con su madre. Podemos decir que estamos ante un tema poco común, pero a su vez infravalorado y con escasa o inexistente literatura científica.

Así pues, conseguido ese objetivo principal, se procede a realizar una serie de conclusiones a modo de recopilación de los aspectos más importantes que recoge el presente dictamen, así como un análisis crítico de este supuesto de hecho.

PRIMERA. - En primer lugar, al realizar este dictamen, lo principal a tener en cuenta es que se trata de un tema de menores, lo cual se traduce en una especial delicadeza, ya que todo procedimiento relacionado con menores de edad deberá llevarse a cabo con una cautela máxima dada la vulnerabilidad de este colectivo, debiéndose garantizar en todo caso la protección de los mismos, de su bienestar y prevaleciendo el interés superior del menor.

Es precisamente el tratamiento de esta materia tan delicada lo que nos lleva a realizar un análisis más preciso de conceptos como la patria potestad y la guarda y custodia, que están estrechamente relacionados con la representación general, la administración de los bienes, y todo lo relacionado con las necesidades básicas de los menores de edad, ya que la comprensión de estos conceptos es primordial para poder comprender el desarrollo de este procedimiento.

En nuestro país, dentro de esta materia gozamos de un amplio marco legal que promueve esa protección y garantiza los derechos de los menores, encontrándose

regulados esos derechos y obligaciones que tienen los padres, garantizando ese deber de cuidar, proteger y estar con sus hijos.

En relación con esta materia tan concreta, se ha mencionado la Ley de Jurisdicción Voluntaria, que introdujo en el Código Civil un artículo que hace referencia al caso de privación de libertad de los progenitores, debiendo facilitar la Administración el traslado del menor al centro penitenciario. Así también, encontramos regulación respecto de la situación de desamparo de un menor, debiendo haber una automática atribución a la Administración de la tutela, de forma simultánea a la suspensión de la patria potestad o la tutela civil, y correspondiendo a esta el inicio del oportuno procedimiento administrativo para verificar dicha situación.

En conclusión, se observa durante todo el dictamen un fuerte respaldo legislativo que fundamenta el procedimiento, dejando constancia del amplio marco legal que existe en nuestro país en materia de menores, que proporciona una robusta protección de todas sus garantías, que, además, goza de constantes modificaciones para adecuarse a todas las necesidades sociales.

SEGUNDA.- En segundo lugar, es importante hablar de la sensible situación en la que se encuentran estos menores con el ingreso en prisión de su madre, que supone un gran impacto psicológico para los mismos, incrementándose cuando se ven trasladados de su domicilio al centro social, en este caso, y posteriormente del centro social a casa de la abuela, casa de la tía, de nuevo a un centro social, provocando esta situación una desorientación de los menores, los cuales se encuentran en unas edades en las que es vital una estabilidad familiar para garantizar su desarrollo educativo y personal.

Este puede ser uno de los motivos que fundan la denegación de la convivencia a la madre, cuando los menores se encontraban en acogimiento con su tía materna, considerando que los cambios de vida de los menores ya habrían sido suficientes y en la situación en la que se encontraban se podía percibir una estabilidad adecuada para los mismos.

Sin embargo, ¿hasta qué punto es lógico que estos menores permanezcan con la tía materna por “no alterar de nuevo su domicilio” y porque “con su tía tienen

cubierta sus necesidades básicas” cuando existe una madre biológica que goza de plenas capacidades y condiciones para retomar la convivencia con sus hijos? Desde nuestro punto de vista no se hace un estudio real de la situación concreta de esta familia, denegando la Gerencia nuestras solicitudes con vagas argumentaciones sin fundamentos consistentes.

TERCERA. - Sin embargo, este caso nos demuestra que muchos errores acaban cayendo por su propio peso, como sucede cuando sin motivación ninguna la tía decide abandonar a los menores, y, existiendo solicitudes previas de la madre de reunificación, se decide ingresar a los menores en un centro social, provocando esto una incongruencia abismal ya que supone un nuevo cambio de habitación de los menores, junto con una privación injustificada hacia la madre para retomar la convivencia.

La estabilidad en la vida de estos menores que se defendía en todos los escritos de denegación hacia la madre se truncó tras el abandono de la tía materna, sin ninguna razón fundada, que suponemos, provocó para los menores un nuevo impacto psicológico irreparable, sumado a los antecedentes ya vividos por estos niños años atrás.

