

# Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores

A propósito de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia

**Laura Allueva Aznar**

Facultad de Derecho  
Universitat Pompeu Fabra

### *Abstract\**

*La constatación de que un menor se halla en situación de riesgo o desamparo justifica la intervención de los poderes públicos, pues en ambos casos se considera que el menor se halla en una situación de desprotección que debe ser paliada. Sin embargo, el riesgo y el desamparo son situaciones que se diferencian entre ellas.*

*El objetivo de este trabajo es doble. Por un lado, distinguir las situaciones de riesgo de las situaciones de desamparo, de acuerdo con la legislación que les es aplicable actualmente en Cataluña, esto es, la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia, así como la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Y, por otro lado, poner de relieve los principales problemas que pueden darse en la práctica tras una declaración de desamparo improcedente o una declaración de desamparo procedente que desconsidera la posibilidad de mejora de las circunstancias que la fundamentaron.*

*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 27<sup>th</sup>, regarding childhood and adolescence rights and opportunities, as well as the Law 25/2010, of July 29<sup>th</sup>, 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 27<sup>th</sup>, regarding childhood and adolescence rights and opportunities*

*Palabras clave: interés del menor, riesgo, desamparo*

*Keywords: Best Interest of the Child, Risk, Abandonment*

---

\* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación "El derecho de filiación ante los conflictos entre identidad biológica y parentalidad social" (DER2008-01809/JURI), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y dirigido por el prof. Dr. Joan Egea i Fernàndez.

## *Sumario*

1. Introducción
2. Legislación aplicable a las situaciones de riesgo y desamparo
  - 2.1. Antecedentes
  - 2.2. La Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia
3. Situaciones de desprotección
  - 3.1. Situaciones de riesgo
    - 3.1.1. Concepto
    - 3.1.2. Procedimiento
    - 3.1.3. Medidas de protección
  - 3.2. Situaciones de desamparo
    - 3.2.1. Concepto
    - 3.2.2. Procedimiento
    - 3.2.3. Efectos de la declaración de desamparo
    - 3.2.4. Medidas de protección
  - 3.3. Principales diferencias entre las situaciones de riesgo y desamparo
4. Problemas jurídicos derivados de la declaración de desamparo
  - 4.1. Cambio de circunstancias y revisión de la declaración de desamparo
  - 4.2. Responsabilidad patrimonial de la Administración
5. Conclusiones
6. Tabla de jurisprudencia
7. Bibliografía

## ***1. Introducción***

Las situaciones de riesgo y desamparo constituyen supuestos de entidad suficiente para activar el sistema público de protección de menores. En ambos casos, el menor se halla en una situación de desprotección que, como verdadero titular de derechos, debe ser evitada o paliada.

Es la especial vulnerabilidad del colectivo objeto de protección la que justifica la preocupación de los poderes públicos en materia de infancia y adolescencia, y por consiguiente, es la causa de la constante adaptación de dicha materia a las nuevas realidades sociales. La última adaptación del sistema de protección de menores en Cataluña viene de la mano de la [Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia](#) (DOGC núm. 5641, de 2.6.2010; en adelante, LDOIA) que, junto con la [Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia](#) (DOGC núm. 5686, de 5.8.2010), supuso un punto de inflexión en el ordenamiento jurídico catalán en la medida en que se dio por finalizada una situación de dispersión normativa que dificultaba la localización del derecho aplicable en materia de infancia y adolescencia.

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de las situaciones de riesgo y desamparo tras la aprobación de la LDOIA y se estructura en tres bloques. El primer bloque trata de la legislación aplicable a las situaciones de riesgo y desamparo en derecho catalán, tanto en la actualidad como sus antecedentes. El segundo, distingue las situaciones de riesgo de las de desamparo en cuanto a concepto, procedimientos de formalización y consecuencias jurídicas o efectos, entre otros, y el tercer bloque da razón de los principales problemas que pueden darse en la práctica tras una declaración de desamparo improcedente o una declaración de desamparo procedente que desconsidera la posibilidad de mejora de las circunstancias que la fundamentaron.

## ***2. Legislación aplicable a las situaciones de riesgo y desamparo***

### **2.1. Antecedentes**

El marco normativo relativo a las políticas de infancia y adolescencia en Cataluña ha evolucionado significativamente. El primer paso se dio tras la aprobación de la CE de 1978 y del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979, cuando la Generalitat de Cataluña asumió los servicios de protección a la infancia. Así, el art. 9.28 del EAC de 1979 y el vigente art. 166.3 del EAC de 2006, afirman la competencia de la Generalitat de Cataluña en este ámbito<sup>1</sup>. A partir de

---

<sup>1</sup> Art. 9.28 EAC 1979: “La Generalidad de Cataluña tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) Instituciones públicas de protección y tutela de menores, respetando, en todo caso, la legislación civil, penal y penitenciaria.

Art. 166.3 EAC 2006: “Corresponde a la Generalitat, en materia de menores: La competencia exclusiva en materia de protección de menores, que incluye, en todo caso, la regulación del régimen de la protección y de las

entonces, se fueron desarrollando varias leyes relacionadas con la materia, entre las que destacan las siguientes:

- [Ley 11/1985, de 13 de junio, de protección de menores](#) (DOGC núm. 556, de 28.6.1985): esta Ley consideraba los tres ámbitos de actuación en que tradicionalmente se ha estructurado la protección de menores: la prevención de la delincuencia infantil y juvenil, su tratamiento y la tutela de los menores desamparados por falta o inadecuado ejercicio de la potestad de los padres u otros regímenes de protección. Se trata de la primera de las leyes dictadas por el Parlamento de Cataluña una vez le fueron transferidas las competencias en protección de menores. Recogía tanto aspectos de reforma como de protección y se asignaban ambas materias al Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, concretamente a la Dirección General de Protección y Tutela de Menores.
- [Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción](#) (DOGC núm. 1542, de 17.1.1992; en adelante, LPMDA): esta Ley, de carácter primordialmente civil y desarrollada por el Decreto 2/1997, de 7 de enero, que aprobó el Reglamento de protección de menores desamparados y de la adopción, reguló de manera autónoma la parte relativa a la protección de los menores desamparados de la Ley 11/1985. En su regulación incluyó el régimen jurídico de la declaración de desamparo, de las medidas de protección y de la adopción.

