

Situacions de risc i desemparament en la protecció de menors

A propòsit de la Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i la adolescència

Laura Allueva Aznar

Facultat de Dret
Universitat Pompeu Fabra

*Abstract**

La constatació que un menor es troba en situació de risc o desemparament justifica la intervenció dels poders públics, perquè en ambdós casos es considera que el menor es troba en una situació de desprotecció que ha de ser pal·liada. No obstant això, el risc i el desemparament són situacions que es diferencien entre elles.

L'objectiu d'aquest treball és doble. D'una banda, distingir les situacions de risc de les situacions de desemparament, d'acord amb la legislació que els és aplicable actualment a Catalunya, és a dir, la Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i oportunitats en l'infància i l'adolescència, així com la Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família. I, d'altra banda, posar de relleu els principals problemes que poden donar-se en la pràctica després d'una declaració de desemparament improcedent o d'una declaració de desemparament procedent que desconsidera la possibilitat de millora de les circumstàncies que la van fonamentar.

The verification that a child is exposed to a reasonable risk or abandonment justifies the intervention of public authorities. In both cases it is considered that the child is in an unprotected situation that should be remedied. However, risk and abandonment are situations that differ between them.

The aim of this paper is twofold. On the one hand, to distinguish risk from abandonment, according to the legislation that is currently applied in Catalonia, that is, the Law 14/2010, of May 27th, regarding childhood and adolescence rights and opportunities, as well as the Law 25/2010, of July 29th, regarding the second book of the Civil Code of Catalonia, related to person and family. And on the other hand, to highlight the main problems that can occur in practice after an improper declaration of abandonment or a proper declaration of abandonment which disregards the possibility of improving the circumstances behind it.

Title: Risk and abandonment situations in child protection. Reflections on the Law 14/2010, of May 27th, regarding childhood and adolescence rights and opportunities

Paraules clau: interès del menor, risc, desemparament

Keywords: Best Interest of the Child, Risk, Abandonment

* El present treball s'emmarca en el Projecte d'investigació "El dret de filiació davant els conflictes entre identitat biològica i parentalitat social" (DER2008-01809/JURI), finançat pel Ministeri de Ciència i Innovació i dirigit pel prof. Dr. Joan Egea i Fernández.

Sumari

1. Introducció
2. Legislació aplicable a les situacions de risc i desemparament
 - 2.1. Antecedents
 - 2.2. La Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i oportunitats en la infància i l'adolescència
3. Situacions de desprotecció
 - 3.1. Situacions de risc
 - 3.1.1. Concepte
 - 3.1.2. Procediment
 - 3.1.3. Mesures de protecció
 - 3.2. Situacions de desemparament
 - 3.2.1. Concepte
 - 3.2.2. Procediment
 - 3.2.3. Efectes de la declaració de desemparament
 - 3.2.4. Mesures de protecció
 - 3.3. Principals diferències entre les situacions de risc i desemparament
4. Problemes jurídics derivats de la declaració de desemparament
 - 4.1. Canvi de circumstàncies i revisió de la declaració de desemparament
 - 4.2. Responsabilitat patrimonial de l'Administració
5. Conclusions
6. Taula de jurisprudència
7. Bibliografia

1. Introducció

Les situacions de risc i desemparament constitueixen supòsits d'entitat suficient per activar el sistema públic de protecció de menors. En ambdós casos, el menor es troba en una situació de desprotecció que, com a vertader titular de drets, ha de ser evitada o paliada.

És l'especial vulnerabilitat del col·lectiu objecte de protecció la que justifica la preocupació dels poders públics en matèria d'infància i adolescència, i per consegüent, és la causa de la constant adaptació d'aquesta matèria a les noves realitats socials. L'última adaptació del sistema de protecció de menors a Catalunya ve de la mà de la [Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i oportunitats en l'infància i l'adolescència](#) (DOGC núm. 5641, de 2.6.2010; en endavant, LDOIA) que, junt amb la [Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi Civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família](#) (DOGC núm. 5686, de 5.8.2010), va suposar un punt d'inflexió en l'ordenament jurídic català en la mesura que es va donar per finalitzada una situació de dispersió normativa que dificultava la localització del dret aplicable en matèria d'infància i adolescència.

Aquest treball té com a objecte l'estudi de les situacions de risc i desemparament després de l'aprovació de la LDOIA i s'estructura en tres blocs. El primer bloc tracta la legislació aplicable a les situacions de risc i desemparament en dret català, tant en l'actualitat com els seus antecedents. El segon, distingeix les situacions de risc de les de desemparament quant a concepte, procediments de formalització i conseqüències jurídiques o efectes, entre altres, i el tercer bloc dóna raó dels principals problemes que poden donar-se en la pràctica després d'una declaració de desemparament improcedent o d'una declaració de desemparament procedent que desconsidera la possibilitat de millora de les circumstàncies que la van fonamentar.

2. Legislació aplicable a les situacions de risc i desemparament

2.1. Antecedents

El marc normatiu relatiu a les polítiques d'infància i adolescència a Catalunya ha evolucionat significativament. El primer pas es va donar després de l'aprovació de la CE de 1978 i de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya de 1979, quan la Generalitat de Catalunya va assumir els serveis de protecció de la infància. Així, l'art. 9.28 de l'EAC de 1979 i el vigent art. 166.3 de l'EAC de 2006, afirmen la competència de la Generalitat de Catalunya en aquest àmbit¹. A partir de llavors, es

¹ Art. 9.28 EAC 1979: "La Generalitat de Catalunya té competència exclusiva sobre les matèries següents: (...) Institucions públiques de protecció i tutela de menors, respectant, en tot cas, la legislació civil, penal i penitenciària".

Art. 166.3 EAC 2006: "Correspon a la Generalitat, en matèria de menors: La competència exclusiva en matèria de protecció de menors, que inclou, en tot cas, la regulació del règim de la protecció i de les institucions públiques de protecció i tutela dels menors desemparats, en situació de risc i dels menors infractors, respectant en aquest últim cas la legislació penal".

van anar desenvolupant diverses lleis relacionades amb la matèria, entre les que destaquen les següents:

- [Llei 11/1985, de 13 de juny, de protecció de menors](#) (DOGC núm. 556, de 28.6.1985): aquesta Llei considerava els tres àmbits d'actuació en què tradicionalment s'ha estructurat la protecció de menors: la prevenció de la delinqüència infantil i juvenil, el seu tractament i la tutela dels menors desemparats per la manca o l'inadequat exercici de la potestat dels pares o d'altres règims de protecció. Es tracta de la primera de les lleis dictades pel Parlament de Catalunya un cop li van ser transferides les competències en protecció de menors. Recollia tant aspectes de reforma com de protecció i s'assignaven ambdues matèries al Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, concretament a la Direcció General de Protecció i Tutela de Menors.
- [Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats i de l'adopció](#) (DOGC núm. 1542, de 17.1.1992; en endavant, LPMDA): aquesta Llei, de caràcter primordialment civil i desenvolupada pel Decret 2/1997, de 7 de gener, que va aprovar el Reglament de protecció de menors desemparats i de l'adopció, va regular de manera autònoma la part relativa a la protecció dels menors desemparats de la Llei 11/1985. En la seva regulació va incloure el règim jurídic de la declaració de desemparament, de les mesures de protecció i de l'adopció.

Amb això, la Llei va complir amb un doble objectiu. En primer lloc, va segregat dins la protecció de menors, la potestat pròpiament protectora de la merament reformadora mitjançant la regulació de la funció tutelar de la protecció de menors com una matèria específicament civil, desvinculada dels altres àmbits que, tradicionalment havien integrat el dret denominat de "reforma" de menors: la prevenció i el tractament de la delinqüència infantil i juvenil. I, en segon lloc, i per als casos en què no fos possible la permanència o reintegració del menor en el seu entorn familiar, va regular per primera vegada a Catalunya, la figura de l'adopció. En paraules d'EGEA I FERNÁNDEZ², aquesta distinció entre protecció i reforma que tan clara es presentava en l'ordre conceptual i també en el legislatiu, no solia ser-ho en la pràctica, ja que era freqüent que a la situació de desemparament d'un menor se li unís un comportament asocial o delictiu. I això implicava que entressin en joc les normes pròpies de la prevenció o del tractament de la delinqüència infantil i juvenil, quedant relegades a un segon pla les mesures estrictament protectores.