En este caso, estos niños gozaron de la suerte de tener a su madre completamente dispuesta y capacitada para retomar una convivencia familiar normal, y parece que los organismos competentes entraron en razón.

Sin embargo, cabe preguntarse cuál sería la situación de los menores si la tía no hubiera decidido abandonarles, ya que, por desgracia, podría subsistir a de hoy la privación de la custodia a la madre, ya que hasta que no volvieron a un centro social, nadie, salvo la Fiscalía tras nuestra reiterada petición, se planteó volver a revisar dicha situación, y no existía ningún tipo de alegación en nuestra mano.

CUARTA. - Al igual que se habla del impacto psicológico de los menores, cabe hablar del sufrimiento soportado por la madre biológica. Mediante este dictamen, también pretendemos concienciar y exponer como un profesional de la abogacía debe abordar un caso de esta índole. El trabajo del abogado no consiste solo en redactar

demandas e ir a juicios, el abogado debe asesorar e intentar proporcionar al cliente un ambiente seguro, sin significar esto que se garantice un éxito del caso, sino que nos referimos más bien a crear un ambiente de confianza en el que sienta que el profesional está haciendo todo lo que está en su mano para poder satisfacer las necesidades del cliente.

Por ello, lo primero que debe hacer una persona que pretende recuperar a su hijo, o hijos, en manos de los Servicios Sociales, será buscar un buen asesoramiento de un profesional, preferiblemente que tenga experiencia en derecho de familia para que pueda guiarle en cada paso. Nuestra labor como asesores legales comenzará con una escucha activa del cliente, para proceder a un estudio exhaustivo del caso y proceder a buscar la solución más adecuada.

La recuperación de un menor que se encuentra en manos de los servicios sociales no se trata de una tarea fácil, dado que, al tratarse de menores, las instituciones tienen que velar en todo momento por sus derechos e intereses, especialmente protegidos, lo que convierte a este procedimiento en un camino de piedras por la cantidad de requisitos y cautelas que supone este trámite. Cabe matizar, que esa dificultad no se expresa por pensar que los Servicios Sociales están en contra de los progenitores, sino que realmente esta institución se encuentra bastante saturada, y no es precisamente su intención quitar hijos a sus padres y madres. Su intención no es otra que la de dar protección y cuidado a estos menores en los casos en los que se haya detectado una situación grave y justificada, pero la realidad es que estos profesionales normalmente trabajan con un amplio número de expedientes a los que no pueden dedicar todo el tiempo que merecería, olvidando en ocasiones que detrás de cada expediente hay un niño, una madre, un padre, una familia y un sufrimiento.

QUINTA.- Es cierto que estas entidades procuran la mejor opción para los menores, anteponiendo ante todo su interés superior e intentando adecuar las medidas a sus necesidades sociales, educativas y económicas, sin embargo, muchas veces se deja de lado y se olvida el cariño y el amor que puede aportar, en este caso, la madre biológica de los menores, que como ya se ha mencionado en anteriores ocasiones, en este supuesto se comprueba como se le castiga por sus errores del pasado, sin entrar a valorar de una forma real y adecuada la situación actual en la que se encuentra.

Es cierto que, en un caso tan exaltante, pueda existir reticencia a la hora de devolver a unos menores a una madre condenada por tráfico de estupefacientes, sin embargo, si nuestro sistema promueve la reinserción y la reintegración de las personas condenadas por delitos, ¿por qué después se encuentran tantas trabas para esas personas que se han esforzado en mejorar como personas y aprender de sus errores? Un sistema que realmente cree en la reinserción debe ofrecer más herramientas y adecuar la valoración de este tipo de casos a la realidad personal y a las circunstancias concretas, sin resolver con escritos con justificaciones bastante generales que confirman la estigmatización de esas personas exdelincuentes.

SEXTA. – Es cierto, que la jurisprudencia empleada en este dictamen es escasa, y referida más a los primeros apartados dedicados a aspectos teóricos, esto es así debido a que tratamos un caso excesivamente peculiar, donde encontramos un ingreso en prisión, una pérdida de custodia, una suspensión de la patria potestad, una posterior rehabilitación y reinserción tras la salida de prisión, y una, aún más posterior, recuperación de la custodia y reunificación familiar, que podría considerarse a ojos de la literatura como “un final feliz”.

Es por esto, por lo que podemos considerar este supuesto de hecho, y su consiguiente dictamen, como un verdadero precedente, ya que no se han encontrado casos exactamente similares que hayan llegado a los tribunales.