Con ello, la Ley cumplió con un doble objetivo. En primer lugar, segregó dentro de la protección de menores, la potestad propiamente protectora de la meramente reformadora mediante la regulación de la función tutelar de la protección de menores como una materia específicamente civil, desvinculada de los otros ámbitos que, tradicionalmente habían integrado el derecho denominado de “reforma” de menores: la prevención y el tratamiento de la delincuencia infantil y juvenil. Y, en segundo lugar, y para los casos en que no fuese posible la permanencia o reintegración del menor en su entorno familiar, reguló por primera vez en Cataluña la figura de la adopción. En palabras de EGEA I FERNÁNDEZ<sup>2</sup>, esta distinción entre protección y reforma que tan clara se presentaba en el orden conceptual y también en el legislativo, no solía serlo en la práctica, puesto que era frecuente que a la situación de desamparo de un menor se le uniera un comportamiento asocial o delictivo. Y ello implicaba que entraran en juego las normas propias de la prevención o del tratamiento de la delincuencia infantil y juvenil, quedando relegadas a un segundo plano las medidas estrictamente protectoras.

Esta Ley incorporó novedades importantes con respecto a la anterior Ley catalana. En este sentido, se asumió el principio de legitimación administrativa de la intervención –sin necesidad de previa decisión judicial–; el órgano administrativo competente para la

---

instituciones públicas de protección y tutela de los menores desamparados, en situación de riesgo y de los menores infractores, respetando en este último caso la legislación penal”.

<sup>2</sup> EGEA I FERNANDEZ (1990, p. 88).

asunción de las funciones tutelares pasó a ser la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia (en adelante, DGAIA) y se introdujo la diferencia entre acogimiento simple, en sus dos modalidades –simple en familia extensa o ajena y en institución- y acogimiento preadoptivo, entre otras.

- [Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los menores y los adolescentes y de modificación de la Ley 37/1991](#) (DOGC núm. 2083, de 2.8.1995; en adelante, LAPIA): la Ley 8/1995, desarrollada reglamentariamente por el Decreto 75/2006, de 11 de abril, de desarrollo de la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los menores y adolescentes en el ámbito sancionador, incorporó fehacientemente la filosofía de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 en la medida en que dio respuesta a las necesidades de todos los menores de edad en general únicamente por el mero hecho de serlo.

Nació con la voluntad de fijar un sistema general catalán de asistencia a los menores y de protección de sus derechos. La Ley contenía un catálogo de derechos del menor en los distintos ámbitos y sectores sociales y de actividades en que los menores participaban y tenían intereses. Se trataba, esencialmente, de una Ley de reconocimiento de derechos y de formulación de políticas públicas para con la infancia y la adolescencia.

Por lo que respecta a las modificaciones que esta Ley introdujo a la LPMDA, pueden destacarse: la redefinición del acogimiento simple con la finalidad de ampliar su ámbito de aplicación; la regulación de la adopción internacional y la tipificación de las infracciones, así como su régimen sancionador.

- [Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia](#) (DOGC núm. 2687, de 23.7.1998): el Código de Familia incorporó aspectos relativos a la adopción de menores y, en menor medida, a la declaración de desamparo. En todo lo demás, esta normativa se limitaba a hacer una remisión a la Ley 37/1991. Estas disposiciones dejaron de tener vigencia con la aprobación de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.
- [Ley 27/2001, de 31 de diciembre, de justicia juvenil](#) (DOGC núm. 3580, de 21.2.2002) y la [Ley 8/2002, de 27 de mayo, de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, y de la regulación de la atención especial a los adolescentes con conductas de alto riesgo social](#) (DOGC núm. 3648, de 3.6.2002): estas dos leyes volvieron a abordar dos de los tres ámbitos de actuación ya regulados en la Ley 11/1985, dejándola finalmente derogada en su integridad. La Ley 27/2001 reguló las funciones de la Administración catalana en la ejecución de las medidas adoptadas por la autoridad judicial en el marco de la responsabilidad penal de los menores infractores, y la Ley 8/2002 actualizó la regulación de la parte de la protección de los menores que afectaba a la población adolescente que se hallaba en conflicto social, incluyendo todo lo referente a la prevención de la

adolescencia. Esta última Ley quedó derogada con la aprobación de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia. La Ley 27/2001 sigue en vigor.

La Ley 8/2002 incorporó a la Ley 37/1991 dos nuevos apartados a su artículo 2 –donde se regulaban las causas que motivan la declaración de desamparo–, un artículo 5 bis –para introducir nuevas medidas de protección– y dos capítulos: uno, relativo a la atención especial a la población adolescente que presente conductas de alto riesgo social, y otro, relacionado con el estatuto de las personas menores de edad acogidas en centros<sup>3</sup>.

- [Ley 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias](#) (DOGC núm. 3926, de 16.7.2003): esta Ley, aún vigente y de carácter meramente social, se aprobó con el objetivo de establecer las bases y las medidas necesarias para desarrollar una verdadera política de apoyo y protección a las familias (art. 1).

De la descripción anterior se deriva la conclusión básica de que con anterioridad a la aprobación de la LDOIA, la regulación existente era muy dispersa. Fue precisamente tal dispersión la que hizo aflorar una voluntad de unificación de la normativa, de protección efectiva de los derechos de la infancia en general, además de la infancia en situación de riesgo y desamparo.

Así pues, la LDOIA ha aportado al ordenamiento jurídico catalán una mayor claridad y unidad, a la vez que ha facilitado la localización del derecho aplicable<sup>4</sup>. Sin embargo, sigue existiendo una dualidad difícil de entender entre las disposiciones previstas por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia y las previstas por la LDOIA. Y, además, en lo concerniente a la responsabilidad penal de los menores infractores, se debe acudir a la [Ley 27/2001, de 31 de diciembre, de justicia juvenil](#) (DOGC núm. 3580, de 21.2.2002).

La unificación legislativa no es la principal razón de ser de la Ley, sino la necesidad de actualizar y modificar la regulación hasta ahora vigente en relación con nuevas demandas y circunstancias sociales con el fin de cumplir con el propio objeto de la Ley, esto es, “la promoción del bienestar personal y social de los menores y adolescentes con el fin de garantizar el ejercicio de sus derechos, la asunción de sus responsabilidades y la consecución de su desarrollo integral” (art. 1 LDOIA).

---

<sup>3</sup> Arts. 1, 3, 6 y 7 Ley 8/2002, de 27 de mayo, de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, y de la regulación de la atención especial a los adolescentes con conductas de alto riesgo social.