² EGEA I FERNÁNDEZ (1990, p. 88).

Aquesta Llei va incorporar novetats importants respecte de l'anterior Llei catalana. En aquest sentit, es va assumir el principi de legitimació administrativa de la intervenció – sense necessitat prèvia decisió judicial-; l'òrgan administratiu competent per a l'assumpció de les funcions tutelars va passar a ser la Direcció General d'Atenció a la Infància i l'Adolescència (en endavant, la DGAIA) i es va introduir la diferència entre acolliment simple, en les seves dues modalitats –simple en família extensa o aliena i en institució- i acolliment preadoptiu, entre d'altres.

- [Llei 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels menors i els adolescents i de modificació de la Llei 37/1991](#) (DOGC núm. 2083, de 2.8.1995; en endavant, LAPIA): la Llei 8/1995, desenvolupada reglamentàriament pel Decret 75/2006, d'11 d'abril, de Desplegament de La Llei 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels menors i adolescents en l'àmbit sancionador, va incorporar fefaentment la filosofia de la Convenció sobre els Drets del Nen de 1989 en la mesura que va donar resposta a les necessitats de tots els menors d'edat en general únicament pel mer fet de ser-ho.

Va néixer amb la voluntat de fixar un sistema general català d'assistència als menors i de protecció dels seus drets. La Llei contenia un catàleg de drets del menor en els diferents àmbits i sectors socials i d'activitats en què els menors participaven i tenien interessos. Es tractava, essencialment, d'una Llei de reconeixement de drets i de formulació de polítiques públiques amb la infància i l'adolescència.

Pel que fa a les modificacions que aquesta Llei va introduir a la LPMDA, poden destacar-se: la redefinició de l'acolliment simple amb la finalitat d'ampliar el seu àmbit d'aplicació; la regulació de l'adopció internacional i la tipificació de les infraccions, així com el seu règim sancionador.

- [Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de Família](#) (DOGC núm. 2687, de 23.7.1998): el Codi de Família va incorporar aspectes relatius a l'adopció de menors i, en menor mesura, a la declaració de desemparament. Pel que fa a la resta, aquesta normativa es limitava a fer una remissió a la Llei 37/1991. Aquestes disposicions van deixar de tenir vigència amb l'aprovació de la Llei 25/2010, de 29 de juliol, del Llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família.

- [Llei 27/2001, de 31 de desembre, de justícia juvenil](#) (DOGC núm. 3580, de 21.2.2002) i la [Llei 8/2002, de 27 de maig, de modificació de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats i de l'adopció, i de la regulació de l'atenció especial als adolescents amb conductes d'alt risc social](#) (DOGC núm. 3648, de 3.6.2002): aquestes dues lleis van tornar a abordar dos dels tres àmbits d'actuació ja regulats en la Llei 11/1985, deixant-la finalment derogada en la seva integritat. La Llei 27/2001 va regular les funcions de l'Administració catalana en l'execució de les mesures adoptades per l'autoritat judicial en el marc de la responsabilitat penal dels menors infractors, i la Llei 8/2002 va actualitzar la regulació de la part de la protecció dels menors que afectava la població adolescent que es trobava en conflicte social, incloent tot el referent a la prevenció de l'adolescència. Aquesta última Llei va quedar derogada amb l'aprovació de la Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i oportunitats en l'infància i l'adolescència. La Llei 27/2001 segueix en vigor.

La Llei 8/2002 va incorporar a la Llei 37/1991 dos nous apartats al seu article 2 –on es regulaven les causes que motiven la declaració de desemparament–, un article 5 bis –per introduir noves mesures de protecció– i dos capítols: un, relatiu a l'atenció especial a la població adolescent que present conductes d'alt risc social, i un altre, relacionat amb l'estatut de les persones menors d'edat acollides en centres³.

- [Llei 18/2003, de 4 de juliol, de suport a les famílies](#) (DOGC núm. 3926, de 16.7.2003): aquesta Llei, encara vigent i de caràcter merament social, es va aprovar amb l'objectiu d'establir les bases i les mesures necessàries per desenvolupar una vertadera política de suport i protecció a les famílies (art. 1).

De la descripció anterior es deriva la conclusió bàsica de què amb anterioritat a l'aprovació de la LDOIA, la regulació existent era molt dispersa. Va ser precisament tal dispersió la que va fer aflorar una voluntat d'unificació de la normativa, de protecció efectiva dels drets de la infància en general, a més de la infància en situació de risc i desemparament.

Així doncs, la LDOIA ha aportat a l'ordenament jurídic català més claredat i unitat, alhora que ha facilitat la localització del dret aplicable⁴. No obstant això, continua existint una dualitat difícil d'entendre entre les disposicions previstes per la Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família i les previstes per la LDOIA. I, a més a més, pel que fa a la responsabilitat penal dels menors infractors, s'ha d'acudir a la Llei 27/2001, de 31 de desembre, de justícia juvenil (DOGC núm. 3580, de 21.2.2002).

³ Arts. 1, 3, 6 i 7 Llei 8/2002, de 27 de maig, de modificació de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats i de l'adopció, i de la regulació de l'atenció especial als adolescents amb conductes d'alt risc social.

⁴ En aquest sentit, GARRIGA GORINA (2010, p. 3).

La unificació legislativa no és la principal raó de ser de la Llei, sinó la necessitat actualitzar i modificar la regulació fins ara vigent en relació amb noves demandes i circumstàncies socials a fi de complir amb el propi objecte de la Llei, és a dir, “la promoció del benestar personal i social dels menors i adolescents a fi de garantir l’exercici dels seus drets, l’assumpció de les seves responsabilitats i la consecució del seu desenvolupament integral” (art. 1 LDOIA).

L’objecte d’aquesta Llei, en la mateixa línia que en la LAPIA, està clarament influenciat per la Convenció sobre els Drets del Nen, aprovada per les Nacions Unides, el 1989⁵. El seu text és segurament el text de major importància pel que fa als drets del menor i la seva protecció⁶, i d’aquí que el legislador català ho hagi tingut en consideració al llarg de la seva tasca legislativa.

2.2. La Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i oportunitats en la infància i la adolescència

La LDOIA s’estructura en sis títols. El primer títol proclama els principis rectors de la Llei. El segon reconeix als menors un conjunt de drets, sense establir-se entre ells cap tipus de jerarquia. El tercer títol promou l’activitat de l’Administració en els diferents àmbits en què es poden produir situacions de perjudici per als menors i fomenta la implicació de la societat en aquesta tasca, mitjançant programes d’informació i sensibilització. El títol quart, dedicat a la protecció pública davant el maltractament infantil, disposa la creació de serveis especialitzats per detectar i atendre els menors maltractats. El títol cinquè s’ocupa del sistema de protecció dels menors i adolescents en situació de risc i desemparament, i l’últim, el títol sisè conté el règim sancionador⁷.

Als efectes d’aquest treball, el títol que revesteix més importància és el títol cinquè per ocupar-se, bàsicament, del sistema de protecció dels menors i adolescents en situació de risc i desemparament.

⁵ No només l’objecte de la LDOIA està marcat per l’articulat de la Convenció sobre els Drets del Nen, sinó que tot el seu articulat té en consideració les disposicions de la Convenció. D’aquí que en el preàmbul de la Llei es faci un esment d’aquesta influència (“En menys de vint anys, i particularment a partir de l’aprovació de la Convenció de les Nacions Unides sobre els drets del menor, de 20 de novembre de 1989, la sensibilitat...”), així com del fet que el principi de l’interès superior del menor és el principi rector orientador de tota acció a favor del benestar de la infància. D’aquí que ho reculli en l’art. 5 LDOIA.

Pretendre definir què ha d’entendre’s com “interès superior del menor” és una tasca laboriosa. Alguns autors, sense aconseguir una definició del concepte, han dit quelcom al respecte: LLEBARÍA SAMPER (1990, p. 181) o RIVERO HERNÁNDEZ (2007, p. 62), entre altres. El que és interessant és la funció de l’interès superior del menor: DE TORRES PEREA (2009, p. 27) considera que l’important és la seva funció de contrapès –per protegir al menor com a part feble en les seves relacions socials- i de control –davant de tot perill o amenaça que afecti el menor-, i la seva utilitat com a criteri per resoldre conflictes d’interessos que li afectin.