Consideramos que, en caso de existencia de supuestos similares, lo idóneo sería atender de forma minuciosa cada caso concreto antes de tomar cualquier decisión, ya que, ciertamente existirán casos en los que por diversas causas los progenitores no se hayan rehabilitado o reinsertado en la sociedad de forma adecuada como para hacerse cargo de unos menores de edad, sin embargo, en los casos en los que sí exista ese cambio de vida, de actitud, y ese esfuerzo por recuperar una vida normal con los hijos, debería estudiarse de forma que se haga realmente justicia, proporcionando, en este caso a la madre, la recuperación de la convivencia con sus hijos.

SÉPTIMA. - Finalmente, ante supuestos como estos en los que no se puede negar el sufrimiento padecido, podemos concluir con una breve reflexión.

Seamos más humanos, humanicemos el sistema de justicia, sobre todo, en el ámbito del derecho de familia, no tratemos a niños como expedientes que se firman y se olvidan, no olvidemos el sufrimiento vivido por los menores, su bienestar y su necesidad de afecto.

Un niño no tiene todas sus necesidades cubiertas con un techo y un alimento, para su desarrollo personal es necesario un apoyo familiar y en este caso se estaba negando de forma injustificada el amor de una madre.

Humanicemos la justicia.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

### MONOGRAFÍA

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, and Natalia Álvarez Lata. *Manual de derecho civil. Derecho de familia / Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coordinador); autores, Natalia Álvarez Lata ... [et al.]*. 6ª ed. Madrid: Bercal, 2021. Print.

DOMÍNGUEZ OLIVEROS, Inmaculada. *¿Custodia compartida preferente o interés del menor: marco normativo y praxis judicial / Inmaculada Domínguez Oliveros, juez sustituto, doctora en Derecho*. 1ª edición. N.p., 2018. Print.

MARTÍNEZ CALVO, Javier. *La guarda y custodia / Javier Martínez Calvo*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. Print.

MORENO FLÓREZ, Rosa María. *Acogimiento familiar / Rosa María Moreno Flórez*. Madrid: Dykinson, 2012. Print.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Principios de derecho civil. 6, Derecho de familia / Carlos Lasarte*. 12 ed. Madrid [etc: Marcial Pons, 2013. Print.

VELA SÁNCHEZ, Antonio. *Derecho Civil para el grado IV: derecho de familia / Antonio Vela Sánchez*. Madrid: Dykinson, 2013. Print.

### REVISTAS Y BLOGS

LAVAL, JD. (31 de mayo de 2022). *¿Puedo perder la custodia de los hijos o patria potestad si estoy en la cárcel? Obtenido de <https://www.abogado.com/recursos/custodia-de-nino/-puede-darse-por-terminada-mi-patria-potestad.html>*

RIQUELME, G. (19 de octubre de 2020). *La patria potestad cuando un padre entra en la cárcel. Obtenido de <https://ginesriquelme.abogado/la-patria-potestad-cuando-un-padre-entra-en-la-carcel/>*

*TORREMOCHA, C. (24 de febrero de 2022). Diferencias entre patria potestad y custodia de los hijos. Obtenido de <https://carolinatorremocha.com/blog/patria-potestad-y-custodia/>*

*RODRÍGUEZ, M. J. (s.f.). Cuando el Derecho de Familia atraviesa el muro de las prisiones. Obtenido de Consejo General de la Abogacía Española: <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-derecho-penitenciario/cuando-el-derecho-de-familia-atraviesa-el-muro-de-las-prisiones/>*

## **JURISPRUDENCIA**

*STS 8 noviembre 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3923)*

*STS 16 junio 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2197)*

*STS 13 mayo 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2129)*

*STS 9 noviembre 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4575)*

## **MARCO LEGISLATIVO:**

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (Artículos referidos a las relaciones paternofiliales, sobre representación legal, administración de los bienes de los hijos y extinción de la patria potestad.)

Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria. (Sobre administración de los bienes de los hijos).

Constitución Española.

Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del menor.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (Regula el procedimiento para el establecimiento y modificación de las medidas paterno-filiales.)

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. (sobre representación legal de los hijos no emancipados en caso de intereses opuestos entre los padres).

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Ley Orgánica 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. (protección integral de la infancia y adolescencia frente a la violencia, modifica artículos del Código Civil sobre patria potestad).