<sup>4</sup> En este sentido, GARRIGA GORINA (2010, p. 3).

El objeto de esta Ley, en la misma línea que en la LAPIA, está claramente influenciado por la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por las Naciones Unidas, en 1989<sup>5</sup>. Su texto es seguramente el texto de mayor importancia en lo concerniente a los derechos del menor y su protección<sup>6</sup>, y de ahí que el legislador catalán lo haya tenido en consideración a lo largo de su tarea legislativa.

## **2.2. La Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia**

La LDOIA se estructura en seis títulos. El primer título proclama los principios rectores de la Ley. El segundo reconoce a los menores un conjunto de derechos, sin establecerse entre ellos ningún tipo de jerarquía. El tercer título promueve la actividad de la Administración en los distintos ámbitos en que se pueden producir situaciones de perjuicio para los menores y fomenta la implicación de la sociedad en esta tarea, mediante programas de información y sensibilización. El título cuarto, dedicado a la protección pública ante el maltrato infantil, dispone la creación de servicios especializados para detectar y atender a los menores maltratados. El título quinto se ocupa del sistema de protección de los menores y adolescentes en situación de riesgo y desamparo, y por último, el título sexto contiene el régimen sancionador<sup>7</sup>.

A los efectos de este trabajo, el título que reviste más importancia es el título quinto por ocuparse, básicamente, del sistema de protección de los menores y adolescentes en situación de riesgo y desamparo.

En este título es donde se hallan algunas de las novedades más importantes de la nueva regulación. En este sentido, la regulación distingue, por primera vez en Cataluña, entre dos títulos que habilitan la intervención protectora de los poderes públicos: el riesgo social y el

---

<sup>5</sup> No solo el objeto de la LDOIA está marcado por el articulado de la Convención sobre los Derechos del Niño, sino que todo su articulado tiene en consideración las disposiciones de la Convención. De ahí que en el preámbulo de la Ley se haga una mención expresa de dicha influencia (“En menos de veinte años, y particularmente a partir de la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del menor, de 20 de noviembre de 1989, la sensibilidad ...”), así como del hecho de que el principio del interés superior del menor es el principio rector orientador de toda acción a favor del bienestar de la infancia. De ahí que lo recoja en el art. 5 LDOIA.

Pretender definir lo que debe entenderse como “interés superior del menor” es una tarea cuanto menos laboriosa. Algunos autores, sin lograr una definición exitosa del concepto, han dicho algo al respecto: LLEBARÍA SAMPER (1990, p. 181) ó RIVERO HERNÁNDEZ (2007, p. 62), entre otros. Lo interesante es la función del interés superior del menor: DE TORRES PEREA (2009, p. 27) considera que lo importante es su función de contrapeso -para proteger al menor en tanto parte débil en sus relaciones sociales- y de control -ante todo peligro amenaza que afecte al menor-, y su utilidad como criterio para resolver conflictos de intereses que le afecten.

<sup>6</sup> Así lo afirma FERRER RIBA (2010, p. 7): “The Convention ... is of paramount importance as regards children’s rights and child protection”.

<sup>7</sup> Para una descripción general de la LDOIA, en el momento de su entrada en vigor, ver GARRIGA GORINA (2010).



desamparo<sup>8</sup>. Tal afirmación no implica que con anterioridad a la entrada en vigor de la LDOIA no existieran situaciones de riesgo. Una muestra de ello es la STSJ de Cataluña, de 31.3.2011 (Id Cendoj: 08019310012011100016; MP: *María Eugenia Alegret Burgués*), en la que no siendo todavía aplicables las disposiciones previstas por la LDOIA, se constata la existencia de factores de riesgo y se realiza una enumeración de los mismos (apartado 4 del recurso de casación). Así, antes de la aprobación de la LDOIA, lo que ocurría era que todas las situaciones de desprotección se reconducían al desamparo y, en determinados casos, sus efectos devenían un requisito excesivo. Ante esta situación en que la normativa no se adaptaba a la realidad social y en que los tribunales reconocían el riesgo como una figura distinta al desamparo, el legislador catalán optó por positivizar las mencionadas instituciones de forma independiente<sup>9</sup>.

En esta línea, la LDOIA distingue qué entidades intervienen en cada caso. Así, el art. 99 LDOIA establece que en casos de riesgo, las Entidades públicas que intervienen son las locales, y en casos de desamparo, son competentes las Entidades públicas autonómicas, esto es, la DGAIA.

Otras novedades destacables son las siguientes: se reglamenta el procedimiento administrativo específico para acordar el desamparo, así como la figura del Procurador de la infancia; se limita a tres meses el plazo para la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección, y a un año el plazo durante el cual los interesados pueden solicitar a la Administración que se deje sin efecto el desamparo alegando un cambio sustancial de las circunstancias que lo motivaron; se regula el acogimiento familiar permanente y el acogimiento en unidades convivenciales de acción educativa o profesional y se regulan medidas asistenciales a partir de la mayoría de edad y, además, a diferencia de la normativa anterior, con la nueva Ley, cualquier medida dictada puede ser indefinida hasta su revisión; entre otras.

Por lo tanto, la LDOIA es la Ley más completa de las dictadas hasta el momento por el Parlamento de Cataluña en materia de infancia y adolescencia. Tiene una parte de reconocimiento de derechos, una parte de promoción administrativa de políticas públicas (tanto preventivas como de atención una vez surgida la necesidad) y una parte de protección civil, completada por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Así, comprende los ámbitos que anteriormente habían estado abordados por la LPMDA -en lo concierne a la protección civil de menores desamparados-, por la LAPIA -en relación con el reconocimiento de derechos, políticas públicas y régimen administrativo sancionador- y por la Ley 8/2002 -en lo relativo a la prevención de la delincuencia y atención a los adolescentes con conductas de alto riesgo social-.

---

<sup>8</sup> Otras comunidades autónomas, como por ejemplo, la Comunidad Valenciana, ya incorporan tal distinción: ver Capítulo III de la [Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana](#) (DOCV núm. 5803, de 10.7.2008).

<sup>9</sup> En la actualidad, la LDOIA dedica unos preceptos al tratamiento de las situaciones de riesgo -artículos 102 a 104- y otros, a las situaciones de desamparo -artículos 105 a 150-.