⁶ Així ho afirma FERRER RIBA (2010, p. 7): “The Convention ... is of paramount importance as regards children’s rights and child protection”.

⁷ Per a una descripció general de la LDOIA, en el moment de la seva entrada en vigor, veure GARRIGA GORINA (2010).

En aquest títol és on es troben algunes de les novetats més importants de la nova regulació. En aquest sentit, la regulació distingeix, per primera vegada a Catalunya, entre dos títols que habiliten la intervenció protectora dels poders públics: el risc social i el desemparament⁸. Aquesta afirmació no implica que amb anterioritat a l'entrada en vigor de la LDOIA no existissin situacions de risc. Una mostra d'això és la STSJ de Catalunya, de 31.3.2011 (Cendoj: 08019310012011100016; MP: *María Eugenia Alegret Burgès*), en què no éssent encara aplicables les disposicions previstes per la LDOIA, es constata l'existència de factors de risc i es realitza una enumeració dels mateixos (apartat 4 del recurs de cassació). Així, abans de l'aprovació de la LDOIA, el que ocorria era que totes les situacions de desprotecció es reconduïen al desemparament i, en determinats casos, els seus efectes esdevenien un requisit excessiu. Davant d'aquesta situació en què la normativa no s'adaptava a la realitat social i que els tribunals reconeixien el risc com una figura diferent del desemparament, el legislador català va optar per positivitzar les esmentades institucions de forma independent⁹.

En aquesta línia, la LDOIA distingeix quines entitats intervenen en cada cas. Així, l'art. 99 LDOIA estableix que en casos de risc, les Entitats públiques que intervenen són les locals, i en casos de desemparament, són competents les Entitats públiques autonòmiques, això és, la DGAIA.

Altres novetats destacables són les següents: es reglamenta el procediment administratiu específic per acordar el desemparament, així com la figura del Procurador de la infància; es limita a tres mesos el termini per a l'oposició a les resolucions administratives en matèria de protecció, i a un any el termini durant el qual els interessats poden sol·licitar a l'Administració que es deixi sense efecte el desemparament al·legant un canvi substancial de les circumstàncies que el van motivar; es regula l'acolliment familiar permanent i l'acolliment en unitats convivencials d'acció educativa o professional i es regulen mesures assistencials a partir de la majoria d'edat i, a més a més, a diferència de la normativa anterior, amb la nova Llei, qualsevol mesura dictada pot ser indefinida fins a la seva revisió; entre d'altres.

Per tant, la LDOIA és la llei més completa de les dictades fins al moment pel Parlament de Catalunya en matèria d'infància i adolescència. Té una part de reconeixement de drets, una part de promoció administrativa de polítiques públiques (tant preventives com d'atenció un cop sorgida la necessitat) i una part de protecció civil, completada per la Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família. Així, comprèn els àmbits que anteriorment havien estat abordats per la LPMDA –en relació a la protecció civil de menors deseparats-, per la LAPIA –en relació amb el reconeixement de drets, polítiques públiques i règim administratiu sancionador- i per la Llei 8/2002 –quant a la prevenció de la delinqüència i atenció als adolescents amb conductes d'alt risc social-.

⁸ Altres comunitats autònomes, com per exemple, la Comunitat Valenciana, ja incorporen aquesta distinció: vegeu Capítol III de la [Llei 12/2008, de 3 de juliol de 2008, de la Generalitat, de Protecció Integral de la Infància i l'Adolescència de la Comunitat Valenciana](#) (DOCV núm. 5803, de 10.7.2008).

⁹ En l'actualitat, la LDOIA dedica uns preceptes al tractament de les situacions de risc –arts. 102 a 104- i altres, a les situacions de desemparament –arts. 105 a 150-.

3. Situacions de desprotecció

L'existència d'una situació de desprotecció és el supòsit de fet o la causa perquè entri en funcionament el sistema públic de protecció de menors. En funció de la gravetat de la situació de desprotecció social en què es pot trobar un menor, el legislador català distingeix entre les situacions de risc i les situacions de desemparament. En ambdós casos, si arriba a coneixement d'un ciutadà o de professionals de la salut, dels serveis socials i de l'educació que un menor o adolescent es troba en una situació de risc o desemparament, existeix el deure comunicar-ho als serveis socials –ja siguin bàsics o especialitzats– amb la menor dilació possible¹⁰.

3.1. Situacions de risc

3.1.1. Concepte

Es considera situació de risc aquella en què, a causa de circumstàncies personals o familiars del menor, o per influència de l'entorn, es veu perjudicat el seu desenvolupament personal o social de manera que, sense tenir l'entitat, intensitat o persistència que fonamentarien la declaració de desemparament, sigui necessària la intervenció de l'Administració pública.

D'acord amb la definició anterior, les situacions de risc es caracteritzen per l'existència d'un perjudici per al menor que no aconsegueix la gravetat suficient per justificar la seva separació del nucli familiar.

La LDOIA defineix amb paraules semblants què s'entén per situació de risc (art. 102 LDOIA) i aquesta definició ve acompanyada per una llista oberta de supòsits que constitueixen situacions de risc a efectes legals (art. 102.2 LDOIA).

Així, són supòsits de situació de risc: la falta d'atenció física o psíquica del menor que comporti un perjudici lleu per a la seva salut física o emocional (lletra a); la dificultat per dispensar l'atenció física i psíquica adequada al menor (lletra b); l'ús del càstig físic o emocional sobre el menor que, sense ser greu, perjudiqui el seu desenvolupament (lletra c); les carències que no puguin ser compensades ni impulsades en l'àmbit familiar que puguin comportar la marginació, la inadaptació o el desemparament del menor (lletra d); la falta d'escolarització en edat obligatòria, l'absentisme o l'abandó escolar (lletra e); el conflicte obert i crònic entre els progenitors, quan anteposen les seves necessitats a les del menor (lletra f); la incapacitat o impossibilitat de controlar la conducta del menor que provoqui un perill evident de causar un dany o de perjudicar terceres persones (lletra g); les pràctiques discriminatòries contra les nenes, que comportin un perjudici per al seu benestar i la seva salut mental i física, incloent el risc de patir ablació o mutilació genital femenina i violència (lletra h) i qualsevol altra circumstància que pugui derivar en el desemparament del menor (lletra i).

¹⁰ Així ho preveu l'art. 100.1 LDOIA: "Els ciutadans que tenen coneixement de la situació de risc o desemparament en què es troba un menor tenen el deure de comunicar-ho als serveis socials bàsics, especialitzats o del departament competent, en matèria de protecció de menors, com més aviat millor, perquè aquests tinguin coneixement de tal situació".

Observem que en alguns casos el supòsit de fet implica un judici d'imputació (lletres a, c i e) mentre que en d'altres, en canvi, no s'exigeix que les circumstàncies de risc s'imputin als pares o guardadors (lletres b i d). Així mateix, la situació de risc pot connectar-se a la concurrència de conductes dels progenitors que tenen repercussions negatives cap als fills (lletra f i g).

3.1.2. Procediment

D'acord amb la LDOIA, l'existència d'una situació de risc no determina l'inici d'un procediment formal que culmina amb la declaració de tal situació, sinó que posa en funcionament l'actuació dels serveis socials bàsics, o si escau, dels serveis socials especialitzats –sempre a nivell local-. Els serveis socials valoraran l'eventual situació de risc i prendran, de forma consensuada, les mesures i recursos d'atenció social i educativa amb l'objectiu de disminuir o eliminar la situació de risc, si és possible, amb la col·laboració dels progenitors o dels titulars de la tutela o de la guarda.

3.1.3. Mesures de protecció

Les mesures d'atenció social i educativa que poden establir-se després de valorar-se la situació de risc estan fixades, mitjançant una llista oberta, en l'art. 104 LDOIA. Aquestes mesures són de caràcter assistencial i educatiu i poden dirigir-se tant als menors com a les seves famílies.

D'una banda, d'entre les mesures dirigides als menors poden destacar-se, com exemples, l'acompanyament del menor al centre educatiu i el suport psicològic al mateix; l'atenció sanitària; els programes formatius per als adolescents que han abandonat el sistema escolar (lletres c, f i g), entre d'altres. I d'altra banda, pel que fa a les mesures dirigides a les famílies, cal destacar l'orientació, assessorament i ajuda a la família, així com les actuacions de contingut tècnic, econòmic o material amb l'ànim de millorar l'entorn familiar; la intervenció familiar mitjançant l'establiment de programes socioeducatius; l'ajuda a domicili; l'assistència personal per als progenitors (lletres a, b, d i h), entre d'altres.