### ***3. Situaciones de desprotección***

La existencia de una situación de desprotección es el supuesto de hecho o la causa para que entre en funcionamiento el sistema público de protección de menores. Atendiendo a la gravedad de la situación de desprotección social en la que se pueda encontrar un menor, el legislador catalán distingue entre las situaciones de riesgo y las situaciones de desamparo. En ambos casos, si llega a conocimiento de un ciudadano o de profesionales de la salud, de los servicios sociales y de la educación que un menor o adolescente se halla en una situación de riesgo o desamparo, existe el deber de comunicarlo a los servicios sociales –ya sean básicos o especializados– con la menor dilación posible<sup>10</sup>.

#### **3.1. Situaciones de riesgo**

##### **3.1.1. Concepto**

Se considera situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias personales o familiares del menor, o por influencia del entorno, se ve perjudicado su desarrollo personal o social de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían la declaración de desamparo, sea precisa la intervención de la Administración pública.

De acuerdo con la definición anterior, las situaciones de riesgo se caracterizan por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar.

La LDOIA define con palabras semejantes qué se entiende por situación de riesgo (art. 102 LDOIA) y tal definición viene acompañada por una lista abierta de supuestos que constituyen situaciones de riesgo a efectos legales (art. 102.2 LDOIA).

Así, son supuestos de situación de riesgo: la falta de atención física o psíquica del menor que conlleve un perjuicio leve para su salud física o emocional (letra a); la dificultad para dispensar la atención física y psíquica adecuada al menor (letra b); el uso del castigo físico o emocional sobre el menor que, sin ser grave, perjudique su desarrollo (letra c); las carencias que no puedan ser compensadas ni impulsadas en el ámbito familiar que puedan conllevar la marginación, la inadaptación o el desamparo del menor (letra d); la falta de escolarización en edad obligatoria, el absentismo o el abandono escolar (letra e); el conflicto abierto y crónico entre los progenitores, cuando anteponen sus necesidades a las del menor (letra f); la incapacidad o imposibilidad de controlar la conducta del menor que provoque un peligro evidente de hacerse daño o de perjudicar a terceras personas (letra g); las prácticas discriminatorias contra las niñas, que comporten un perjuicio para su bienestar y su salud mental y física, incluyendo el riesgo de padecer ablación o mutilación genital femenina y violencia (letra h) y cualquier otra circunstancia que pueda derivar en el desamparo del menor (letra i).

---

<sup>10</sup> Así lo prevé el art. 100.1 LDOIA: “Los ciudadanos que tienen conocimiento de la situación de riesgo o desamparo en que se halla un menor tienen el deber de comunicarlo a los servicios sociales básicos, especializados o del departamento competente, en materia de protección de menores, lo antes posible, para que estos tengan conocimiento de tal situación”.

Observamos que en algunos casos el supuesto de hecho implica un juicio de imputación (letras a, c y e) mientras que en otros, en cambio, no se exige que las circunstancias de riesgo se imputen a los padres o guardadores (letras b y d). Asimismo, la situación de riesgo puede conectarse a la concurrencia de conductas de los progenitores que tienen repercusiones negativas hacia los hijos (letra f y g).

### 3.1.2. Procedimiento

De acuerdo con la LDOIA, la existencia de una situación de riesgo no determina el inicio de un procedimiento formal que culmina con la declaración de tal situación, sino que pone en funcionamiento la actuación de los servicios sociales básicos, o en su caso, de los servicios sociales especializados –siempre a nivel local-. Los servicios sociales valorarán la eventual situación de riesgo y tomarán, de forma consensuada, las medidas y recursos de atención social y educativa con el objetivo de disminuir o eliminar la situación de riesgo, a ser posible, con la colaboración de los progenitores o de los titulares de la tutela o de la guarda.

### 3.1.3. Medidas de protección

Las medidas de atención social y educativa que pueden establecerse tras valorarse la situación de riesgo están fijadas, a modo de lista abierta, en el art. 104 LDOIA. Estas medidas son de carácter asistencial y educativo y pueden dirigirse tanto a los menores como a sus familias.

Por un lado, entre las medidas dirigidas a los menores pueden destacarse, a modo de ejemplo, el acompañamiento del menor al centro educativo y el soporte psicológico al mismo; la atención sanitaria; los programas formativos para los adolescentes que han abandonado el sistema escolar (letras c, f y g), entre otras. Y por otro lado, por lo que se refiere a las medidas dirigidas a las familias, cabe destacar la orientación, asesoramiento y ayuda a la familia, así como las actuaciones de contenido técnico, económico o material con el ánimo de mejorar el entorno familiar; la intervención familiar mediante el establecimiento de programas socioeducativos; la ayuda a domicilio; la asistencia personal para los progenitores (letras a, b, d y h), entre otras.

Cualquier medida que se adopte, y a diferencia de las medidas que, como veremos, se adoptaran en los casos de situación de desamparo, prevé que los menores sigan viviendo en el núcleo familiar, bajo estricta vigilancia competencia de las Entidades públicas locales. En la medida en que esta se adopta de forma consensuada y fruto de la colaboración de los progenitores o de los titulares de la tutela o de la guarda con la Administración, no se establece ningún procedimiento para su impugnación administrativa o judicial. Lo óptimo sería que existiera colaboración por parte de los titulares de la patria potestad, así como que cumplieran con el acuerdo, pues de no ser así, la LDOIA prevé la incoación del procedimiento de desamparo<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Así lo dispone el art. 103.6 LDOIA: “Si no se obtiene la colaboración de los progenitores, de los titulares de la tutela o de la guarda, o si se niegan a participar en la ejecución de las medidas acordadas y ello comporta un peligro para el desarrollo o bienestar personal del niño o el adolescente, o si en el transcurso de la intervención se da cualquier otra situación de desamparo, los servicios especializados de atención a los niños y a los adolescentes

Aunque la Ley no dice nada al respecto, se supone que debe entenderse que los padres o el propio menor pueden pedir el cese de las medidas y la Administración deberá atender tal solicitud si la situación de riesgo ha desaparecido.

### 3.2. Situaciones de desamparo

#### 3.2.1. Concepto

La LDOIA considera que pueden considerarse desamparados los menores que se hallan en la situación de hecho en que carecen de los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad (art. 105.1 LDOIA)<sup>12</sup>.

De hecho, ya en el preámbulo, se remarca que la definición de desamparo se lleva a cabo con criterios objetivos<sup>13</sup>, considerándola una situación de hecho<sup>14</sup>, en que faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad del menor<sup>15</sup>.