Qualsevol mesura que s'adopti, i a diferència de les mesures que, com veurem, s'adopten en els casos de situació de desemparament, preveu que els menors continuïn vivint en el nucli familiar, sota estricta vigilància competència de les Entitats públiques locals. En la mesura que aquesta s'adopta de forma consensuada i fruit de la col·laboració dels progenitors o dels titulars de la tutela o de la guarda amb l'Administració, no s'estableix cap procediment per a la seva impugnació administrativa o judicial. L'òptim seria que existís col·laboració per part dels titulars de la pàtria potestat, així com que complissin amb l'acord, perquè si no és així, la LDOIA preveu la incoació del procediment de desemparament¹¹.

¹¹ Així ho disposa l'art. 103.6 LDOIA: "Si no s'obté la col·laboració dels progenitors, dels titulars de la tutela o de la guarda, o si es neguen a participar en l'execució de les mesures acordades i això comporta un perill per al desplegament o benestar personal del nen o l'adolescent, o si en el transcurs de la intervenció es dona qualsevol altra situació de desemparament, els serveis especialitzats d'atenció als nens i als adolescents han d'elaborar l'informe proposta i elevar-ho al departament competent perquè incoi el corresponent procediment de desemparament".

Encara que la Llei no diu res respecte d'això, se suposa que ha d'entendre's que els pares o el propi menor poden demanar el cessament de les mesures i l'Administració haurà d'atendre la sol·licitud si la situació de risc ha desaparegut.

3.2. Situacions de desemparament

3.2.1. Concepte

La LDOIA considera que poden considerar-se desemparats els menors que es troben en la situació de fet que no tenen els elements bàsics per al desplegament integral de la personalitat (art. 105.1 LDOIA)¹².

De fet, ja en el preàmbul, es remarca que la definició de desemparament es duu a terme amb criteris objectius¹³, considerant-la una situació de fet¹⁴, on manquen els elements bàsics per al desplegament integral de la personalitat del menor¹⁵.

En conseqüència, el fet que el desemparament pressuposi una situació de fet de manca de certes condicions bàsiques necessàries per al desplegament del menor, implica que no pugui apreciar-se el desemparament si el menor està atès, encara que no estigui atès pels seus pares o guardadors legals. Així, si el menor està atès per alguna persona que exerceix la guarda de fet, no cal declarar-l'ho en desemparament necessàriament.

¹² En la mateixa línia, es pronuncia el CC considerant com a situació de desemparament la "situació que es produeix de fet a causa de l'incompliment, o de l'impossible o inadequat exercici dels deures de protecció establits per les lleis per a la guarda dels menors, quan aquests quedin privats de la necessària assistència moral o material" (art. 172.1), i en termes semblants, la *LO 1/1996, de 25 de gener, de Protecció Jurídica del Menor* (BOE núm. 15, de 17.1.1996), en la disposició final cinquena. En l'indagació de quin sigui l'àmbit de "el moral", ha de fugir-se de valoracions subjectives. En aquest sentit, EGEA I FERNÁNDEZ (1990, pp. 182-183) considerà que era òptim "... objectivitzar al màxim aquest concepte ja que és un element complicat perquè pot comportar consideracions de tipus religiós i es podria incloure en aquesta expressió la concepció personal, en matèria religiosa o moral en sentit estricte, d'aquell que hagi d'apreciar el desemparament". En el mateix sentit es va pronunciar FERRER VANRELL (1993, p. 175).

¹³ "Defineix també el desamparament, i ho fa partint de criteris objectius".

¹⁴ En aquest sentit, BALLESTEROS DE LOS RÍOS (1997, p. 28), va afirmar: "N'hi ha prou amb què el menor quedi 'de fet' privat de la necessària assistència moral o material". I, en aquesta línia s'havien pronunciat altres autors tals com FELIÚ REY (1989, p. 30); RUIZ-RICO RUIZ (1988, p. 63) o FERRER VANRELL (1993, p. 173).

¹⁵ L'art. 105.2, lletra l) LDOIA posa de manifest el caràcter objectiu del desemparament: "Qualsevol altra situació de desatenció o negligència que atempti contra la integritat física o psíquica de l'infant o l'adolescent, o l'existència objectiva d'altres factors que n'impossibilitin el desenvolupament integral". Es tracta, per tant, d'una fórmula oberta.

El legislador català, en virtut de la competència que ostenta Catalunya en matèria de protecció de menors en situació de risc i desemparament, exemplifica mitjançant una llista oberta les situacions que es consideren constitutives de desemparament (art. 105.2 LDOIA).

Així, són supòsits de desemparament: l'abandó (lletra a); els maltractaments físics o psíquics, els abusos sexuals, l'explotació o situacions d'anàloga natura (lletra b); el maltractament prenatal (lletra c); l'exercici inadequat de les funcions de guarda que comporti un perill greu per al menor (lletra d); el trastorn, l'alteració psíquica o la drogodependència dels progenitors o titulars de la tutela o guarda que repercuteixi greument en el desenvolupament del menor (lletra e); el subministrament al menor de drogues, estupefaents o qualsevol altra substància psicotròpica o tòxica (lletra f); la inducció a la mendicitat, la delinqüència o la prostitució, o l'exercici d'aquestes activitats per part de les persones encarregades de la guarda (lletra g); la desatenció física, psíquica o emocional greu i cronificada (lletra h); la violència masclista o l'existència de circumstàncies en l'entorn sociofamiliar que perjudiquin greument el desenvolupament del menor (lletra i); l'obstaculització per part dels progenitors o titulars de la tutela o guarda de les actuacions d'investigació o comprovació, o la seva falta de col·laboració, quan aquest comportament posi en perill la seguretat del menor, així com la negativa d'aquests a participar en l'execució de les mesures adoptades en situacions de risc si això comporta la persistència, la cronificació o el greuge de les mateixes (lletra j); les situacions de risc que pel seu nombre, evolució, persistència o greuge determinin la privació del menor dels elements bàsics per al desplegament integral de la seva personalitat (lletra k) i qualsevol altra situació de desatenció o negligència que atempti contra la integritat física o psíquica del menor, o l'existència objectiva d'altres factors que impossibilitin el seu desenvolupament integral (lletra l).

Observem que, de forma semblant a les situacions de risc, la situació de desemparament no es deriva necessàriament d'una conducta imputable als pares o guardadors del menor (per exemple, lletra i o lletra e).

3.2.2. Procediment

A diferència de les situacions de risc, l'existència d'una situació de desemparament determina l'inici d'un procediment formal que culmina amb la declaració administrativa d'aquesta situació ja que el fet del desemparament, per si sol, no configura la situació de desemparament, sinó que per a la seva verificació efectiva, és necessari que sigui declarada mitjançant una resolució administrativa.

El procediment està regulat en els arts. 106 a 108 LDOIA. Aquesta Llei, en línia amb la legislació precedent, manté el protagonisme de la DGAIA en la protecció de menors, atribuint-li funcions resolutòries, tant en relació amb la declaració de desemparament (art. 106 LDOIA), com respecte de l'adopció de les mesures de protecció -ja siguin mesures cautelars (art. 110 LDOIA) o mesures posteriors a la declaració (art. 121 LDOIA)-. No obstant això, la LDOIA ho presenta com un autèntic procediment administratiu, a la llum dels principis i disposicions de la [Llei 30/1992, de 26 de novembre, de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú](#) (BOE núm. 285, de 27.11.1992).

En aquest sentit, es preveu que la incoació sigui notificada als progenitors o titulars de la tutela o de la guarda del menor i que se'ls informi del seu dret a comparèixer en el procediment, aportar

informes o altres elements de prova, o efectuar les al·legacions que considerin pertinents (art. 106.2 LDOIA). Així mateix, es dóna un paper rellevant als equips tècnics competents durant el procediment de desemparament en la mesura que s'encarreguen de l'elaboració d'un informe preceptiu (art. 106.3 LDOIA)¹⁶. Després de l'elaboració de l'informe proposat, s'ha de donar audiència i vista de l'expedient als progenitors o als titulars de la tutela o guarda durant un període de deu dies (art. 106.5 LDOIA), i transcorregut aquest període, es dóna per finalitzat el procediment mitjançant una resolució motivada declarativa de la situació de desemparament o, cas contrari, ordenant l'arxiu de l'expedient. Per resoldre l'expedient, l'Administració compta amb un any des de la seva incoació. Si no ho fa, s'entén caducat el procediment, sense perjudici de la seva nova incoació (art. 106.6 LDOIA).