En consecuencia, el hecho de que el desamparo presuponga una situación de hecho de carencia de ciertas condiciones básicas necesarias para el desarrollo del menor, implica que no pueda apreciarse el desamparo si el menor está atendido, aunque no esté atendido por sus padres o guardadores legales. Así, si el menor está atendido por alguna persona que ejerce la guarda de hecho, no cabe declararlo en desamparo necesariamente.

---

deben elaborar el informe propuesta y elevarlo al departamento competente para que incoe el correspondiente procedimiento de desamparo”.

<sup>12</sup> En la misma línea, se pronuncia el CC considerando como situación de desamparo la “situación que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material” (art. 172.1), y en términos semejantes, la [LO 1/1996, de 25 de enero, de Protección Jurídica del Menor](#) (BOE núm. 15, de 17.1.1996), en la disposición final quinta. En la indagación de cuál sea el ámbito de “lo moral”, debe huirse de valoraciones subjetivas. En este sentido, EGEA I FERNÁNDEZ (1990, pp. 182-183) estimó que lo óptimo era “tratar de objetivizar al máximo este concepto puesto que es un elemento complicado porque puede comportar consideraciones de tipo religioso y se podría incluir en esta expresión la concepción personal, en materia religiosa o moral en sentido estricto, de aquél que haya de apreciar el desamparo”. En el mismo sentido se pronunció FERRER VANRELL (1993, p. 175).

<sup>13</sup> “Defineix també el desamparament, i ho fa partint de criteris objectius”.

<sup>14</sup> En este sentido, BALLESTEROS DE LOS RÍOS (1997, p. 28), afirmó: “Basta con que el menor quede ‘de hecho’ privado de la necesaria asistencia moral o material”. Y, en esta línea se habían venido pronunciando otros autores tales como FELIÚ REY (1989, p. 30); RUIZ-RICO RUIZ (1988, p. 63) ó FERRER VANRELL (1993, p. 173).

<sup>15</sup> El art. 105.2, letra l) LDOIA pone de manifiesto el carácter objetivo del desamparo: “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”. Se trata, por tanto, de una fórmula abierta.

El legislador catalán, en virtud de la competencia que ostenta Cataluña en materia de protección de menores en situación de riesgo y desamparo, ejemplifica mediante una lista abierta las situaciones que se consideran constitutivas de desamparo (art. 105.2 LDOIA).

Así, son supuestos de desamparo: el abandono (letra a); los maltratos físicos o psíquicos, los abusos sexuales, la explotación o situaciones de análoga naturaleza (letra b); el maltrato prenatal (letra c); el ejercicio inadecuado de las funciones de guarda que comporte un peligro grave para el menor (letra d); el trastorno, la alteración psíquica o la drogodependencia de los progenitores o titulares de la tutela o guarda que repercuta gravemente en el desarrollo del menor (letra e); el suministro al menor de drogas, estupefacientes o cualquier otra sustancia psicotrópica o tóxica (letra f); la inducción a la mendicidad, la delincuencia o la prostitución, o el ejercicio de estas actividades por parte de las personas encargadas de la guarda (letra g); la desatención física, psíquica o emocional grave y cronificada (letra h); la violencia machista o la existencia de circunstancias en el entorno sociofamiliar que perjudiquen gravemente el desarrollo del menor (letra i); la obstaculización por parte de los progenitores o titulares de la tutela o guarda de las actuaciones de investigación o comprobación, o su falta de colaboración, cuando este comportamiento ponga en peligro la seguridad del menor, así como la negativa de estos en participar en la ejecución de las medidas adoptadas en situaciones de riesgo si ello comporta la persistencia, la cronificación o el agravio de las mismas (letra j); las situaciones de riesgo que por su número, evolución, persistencia o agravio determinen la privación del menor de los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad (letra k) y cualquier otra situación de desatención o negligencia que atente contra la integridad física o psíquica del menor, o la existencia objetiva de otros factores que imposibiliten su desarrollo integral (letra l).

Observamos que, de forma semejante a las situaciones de riesgo, la situación de desamparo no se deriva necesariamente de una conducta imputable a los padres o guardadores del menor (por ejemplo, letra i o letra e).

### 3.2.2. Procedimiento

A diferencia de las situaciones de riesgo, la existencia de una situación de desamparo determina el inicio de un procedimiento formal que culmina con la declaración administrativa de tal situación ya que el hecho del desamparo, por sí solo, no configura la situación de desamparo, sino que para su verificación efectiva, es preciso que sea declarada por una resolución administrativa.

El procedimiento está regulado en los arts. 106 a 108 LDOIA. Esta Ley, en línea con la legislación precedente, mantiene el protagonismo de la DGAIA en la protección de menores, atribuyéndole funciones resolutorias, tanto en relación con la declaración de desamparo (art. 106 LDOIA), como respecto de la adopción de las medidas de protección –ya sean medidas cautelares (art. 110 LDOIA) o medidas posteriores a la declaración (art. 121 LDOIA)-. Sin embargo, la LDOIA lo presenta como un auténtico procedimiento administrativo, a la luz de los principios y disposiciones de la [Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común](#) (BOE núm. 285, de 27.11.1992).

En este sentido, se prevé que la incoación sea notificada a los progenitores o titulares de la tutela o de la guarda del menor y que se les informe de su derecho a comparecer en el procedimiento, aportar informes u otros elementos de prueba, o efectuar las alegaciones que consideren pertinentes (art. 106.2 LDOIA). Asimismo, se les da un papel relevante a los equipos técnicos competentes durante el procedimiento de desamparo en la medida en que se encargan de la elaboración de un informe preceptivo (art. 106.3 LDOIA)<sup>16</sup>. Tras la elaboración del informe propuesta, se ha de dar audiencia y vista del expediente a los progenitores o a los titulares de la tutela o guarda durante un periodo de diez días (art. 106.5 LDOIA), y transcurrido dicho periodo, se da por finalizado el procedimiento mediante una resolución motivada declarativa de la situación de desamparo o, caso contrario, ordenando el archivo del expediente. Para resolver el expediente, la Administración cuenta con un año desde su incoación. Si no lo hace, se entiende caducado el procedimiento, sin perjuicio de su nueva incoación (art. 106.6 LDOIA).

En cualquier caso, sigue queriéndose evitar la lentitud de los procesos judiciales y obtener una atención inmediata para el menor, pero mediante un sistema mucho más garantista. Ello no impide, evidentemente, que la resolución administrativa pueda ser impugnada judicialmente. Así, la LDOIA opta por un control judicial *a posteriori* de la intervención administrativa, sin perjuicio de la vigilancia que le incumbe al Ministerio Fiscal, a quien debe serle comunicada la declaración de desamparo, así como la adopción de medidas de protección por ministerio de la Ley (art. 108 LDOIA).

Representa una novedad la previsión de un procedimiento simplificado de declaración de desamparo (art. 107 LDOIA). En este sentido, el organismo competente puede dictar, sin más trámites, la resolución si los progenitores o los titulares de la tutela o la guarda manifiestan la conformidad con la declaración, una vez escuchado al menor.

La resolución, ya sea por el procedimiento ordinario o por el simplificado, deberá ser comunicada al Ministerio Fiscal en el plazo de dos días, así como a los progenitores o titulares de la tutela o guarda y al adolescente. Esta tiene eficacia inmediata, pero puede ser naturalmente objeto de control judicial. La oposición habrá de formularse en el plazo de tres meses a contar desde la notificación de la resolución que se impugna, sin necesidad de reclamación previa por vía administrativa (art. 113 LDOIA)<sup>17</sup>, ante la jurisdicción civil.

Aunque la intervención pública se manifieste a través de los pertinentes actos administrativos y la actividad de los servicios sociales pueda ser catalogada de pública, la vía jurisdiccional a la que, en su

---

<sup>16</sup> En el proceso de estudio y evaluación, deben escuchar al adolescente y, en su caso, al menor, y también a todas aquellas personas que ostenten la potestad parental, tutelar o de la guarda.

<sup>17</sup> En el caso en que quien impugne sea el adolescente, la impugnación requerirá que previamente la autoridad judicial haya nombrado un defensor judicial (art. 113.2 LDOIA).

caso, corresponde conocer de esa materia es la civil, siguiéndose las normas de jurisdicción voluntaria (art. 780 LEC)<sup>18</sup>.

### 3.2.3. Efectos de la declaración de desamparo

A partir de la declaración de desamparo, se producen unos determinados efectos o consecuencias en orden a paliar la falta de atención de que adolece el menor desamparado y a posibilitar su desarrollo integral<sup>19</sup>. Así, la declaración de desamparo comporta la asunción inmediata y automática de las funciones tutelares sobre el menor por parte de la Entidad pública<sup>20</sup>. Esta asunción implica, mientras dura, la suspensión de la potestad parental o de la tutela ordinaria y de los derechos que se derivan<sup>21</sup>, estando legitimada la Entidad pública para privar a los padres, siempre que esté justificado, de la potestad o para remover al tutor de su condición.

### 3.2.4. Medidas de protección

Declarado el desamparo, la Entidad pública autonómica adoptará las medidas de protección que considere más adecuadas al interés del menor. El art. 120 LDOIA contiene las medidas que pueden ser adoptadas. Se trata, una vez más, de una lista abierta, ya que la Entidad pública puede acordar “cualquier otra medida de tipo asistencial, educativo o terapéutico aconsejable, de acuerdo con las circunstancias del menor”. Sin embargo, la medida de protección por excelencia en casos de desamparo es el acogimiento.

La LDOIA prevé distintas modalidades de acogimiento: el *acogimiento familiar simple* por una persona o una familia que pueda suplir, temporalmente, el núcleo familiar del niño o el adolescente; el *acogimiento familiar permanente*; el *acogimiento familiar en unidad convivencial de acción educativa*; el *acogimiento en un*

---

<sup>18</sup> En este sentido, VILLA RUBIO (1990, p. 63) afirmó: “Así que no nos hemos de extrañar de que actualmente la materia que nos ocupa esté encuadrada por un doble marco jurídico: el Derecho público y el Derecho privado. En el público se regulan las obligaciones genéricas de la Administración para el amparo y también la prestación de los servicios sociales públicos, y en el privado se regulan las relaciones bilaterales nacidas entre la persona pública y la persona privada objeto de protección”.

<sup>19</sup> ESPIAU ESPIAU (1999, p. 82) distinguía, en sede de los efectos de la declaración de desamparo, entre los “que se originan *ex lege*, de forma automática y que son consustanciales a la misma declaración de desamparo, y los que precisan ser *adoptados* y establecidos específicamente en el mismo acto de declaración”.

<sup>20</sup> Esta asunción de las funciones tutelares dura hasta que no se constituye una tutela ordinaria –hecho que puede ocurrir en los casos en que haya personas en el entorno familiar del menor en condiciones de asumirla-, o bien hasta que el menor es adoptado, reintegrado con sus padres o tutores –que, implica, en consecuencia, dejar sin efecto la declaración de desamparo-, emancipado o adquiere la mayoría de edad (art. 109.1 LDOIA).

<sup>21</sup> La suspensión de la potestad parental no determina, sin embargo, la suspensión de las obligaciones de los padres para con sus hijos. Así, mantienen el deber de alimentarlos en un sentido amplio (art. 109.4 LDOIA) y la obligación de contribuir al pago de los servicios utilizados por los menores (art. 109.5 LDOIA).

*centro público o concertado y el acogimiento preadoptivo*<sup>22</sup>. A parte de los distintos tipos de acogimiento, la LDOIA menciona las *medidas de transición a la vida adulta* y a la autonomía personal.

Cualquier medida de protección implicará la separación del menor de su núcleo familiar y quedará sometida a un control por parte de la Entidad pública autonómica. Asimismo, podrá ser modificada y revisada en cualquier momento, en función de la evolución del menor<sup>23</sup>.

Estas medidas, a diferencia de las medidas que se toman para paliar las situaciones de riesgo, sí son impugnables judicialmente, sin necesidad de reclamación administrativa previa (art. 123.1 LDOIA), ante la jurisdicción civil y según lo que dispone el art. 780 LEC. La impugnación está sujeta a límites temporales. En este sentido, se dispondrá de dos meses a contar desde su notificación y no podrá impugnarse transcurrido un año desde la notificación de la resolución de desamparo o cuando este se haya confirmado judicialmente.

En sede de impugnación, la LDOIA prevé una excepción destacable. El art. 123.2 LDOIA prevé que la resolución que acuerda el acogimiento preadoptivo, por su transcendencia, puede impugnarse sin necesidad de tomar en consideración tales condicionamientos temporales. El acogimiento preadoptivo, a diferencia de las demás modalidades de acogimiento, implica, para la familia acogedora, la asunción plena de las funciones parentales (art. 235-34.4 CCCat), y sus deberes son equivalentes a los que tienen los padres, esto es, velar por el menor, hacerle compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. Por tanto, la familia acogedora, y no la Administración pública, es quien ejerce las funciones bajo supervisión de la Entidad pública, y esta puede facilitarles todo el asesoramiento que precisen.