En tot cas, segueix volent-se evitar la lentitud dels processos judicials i obtenir una atenció immediata per al menor, però mitjançant un sistema molt més garantista. Això no impedeix, evidentment, que la resolució administrativa pugui ser impugnada judicialment. Així, la LDOIA opta per un control judicial a *posteriori* de la intervenció administrativa, sense perjudici de la vigilància que li incumbeix al Ministeri Fiscal, a qui ha de ser-li comunicada la declaració de desemparament, així com l'adopció de mesures de protecció per ministeri de la llei (art. 108 LDOIA).

Representa una novetat la previsió d'un procediment simplificat de declaració de desemparament (art. 107 LDOIA). En aquest sentit, l'organisme competent pot dictar, sense més tràmits, la resolució si els progenitors o els titulars de la tutela o la guarda manifesten la conformitat amb la declaració, un cop escoltat el menor.

La resolució, ja sigui pel procediment ordinari o pel simplificat, haurà de ser comunicada al Ministeri Fiscal en el termini de dos dies, així com als progenitors o titulars de la tutela o guarda i a l'adolescent. Aquesta té eficàcia immediata, però pot ser naturalment objecte de control judicial. L'oposició haurà de formular-se en el termini de tres mesos a comptar de la notificació de la resolució que s'impugna, sense necessitat de reclamació prèvia per via administrativa (art. 113 LDOIA)¹⁷, davant la jurisdicció civil.

Encara que la intervenció pública es manifesti a través dels pertinents actes administratius i l'activitat dels serveis socials pugui ser catalogada de pública, la via jurisdiccional a qui, si escau, li correspon conèixer d'aquesta matèria és la civil, seguint-se les normes de jurisdicció voluntària (art. 780 LEC)¹⁸.

¹⁶ En el procés d'estudi i avaluació, han d'escoltar a l'adolescent i, si escau, al menor, i també a totes aquelles persones que ostentin la potestat parental, tutelar o guarda.

¹⁷ En el cas en què qui impugni sigui l'adolescent, la impugnació requerirà que prèviament l'autoritat judicial hagi nomenat un defensor judicial (art. 113.2 LDOIA).

¹⁸ En aquest sentit, VILLA RUBIO (1990, p. 63) va afirmar: "Així que no ens hem d'extranyar que actualment la matèria que ens ocupa estigui enquadrada per un doble marc jurídic: el Dret públic i el Dret privat. En el públic es regulen les obligacions genèriques de l'Administració per a l'empara i també la prestació dels serveis socials

3.2.3. Efectes de la declaració de desemparament

A partir de la declaració de desemparament, es produeixen uns determinats efectes o conseqüències amb la finalitat de pal·liar la manca d'atenció que pateix el menor desemparat i de possibilitar el seu desenvolupament integral¹⁹. Així, la declaració de desemparament comporta l'assumpció immediata i automàtica de les funcions tutelars sobre el menor per part de l'Entitat pública²⁰. Aquesta assumpció implica, mentre dura, la suspensió de la potestat parental o de la tutela ordinària i dels drets que es deriven²¹, estant legitimada l'Entitat pública per privar els pares, sempre que estigui justificat, de la potestat o per remoure el tutor de la seva condició.

3.2.4. Mesures de protecció

Declarat el desemparament, l'Entitat pública autonòmica adoptarà les mesures de protecció que consideri més adequades per l'interès del menor. L'art. 120 LDOIA conté les mesures que poden ser adoptades. Es tracta, un cop més, d'una llista oberta, ja que l'Entitat pública pot acordar "qualsevol altra mesura de tipus assistencial, educatiu o terapèutic aconsellable, d'acord amb les circumstàncies del menor". No obstant això, la mesura de protecció per excel·lència en casos de desemparament és l'acolliment.

La LDOIA preveu diferents modalitats d'acolliment: *l'acolliment familiar simple* per una persona o una família que pugui suplir, temporalment, el nucli familiar del nen o l'adolescent; *l'acolliment familiar permanent*; *l'acolliment familiar en unitat convivencial d'acció educativa*; *l'acolliment en un centre públic o concertat* i *l'acolliment preadoptiu*²². A part dels distints tipus d'acolliment, la LDOIA esmenta les *mesures de transició a la vida adulta* i a l'autonomia personal.

públics, i en el privat, es regulen les relacions bilaterals nascudes entre la persona pública i la persona privada objecte de protecció".

¹⁹ ESPIAU ESPIAU (1999, p. 82) distingia, en seu d'efectes de la declaració de desemparament, entre els "que s'originen *ex lege*, de forma automàtica i que són cosubstancials a la mateixa declaració de desemparament, i els que precisen ser *adoptats* i establerts específicament en el mateix acte de declaració".

²⁰ Aquesta assumpció de les funcions tutelars dura fins que no es constitueix una tutela ordinària –fet que pot ocórrer en els casos en què hi hagi persones en l'entorn familiar del menor en condicions d'assumir-la-, o bé fins que el menor és adoptat, reintegrat amb els seus pares o tutors –que, implica, en conseqüència, deixar sense efecte la declaració de desemparament-, emancipat o adquireix la majoria d'edat (art. 109.1 LDOIA).

²¹ La suspensió de la potestat parental no determina, no obstant, la suspensió de les obligacions dels pares amb els seus fills. Així, mantenen el deure d'alimentar-los en un sentit ampli (art. 109.4 LDOIA) i l'obligació de contribuir al pagament dels serveis utilitzats pels menors (art. 109.5 LDOIA).

²² Les mesures d'acolliment familiar, sempre que sigui possible, tindran preferència respecte d'aquelles que comportin l'internament del menor en un centre públic o concertat –fet que reflexa el principi d'integració en famílies abans que en una institució-. Així mateix, en el cas en què sigui necessària l'aplicació de la mesura d'acolliment en família aliena o en centre, el menor o adolescent té dret a ser acollit en aquell que estigui més pròxim al seu domicili, tret que no li sigui beneficiós.

Qualsevol mesura de protecció implicarà la separació del menor del seu nucli familiar i quedarà sotmesa a un control per part de l'Entitat pública autonòmica. Així mateix, podrà ser modificada i revisada en qualsevol moment, en funció de l'evolució del menor²³.

Aquestes mesures, a diferència de les mesures que es prenen per pal·liar les situacions de risc, sí que són impugnables judicialment, sense necessitat de reclamació administrativa prèvia (art. 123.1 LDOIA), davant la jurisdicció civil i segons el que disposa l'art. 780 LEC. La impugnació està subjecta a límits temporals. En aquest sentit, es disposarà de dos mesos a comptar de la seva notificació i no podrà impugnar-se transcorregut un any des de la notificació de la resolució de desemparament o quan aquest s'hagi confirmat judicialment.

En seu d'impugnació, la LDOIA preveu una excepció destacable. L'art. 123.2 LDOIA preveu que la resolució que acorda l'acolliment preadoptiu, per la seva transcendència, pot impugnar-se sense necessitat de prendre en consideració els condicionaments temporals. L'acolliment preadoptiu, a diferència de les altres modalitats d'acolliment, implica, per a la família acollidora, l'assumpció plena de les funcions parentals (art. 235-34.4 CCCat), i els seus deures són equivalents als que tenen els pares, això és, vetllar pel menor, fer-li companyia, alimentar-lo, educar-lo i procurar-li una formació integral. Per tant, la família acollidora, i no l'Administració pública, és qui exerceix les funcions sota la supervisió de l'Entitat pública, i aquesta pot facilitar-los tot l'assessorament que precisin.

La declaració de desemparament i l'adopció d'una mesura de protecció no impediran la comunicació, la relació i les visites del menor amb els seus familiars, tret que l'interès del menor aconselli la seva limitació o exclusió. No obstant això, en el cas que s'hagi optat per l'acolliment preadoptiu, les relacions amb la família biològica hauran de desaparèixer. D'acord amb l'art. 235-34.3 CCCat i 147.3 LDOIA, aquestes queden suspeses amb l'objectiu d'aconseguir que el menor s'integri millor en la família acollidora, sempre que això convingui en interès del menor.