La declaración de desamparo y la adopción de una medida de protección no impedirán la comunicación, la relación y las visitas del menor con sus familiares, salvo que el interés del menor aconseje su limitación o exclusión. No obstante, en el caso de que se haya optado por el acogimiento preadoptivo, las relaciones con la familia biológica deberán desaparecer. De acuerdo con el art. 235-34.3 CCCat y 147.3 LDOIA, estas quedan suspendidas con el objetivo de conseguir que el menor se integre mejor en la familia acogedora, siempre que ello convenga en interés del menor.

---

<sup>22</sup> Las medidas de acogimiento familiar, siempre que sea posible, tendrán preferencia respecto de aquellas que comporten el internamiento del menor en un centro público o concertado -hecho que refleja el principio de integración en familias antes que en una institución-. Asimismo, en el caso en que sea necesaria la aplicación de la medida de acogimiento en familia aliena o en centro, el menor o adolescente tiene derecho a ser acogido en aquel que esté más cercano a su domicilio, salvo que no le sea beneficioso.

<sup>23</sup> Observamos aquí un reflejo del principio de flexibilidad en la medida en que cabe la posibilidad de modificación de la medida acordada en función de las necesidades del menor.



### 3.3. Principales diferencias entre las situaciones de riesgo y desamparo

Son cuatro las cuestiones que, por el momento, distinguen las situaciones de riesgo de las situaciones de desamparo.

En primer lugar, las situaciones de riesgo no alcanzan la entidad, intensidad o persistencia suficiente como para aconsejar la separación del menor del núcleo familiar. En cambio, las situaciones de desamparo, al revestir una mayor gravedad, sí aconsejan tal separación. Por lo tanto, la consecuencia jurídica que se deriva es distinta, esto es, las medidas en orden a paliar el riesgo o el desamparo serán diferentes, habida cuenta de que la necesidad de protección de partida tiene distinto alcance.

La segunda diferencia la hallamos en materia competencial. Las situaciones de riesgo son competencia de las Entidades públicas locales y las situaciones de desamparo son competencia de la DGAIA.

La tercera diferencia estriba en la formalización de la situación de riesgo o desamparo. En este sentido, mientras que la situación de riesgo y la toma de medidas de protección quedan determinadas de forma consensuada y sin la necesidad previa de un procedimiento formal, la existencia de una situación de desamparo y la determinación de ciertas medidas sí que precisan de un procedimiento formal previo, y además, su verificación es efectiva únicamente tras una resolución administrativa.

Por último, otra diferencia derivada directamente de la anterior la hallamos en sede de impugnación. La declaración de una situación de riesgo, a diferencia de la declaración de una situación de desamparo, no puede ser impugnada por el mero hecho de que se trata de un acuerdo entre los progenitores o titulares de la tutela o de la guarda y la Administración.

### 4. Problemas jurídicos derivados de las situaciones de desamparo

Declarar un menor en desamparo es una decisión administrativa que, en algunas ocasiones, se toma de forma improcedente, y en otras, se toma de forma procedente pero sin considerar la posibilidad de mejora de las circunstancias que fundamentaron tal declaración. Tanto es así que la LDOIA prevé la posibilidad de solicitar la revisión de la declaración de desamparo si, en el curso de un año, cambian dichas circunstancias. Sin embargo, el elevado número de recursos presentados que contribuyen a la lentitud de los tribunales y el paso inexorable del tiempo reducen la posibilidad de revisión de la declaración de desamparo, y en consiguiente, de recuperación del menor<sup>24</sup>. Y ello da lugar a que los poderes públicos respondan civilmente por su actuación.

---

<sup>24</sup> En esta línea se pronuncia BENAVENTE MOREDA (2009, pp. 50-51) al considerar que el regreso a la familia de origen es un mero desiderátum o una mera declaración de intenciones que en rarísimas ocasiones llega a producirse.

#### 4.1. Cambio de circunstancias y revisión de la declaración de desamparo

La declaración de desamparo puede dejarse sin efecto, a instancia de los padres, tutores o guardadores, si cambian las circunstancias que la fundamentaron.

Con el objetivo de evitar oposiciones injustificadas y situaciones de incertidumbre, el legislador establece límites a la facultad de solicitar la revisión de la declaración. En este sentido, cabe apuntar la distinción, por lo que al plazo durante el que puede solicitarse la revisión de la declaración de desamparo se refiere, entre la normativa estatal y la normativa autonómica. El art. 172.7 CC dispone, tras la reforma del mismo en el año 2007 por la [Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional](#) (BOE núm. 312, de 29.12.2007), que dicho plazo se amplíe hasta dos años, mientras que la LDOIA (art. 115 LDOIA) contempla que el plazo sea de un año, a contar desde la notificación de la resolución administrativa de desamparo en ambos casos<sup>25</sup>. Pasado el plazo, los padres, tutores o guardadores no podrán oponerse a la declaración formal de desamparo ni a las medidas de protección del menor que, en consecuencia, sean adoptadas<sup>26</sup>. No obstante, podríamos plantearnos si en aras del interés superior del menor, los jueces podrían determinar el retorno del mismo con su familia biológica con independencia del plazo transcurrido. Ello traería a colación el controvertido tema de la desjudicialización de los tribunales o la tendencia moderna, a nivel de derecho comparado, hacia la humanización de la administración de justicia.

La LDOIA no especifica qué condiciones deben darse para dejar sin efecto la declaración de desamparo y permitir el retorno del menor con su familia de origen, más allá de la justificación de un “cambio sustancial en las circunstancias que motivaron la declaración”.

La necesidad de valorar el cambio de circunstancias no es una cuestión reciente, sino que fue reconocida por el TC en sentencia de 25.11.2002 (RTC 2001\221; MP: *María Emilia Casas Baamonde*)<sup>27</sup>. Sin embargo, fue el TS, en sentencia de 31.7.2009 (JUR 2009\4581; MP: *Juan Antonio Xiol Ríos*), quien recogió la actual doctrina legal del cambio de circunstancias. El TS declaró que para acordar el retorno de los menores desamparados con su familia biológica “(...) no basta con

---

<sup>25</sup> FARNOS AMOROS (2011, p. 739) apunta que dicha previsión “parte de la consideración de que un año es un plazo suficiente para que una eventual mejora en la situación de los progenitores pueda recomendar la revisión de la medida protectora, y obedece a la necesidad de dotar de estabilidad la situación del menor acogido”.