3.3. Principals diferències entre les situacions de risc i desemparament

Són quatre les qüestions que, de moment, distingeixen les situacions de risc de les situacions de desemparament.

En primer lloc, les situacions de risc no aconseguen l'entitat, intensitat o persistència suficient com per aconsellar la separació del menor del nucli familiar. En canvi, les situacions de desemparament, en revestir una major gravetat, sí que aconsellen tal separació. Per tant, la conseqüència jurídica que es deriva és diferent, això és, les mesures adoptades per pal·liar el risc o el desemparament seran diferents, tenint en compte que la necessitat de protecció de partida té un abast diferent.

²³ Observem aquí un reflex del principi de flexibilitat en la mesura que hi ha la possibilitat de modificació de la mesura acordada en funció de les necessitats del menor.

La segona diferència la trobem en matèria competencial. Les situacions de risc són competència de les Entitats públiques locals i les situacions de desemparament són competència de la DGAIA.

La tercera diferència consisteix en la formalització de la situació de risc o desemparament. En aquest sentit, mentre que la situació de risc i la presa de mesures de protecció queden determinades de forma consensuada i sense la necessitat prèvia d'un procediment formal, l'existència d'una situació de desemparament i la determinació de certes mesures sí que precisen d'un procediment formal previ, i a més a més, la seva verificació és efectiva únicament després d'una resolució administrativa.

Per l'últim, una altra diferència derivada directament de l'anterior la trobem en seu d'impugnació. La declaració d'una situació de risc, a diferència de la declaració d'una situació de desemparament, no pot ser impugnada pel mer fet que es tracta d'un acord entre els progenitors o titulars de la tutela o de la guarda i l'Administració.

4. Problemes jurídics derivats de les situacions de desemparament

Declarar un menor en desemparament és una decisió administrativa que, en algunes ocasions, es pren de forma improcedent, i en altres, es pren de forma procedent però sense considerar la possibilitat de millora de les circumstàncies que van fonamentar la declaració. Tant és així que la LDOIA preveu la possibilitat de sol·licitar la revisió de la declaració de desemparament si, en el curs d'un any, canvien les circumstàncies que la van fonamentar. No obstant això, l'elevat nombre de recursos presentats que contribueixen a la lentitud dels tribunals i el pas inexorable del temps redueixen la possibilitat de revisió de la declaració de desemparament, i en consegüent, de recuperació del menor²⁴. I això dona lloc a què els poders públics responguin civilment per la seva actuació.

4.1. Canvi de circumstàncies i revisió de la declaració de desemparament

La declaració de desemparament pot deixar-se sense efecte, a instància dels pares, tutors o guardadors, si canvien les circumstàncies que la van fonamentar.

Amb l'objectiu d'evitar oposicions injustificades i situacions d'incertesa, el legislador estableix límits a la facultat de sol·licitar la revisió de la declaració. En aquest sentit, cal apuntar la distinció, pel que fa al termini durant el qual pot sol·licitar-se la revisió de la declaració de desemparament, entre la normativa estatal i la normativa autonòmica. L'art. 172.7 CC disposa, després de la reforma introduïda per la [Llei 54/2007, de 28 de desembre, d'Adopció internacional](#)

²⁴ En aquesta línia es pronuncia BENAVENTE MORERA (2009, pp. 50-51) en considerar que la tornada a la família d'origen és un mer desideratum o una mera declaració d'intencions que en raríssimes ocasions arriba a produir-se.

(BOE núm. 312, de 29.12.2007), que el termini s'ampliï fins a dos anys, mentre que la LDOIA (art. 115 LDOIA) contempla que el termini sigui d'un any, a comptar des de la notificació de la resolució administrativa de desemparament en ambdós casos²⁵. Passat el termini, els pares, tutors o guardadors no podran oposar-se a la declaració formal de desemparament ni a les mesures de protecció del menor que, en conseqüència, siguin adoptades²⁶. No obstant això, podríem plantejar-nos si en interès superior del menor, els jutges podrien determinar el retorn del mateix amb la seva família biològica amb independència del termini transcorregut. Això ens endinsaria al controvertit tema de la desjudicialització dels tribunals o la tendència moderna, a nivell de dret comparat, cap a la humanització de l'administració de justícia.

La LDOIA no especifica quines condicions han de donar-se per deixar sense efecte la declaració de desemparament i permetre el retorn del menor amb la seva família d'origen, més enllà de la justificació d'un "canvi substancial en les circumstàncies que van motivar la declaració".

La necessitat valorar el canvi de circumstàncies no és una qüestió recent, sinó que va ser reconeguda pel TC en sentència de 25.11.2002 (RTC 2001\221; MP: *María Emilia Casas Baamonde*)²⁷. No obstant això, va ser el TS, en sentència de 31.7.2009 (JUR 2009\4581; MP: *Juan Antonio Xiol Rius*), qui va recollir l'actual doctrina legal del canvi de circumstàncies. El TS va declarar que per acordar el retorn dels menors desemparats amb la seva família biològica "(...) no és suficient una evolució positiva dels pares biològics, amb un propòsit evident d'exercir adequadament el rol patern i matern, sinó que cal que aquesta evolució, en el pla objectiu i amb independència de les deficiències personals o de qualsevol altre tipus que puguin haver determinat el desemparament, sigui suficient per restablir la unitat familiar en unes condicions que suposin l'eliminació del risc de desemparament del menor i compensin el seu interès en què es mantingui la situació d'acolliment familiar en què es trobi tenint en compte, entre d'altres circumstàncies, el temps transcorregut en la família d'acollida, si la seva integració en ella i en l'entorn és satisfactòria, si s'han desenvolupat vincles afectius amb ella, si s'obtenen en la família d'acollida els mitjans necessaris per al seu desplegament físic i psíquic, si es mantenen les referències parentals del menor amb la família biològica i si el retorn a l'entorn familiar comporta riscos rellevants de tipus psíquic". En conseqüència, aquesta doctrina jurisprudencial adverteix que l'apreciació d'una lleugera millora respecte de la situació que va motivar el desemparament

²⁵ FARNÓS AMORÓS (2011, p. 739) apunta que aquesta previsió "parteix de la consideració que un any és un termini suficient perquè una eventual millora en la situació dels progenitors pugui recomanar la revisió de la mesura protectora, i obeeix a la necessitat dotar d'estabilitat la situació del menor acollit".

²⁶ La facultat de sol·licitar la revisió de la declaració formal de desemparament i de les mesures que, en conseqüència, s'hagin adoptat també decau un cop es constitueixi l'acolliment preadoptiu.

²⁷ El cas tenia origen en una declaració de desemparament d'una menor respecte de la seva família adoptiva. El TC va considerar que, en anul·lar la declaració de desemparament i ordenar l'inici del procés de reinserció de la menor amb la seva família adoptiva, l'AP havia ignorat totalment l'existència d'un perill actual fundant la seva decisió en què aquest perill no va existir en el passat, sense ni tan sols entrar a valorar si en el moment del pronunciament la menor es trobava en situació de risc psíquic. Segons el TC, tal forma de raonar vulnerava, a més a més, l'art. 24.1 CE (FJ 4t). Així ho exposa FARNÓS AMORÓS (2011, p. 739).

no implica *per se* retorn del menor amb la família biològica, sinó que caldrà tenir en compte altres aspectes.

Aquesta sentència del TS va posar fi a diferents interpretacions que sobre aquest extrem havien mantingut les Audiències Provincials. En síntesi, algunes d'aquestes havien estimat el retorn del menor a la seva família biològica i consideraven que per decidir sobre la legalitat de la mesura de protecció adoptada s'havien de tenir en compte les circumstàncies concurrents en el moment en què s'enjudiciava el cas i no les que existien en la data de l'adopció de la mesura.

Algunes de les sentències emanades de les Audiències Provincials reconeixien, per tant, una rellevància preponderant a l'evolució positiva dels pares posterior a la declaració de desemparament, tant per al manteniment de la mesura com per al seu cessament. Poden destacar-se la SAP Toledo, Secc. 1a, de 21.11.2006 (AC 2006\2255; MP: *Emilio Buceta Miller*), en què es valorava positivament que la mare biològica hagués refet la seva vida amb un altre home i hagués tingut una altra filla amb aquest per determinar el retorn de la menor amb la família biològica; la SAP Castelló, Secc. 2a, de 25.11.2008 (JUR 2009\132853; MP: *Pedro Javier Altars Medina*), en què es tenia en compte la millora d'ambdós progenitors amb el pas del temps i de les condicions d'higiene i habitabilitat de l'habitatge per determinar el retorn dels menors, i la SAP Sevilla, Secc. 2a, de 31.10.2006 (JUR 2007\182888; MP: *Rafael Márquez Romero*), que, a diferència de les dues sentències anteriors, aconsellava el manteniment de la mesura tenint en compte que seguien presentant-se els símptomes d'abandament i manca d'atenció dels nens, així com clars indicadors de maltractament per part del pare cap a la seva esposa i fills.

En altres sentències, de forma contrària, es s'havia valorat l'interès del menor per sobre de la possibilitat de reinserció en la seva família biològica i es considerava que les circumstàncies que havien de tenir-se en compte eren fonamentalment les que havien motivat la mesura de protecció amb independència de les posteriors variacions succeïdes. Per tant, no era suficient l'evolució positiva dels pares biològics, ni el desig d'exercir el rol patern i matern, entre d'altres aspectes, sinó que el com el menor es trobava en la família d'acollida era molt rellevant. Aquesta era la posició de la STS de 31.7.2009.

Aquest conjunt de sentències de les audiències, caracteritzat per ser majoritari, va tenir una influència evident en la doctrina jurisprudencial del canvi de circumstàncies. Alguns exemples jurisprudencials són la SAP Sevilla, Secc. 6a, de 12.6.2000 (JUR 2000\283139; MP: *Marcos Antonio Blanco Leira*), en què la voluntat del fill major de tornar amb la seva mare va ser suficient perquè el retorn amb la família biològica es fes efectiu, un cop constatat que la tornada no causaria cap pertorbació en els menors; la SAP Alacant, Secc. 6a, de 21.2.2007 (JUR 2007\265449; MP: *José María Rives Seva*), en què es va mantenir la mesura d'acolliment familiar preadoptiu en la mesura que els menors es trobaven completament adaptats al seu nou entorn familiar i social, i la SAP Barcelona, Secc. 18a, de 25.1.2007 (JUR 2007\192659; MP: *Enrique Anglada Fors*), en què, un cop més, la convivència prolongada amb els acollidors havia solidificat una situació sentimental i afectiva dels menors amb aquests de tal forma que es desaconsellava el retorn amb la seva família d'origen.

La STS de 31.7.2009 (JUR 2009\4581; MP: *Juan Antonio Xiol Rius*) va ser, sens dubte, significativa, però no suficient per donar per acabat el debat família biològica versus família social. El primer col·lectiu considerava que en matèria de protecció de menors, l'Administració havia d'atorgar preferència al retorn del menor amb la família biològica, i el segon entenia que l'Administració havia de facilitar la integració del menor en altres famílies.

Una visió crítica del debat família biològica versus família social és la que fa CARRASCO PERERA²⁸ en afirmar que casos com el que s'enjudicia en la sentència de 31.7.2009 han oficialitzat un "sistema de devots de la reinserció de menors en capes socials més afavorides que les dels pares de què van néixer". Així doncs, es posiciona amb el col·lectiu pro família biològica i critica l'excessiva tutela de l'Administració, que es manifesta en el sentit que s'està tractant d'allunyar al menor del seu nucli d'origen quan es considera que la seva pertinença a sectors socials desfavorits li impedeix portar una vida digna, quan, a més, algunes sentències de les audiències provincials, ja revocades amb la sentència de 31.7.2009, havien vingut declarant que "(...) ni la pobresa ni la incultura ni la poca intel·ligència... són en si mateixes causes que impliquin desatenció i desemparament de la prole"²⁹.

4.2. Responsabilitat patrimonial de l'Administració

Un canvi substancial en les circumstàncies que van fonamentar la declaració de desemparament pot aconsellar, com hem analitzat, el retorn del menor amb la seva família d'origen. No obstant això, com a conseqüència de la no execució per part de l'Administració pública d'una sentència que ordeni la reinserció del menor en la família d'origen i d'haver-se prolongat excessivament la situació de separació, pot considerar-se que és millor per als menors romandre en la família d'acollida que tornar a la d'origen, produint-se així una impossibilitat de recuperar afectivament i materialment als fills, i per tant, un dany.

A aquests efectes, poden ser destacades la sentència del TSJ de Catalunya, de 30.4.2010 (RJ 2010\299140; MP: *María Abelleira Rodríguez*), que condemna a l'Administració pública al pagament de 980.000 euros pels danys derivats de l'impossible retorn d'un menor amb la seva família biològica³⁰ o el cas Saleck Bardi c. Espanya, resolt per la Secc. 3a del TEDH, el passat 24.5.2011 (RJ 2011\174772), en què el TEDH va condemnar a l'Estat espanyol al pagament de 30.000 euros en concepte de dany moral causat a la mare per l'impossible retorn amb ella de la seva filla biològica, en constatar l'existència d'una manca de diligència en el procediment tramitat per les autoritats espanyoles competents i la definitiva adaptació de la menor en la seva família d'acollida i en la seva vida quotidiana a Múrcia.

En analitzar aquests casos en què es discuteix sobre la reintegració del menor a la família d'origen, no ha de perdre's de vista que el temps juga un paper determinant, ja que garanteix la major estabilitat del menor en la nova família, alhora que l'allunya de la seva família biològica, a la que pertany originàriament. El temps, per tant, va en contra dels progenitors biològics³¹ i arriba a convertir en definitiva una situació de fet.

²⁸ CARRASCO PERERA (2010) "Pares sense fills i ciutadans que ho paguen", disponible en <http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/actualidad-juridica-aranzadi/807/tribuna/padres-sin-hijos-y-ciudadanos-que-lo-pagan> (última visita, 24.10.2011).

²⁹ Per a una crítica general a aquesta tendència administrativa, veure VALLES AMORES (2007, pp. 1258-1260).

³⁰ Comentada per FARNÓS AMORÓS (2011) i criticada per GARCÍA AMADO (2010), "La sentència de la setmana. Interès del menor i majors interessats", disponible en <http://garciamado.blogspot.com/2010/10/la-sentencia-de-la-semana-interes-del.html> (última visita, 23.10.2011).

³¹ Així ho afirma CARRASCO PERERA (2006, p. 233): "No sols tenen en contra seu la indigència pròpia i la hipocresia aliena, sinó la pitjor de les armes, que és el temps"; BALLESTEROS DE LOS RÍOS (2010, p. 1446): "Un cop més el pas del

Així doncs, sembla que difícilment tindrà lloc la reinserció dels menors en les seves famílies biològiques, ja que juntament amb el factor temps l'estabilitat dels menors en la seva nova llar d'acollida està garantida. En conseqüència, cada cop seran més les demandes interposades per les famílies biològiques demanant el rescabament, si és possible, pel dany causat per l'impossible retorn del menor.

La dificultat per valorar el dany moral en els supòsits de pèrdua de relacions familiars és inherent a aquest tipus de danys, perquè en paraules de GÓMEZ POMAR (2000, pp. 1-2), "tot dany moral implica una reducció del nivell d'utilitat que ni els diners, ni béns intercanviables per aquest, poden arribar a compensar". No obstant això, els tribunals de l'ordre contenciós-administratiu i civil s'han esforçat per aconseguir certa uniformitat en les quanties, amb una certa tendència cap al tant alçat³².

5. Conclusions

Amb l'aprovació de la LDOIA, el legislador català ha aconseguit dotar d'una major claredat i unitat l'ordenament jurídic català, alhora que facilitar quin dret és l'aplicable en aquelles situacions en què els menors es troben en una situació de risc o en una situació de desemparament.

D'acord amb les disposicions del títol cinquè de la LDOIA, el risc i el desemparament són situacions diferents que difereixen, bàsicament, quant a entitat, efectes, competència, procediment de formalització i possibilitat d'impugnació. No obstant això, ambdues situacions justifiquen per primera vegada a Catalunya la intervenció de l'Administració pública amb l'objectiu primordial de pal·liar la situació de desprotecció en què pugui trobar-se el menor.

L'acceptació del risc com a supòsit de fet habilitant de la intervenció dels poders públics és certament positiva, tenint en compte que s'aconsegueix protegir al menor sense necessitat de separar-l'ho del seu nucli familiar. No obstant això, la situació de risc únicament queda determinada després d'un acord entre els progenitors o titulars de la tutela o guarda i

temps provoca que el millor per als interessos dels menors sigui que aquests romanguin amb la família que els ha acollit" o FARNÓS AMORÓS (2011, p. 735), qui en la mateixa línia afegeix que "(...) queda determinada la impossible reinserció d'un menor amb la família biològica, quan potser en interès del menor, sigui el recomanable".

Un altre exemple en què el temps juga en contra dels progenitors s'observa en l'art. 10 del [Reglament núm. 2201/2003, del Consell, de 27.11.2003, relatiu a la competència, el reconeixement i l'execució de resolucions judicials en matèria matrimonial i de responsabilitat aturin](#). Aquest article preveu que la residència d'un menor durant un període mínim d'un any en un altre estat membre sense que hagi estat presentada cap demanda de restitució per part dels progenitors pot comportar que els òrgans competents siguin els d'aquest altre estat membre. Per tant, en un altre àmbit, també s'està considerant que un any és un termini suficient perquè un menor s'adapti a un nou entorn familiar.

³² Per a una anàlisi més detallada sobre la indemnització del dany moral per la privació indeguda de la companyia dels fills en les ordres civil i contenciós-administratiu, veure MARÍN GARCÍA i LÓPEZ RODRÍGUEZ (2010).

l'Administració, i això requereix un notable esforç per ambdues parts que no sempre s'aconsegueix.

Les situacions de desemparament, al contrari, revesteixen més entitat o gravetat i sí que comporten la separació del menor de la família d'origen. Hi ha casos en què la separació del menor de la seva família biològica pot ser aconsellable en interès d'aquest, però en d'altres ocasions, la tutela de l'Administració pot esdevenir excessiva amb l'objectiu de possibilitar al menor una vida més digna. A més a més, sembla que la possibilitat de revisar en el curs d'un any una declaració de desemparament improcedent o una declaració procedent que desconsidera la millora de les circumstàncies que la van fonamentar està veient-se progressivament reduïda, ja sigui per la lentitud que caracteritza els tribunals o pel controvertit paper del factor temps en aquests supòsits. Ambdós juguen certament en contra dels progenitors que en un determinat moment van veure suspesa la potestat parental dels seus fills, i que en conseqüència, no poden recuperar afectivament i materialment als fills. L'única opció que els queda és recórrer als tribunals i demanar que l'Administració respongui pels danys morals generats com a conseqüència de l'impossible retorn del menor a la família d'origen, qüestió que ja de per si és complexa.

6. Taula de jurisprudència

<i>Resolució i data</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrat ponent</i>
STEDH, Secc. 3a, de 24.5.2011, cas <i>Saleck Bardi c. España</i>	RJ 2011\174772	Josep Casadevall
STC, 2a, de 25.11.2002	RTC 2001\221	María Emilia Casas Baamonde
STS, 1a, de 31.7.2009	JUR 2009\4581	Juan Antonio Xiol Ríos
STSJ de Catalunya, 3a, de 30.4.2010	JUR 2010\299140	María Abelleira Rodríguez
STSJ de Catalunya, de 31.3.2011	Id Cendoj: 08019310012 011100016	María Eugenia Alegret Burgués
SAP Sevilla, Secc. 6a, de 12.6.2000	JUR 2000\283139	Marcos Antonio Blanco Leira
SAP Sevilla, Secc. 2a, de 31.10.2006	JUR 2007\182888	Rafael Márquez Romero
SAP Toledo, Secc. 1a, de 21.11.2006	AC 2006\2255	Emilio Buceta Miller
SAP Barcelona, Secc. 18a, de 25.1.2007	JUR 2007\192659	Enrique Anglada Fors
SAP Alacant, Secc. 6a, de 21.2.2007	JUR 2007\265449	José María Rives Seva
SAP Castelló, Secc. 2a, de 25.11.2008	JUR 2009\132853	Pedro Javier Altares Medina

7. Bibliografia

María BALLESTEROS DE LOS RIOS (1997), *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, Madrid.

-- (2010), "Comentario a la sentencia de 31 de julio de 2009 (RJ 2009, 4581)" (Impugnación de declaración de desamparo y acogimiento familiar de una menor. Principio del interés del menor. Proporcionalidad de la medida adoptada. El factor tiempo en las medidas de protección de menores. Retorno a la familia biológica: requisitos), *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84, setembre/desembre 2010, pp. 1429-1459.

Pilar BENAVENTE MOREDA (2009), "Desamparo, Acogimiento y retorno a la propia familia", *Derecho privado y Constitución*, núm. 23, pp. 11-58.

Ángel CARRASCO PERERA (2006), *Derecho de Familia. Casos, reglas, argumentos*, Dilex, Madrid.

-- (2010), "Padres sin hijos y ciudadanos que lo pagan", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 807, 28 d'octubre, Tribuna.

José Manuel DE TORRES PEREA (2009), *Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Iustel, Madrid.

Joan EGEA I FERNANDEZ (1990), "La protecció de menors a Catalunya. Els diferents règims de protecció (Propostes de nova regulació)", *V Jornades de Dret Català a Tossa*, Universitat de Barcelona, PPU, Barcelona.

Joan EGEA I FERNANDEZ (1999), "El acogimiento simple", a Santiago ESPIAU ESPIAU i Antoni VAQUER ALOY (Eds.), *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Marcial Pons, Barcelona, pp. 87-117.

Santiago ESPIAU ESPIAU (1999), "La situación de desamparo y las medidas de protección", a Santiago ESPIAU ESPIAU y Antoni VAQUER ALOY (Eds.), *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Marcial Pons, Barcelona, pp. 71-86.

Esther FARNOS AMOROS (2011), "Comentario a la Sentencia TSJ Cataluña, de 30 de abril de 2010 (JUR 2010, 299140)" (Responsabilidad de la Administración por el imposible retorno de un menor con la familia biológica. Daño moral), *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 86, maig/agost 2011, pp. 717-747.

Manuel Ignacio FELIÚ REY (1989), *Comentarios a la Ley de Adopción*, Tecnos, Madrid.

Josep FERRER RIBA (2010), "Principles and Prospects for a European System of Child Protection", *InDret 2/2010* (http://www.indret.com/pdf/729_en.pdf).

Pilar FERRER VANRELL (1993), "El acogimiento familiar en la Ley 21/1987 de 11 de noviembre como modo de ejercer la 'potestad' de guarda", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 4, núm. , pp. 163-218.

Margarita GARRIGA GORINA (2010), "Nota a la Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència", *InDret* 3/2010 (http://www.indret.com/pdf/752_cat.pdf).

Fernando GÓMEZ POMAR (2000), "Daño moral", *InDret* 1/2000 (http://www.indret.com/pdf/006_es.pdf).

Sergio LLEBARÍA SAMPER (1990), *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Bosch, Barcelona.

Ignacio MARIN GARCIA y Daniel LOPEZ RODRIGUEZ (2010), "Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo", *InDret* 2/2010 (http://www.indret.com/pdf/741_es.pdf).

Isaac RAVETLLAT BALLESTE (2011), "Marco internacional e interno del Derecho de la infancia y la adolescencia", a Isaac RAVETLLAT BALLESTE (Coord.), *Derecho de la Persona*, Bosch, Barcelona, pp. 51-89.

Francisco RIVERO HERNANDEZ (2007), *El Interés del menor*, 2ª ed., Dykinson, Madrid.

José Manuel RUIZ-RICO RUIZ (1988), "La tutela ex lege, la guarda y el acogimiento de menores", *Actualidad Civil*, núms. 2 i 3, pp. 57 i ss. i 137 i ss.

María Luisa VALLES AMORES (2007), "La Administración en el ejercicio de su función de protección a los menores: su posible responsabilidad", a Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, pp. 1251-1264.

Marino VILLA RUBIO (1999), "Protección de menores desamparados, estado social de derecho y derecho administrativo: apuntes acerca de la evolución de las garantías", a Santiago ESPIAU ESPIAU i Antoni VAQUER ALOY (Eds.), *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Marcial Pons, Barcelona, pp. 51-71.