<sup>26</sup> La facultad de solicitar la revisión de la declaración formal de desamparo y de las medidas que, en consecuencia, se hayan adoptado también decae una vez se constituya el acogimiento preadoptivo.

<sup>27</sup> El caso tenía origen en una declaración de desamparo de una menor respecto de su familia adoptiva. El TC consideró que, al anular la declaración de desamparo y ordenar el inicio del proceso de reinserción de la menor con su familia adoptiva, la AP había ignorado totalmente la existencia de un peligro actual fundando su decisión en que ese peligro no existió en el pasado, sin ni siquiera entrar a valorar si en el momento del pronunciamiento la menor se hallaba en situación de riesgo psíquico. Según el TC, tal forma de razonar vulneraba, además, el art. 24.1 CE (FJ 4º). Así lo expone FARNÓS AMORÓS (2011, p. 739).

una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si se obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar comporta riesgos relevantes de tipo psíquico". En consecuencia, esta doctrina jurisprudencial advierte que la apreciación de una ligera mejora respecto de la situación que motivó el desamparo no implica *per se* el retorno del menor con la familia biológica, sino que habrá que tener en cuenta otros aspectos.

Esta sentencia del TS puso fin a diferentes interpretaciones que sobre este extremo venían manteniendo las Audiencias Provinciales. En síntesis, algunas de ellas venían estimando como prioridad el retorno del menor a su familia biológica y consideraban que para decidir sobre la legalidad de la medida de protección adoptada se debían tener en cuenta las circunstancias concurrentes en el momento en que se enjuiciaba el caso y no las que existían en la fecha de la adopción de la medida.

Algunas de las sentencias emanadas de las Audiencias Provinciales reconocían, por tanto, una relevancia preponderante a la evolución positiva de los padres posterior a la declaración de desamparo, tanto para el mantenimiento de la medida como para su cese. Pueden destacarse la SAP Toledo, Secc. 1ª, de 21.11.2006 (AC 2006\2255; MP: *Emilio Buceta Miller*), en que se valoraba positivamente que la madre biológica hubiera rehecho su vida con otro hombre y hubiese tenido otra hija con este para determinar el retorno de la menor con la familia biológica; la SAP Castellón, Secc. 2ª, de 25.11.2008 (JUR 2009\132853; MP: *Pedro Javier Altares Medina*), en que se tenía en cuenta la mejora de ambos progenitores con el paso del tiempo y de las condiciones de higiene y habitabilidad de la vivienda para determinar el retorno de los menores, y la SAP Sevilla, Secc. 2ª, de 31.10.2006 (JUR 2007\182888; MP: *Rafael Márquez Romero*), que, a diferencia de las dos sentencias anteriores, aconsejaba el mantenimiento de la medida habida cuenta de que seguían presentándose los síntomas de abandono y falta de atención de los niños, así como claros indicadores de maltrato por parte del padre hacia su esposa e hijos.

En otras sentencias, de forma contraria, se venía valorando el interés del menor por encima de la posibilidad de reinserción en su familia biológica y se consideraba que las circunstancias que debían tenerse en cuenta eran fundamentalmente las que habían motivado la medida de protección con independencia de las posteriores variaciones acaecidas. Por tanto, no les bastaba la evolución positiva de los padres biológicos, ni el deseo de desempeñar el rol paterno y materno, entre otros aspectos, sino que el cómo el menor se encontraba en la familia de acogida era muy relevante. Esta era la posición de la STS de 31.7.2009.

Este conjunto de sentencias de las audiencias, caracterizado por ser mayoritario, tuvo una influencia evidente en la doctrina jurisprudencial del cambio de circunstancias. Algunos ejemplos jurisprudenciales son la SAP Sevilla, Secc. 6ª, de 12.6.2000 (JUR 2000\283139; MP: *Marcos Antonio Blanco Leira*), en que la

voluntad del hijo mayor de volver con su madre fue suficiente para que el retorno con la familia biológica se hiciese efectivo, una vez constatado que el regreso no iba a causar perturbación alguna en los menores; la SAP Alicante, Secc. 6ª, de 21.2.2007 (JUR 2007\265449; MP: *José María Rives Seva*), en que se mantuvo la medida de acogimiento familiar preadoptivo en la medida en que los menores se encontraban completamente adaptados a su nuevo entorno familiar y social, y la SAP Barcelona, Secc. 18ª, de 25.1.2007 (JUR 2007\192659; MP: *Enrique Anglada Fors*), en que, una vez más, la convivencia prolongada con los acogedores había solidificado una situación sentimental y afectiva de los menores con estos de tal forma que se desaconsejaba el retorno con su familia de origen.

La STS de 31.7.2009 (JUR 2009\4581; MP: *Juan Antonio Xiol Ríos*) fue, sin duda, significativa, pero no suficiente para dar por terminado el debate familia biológica *versus* familia social. El primer colectivo consideraba que en materia de protección de menores, la Administración debía otorgar preferencia al retorno del menor con la familia biológica, y el segundo entendía que la Administración debía facilitar la integración del menor en otras familias.

Una visión crítica del debate familia biológica *versus* familia social es la que hace CARRASCO PERERA<sup>28</sup> al afirmar que casos como el que se enjuicia en la sentencia de 31.7.2009 han oficializado un “sistema de devotos de la reinserción de menores en capas sociales más favorecidas que los padres de los que nacieron”. Así pues, se posiciona con el colectivo pro familia biológica y critica la excesiva tutela de la Administración, que se manifiesta en el sentido de que se está tratando de alejar al menor de su núcleo de origen cuando se considera que su pertenencia a sectores sociales desfavorecidos le impide llevar una vida digna, máxime cuando algunas sentencias de las audiencias provinciales, ya revocadas con la sentencia de 31.7.2009, habían venido declarando que “(...) ni la pobreza ni la incultura ni la poca inteligencia...son en sí mismas causas que impliquen desatención y desamparo de la prole”<sup>29</sup>.

#### 4.2. Responsabilidad patrimonial de la Administración

Un cambio sustancial en las circunstancias que fundamentaron la declaración de desamparo puede aconsejar, como hemos analizado, la vuelta del menor con su familia de origen. Sin embargo, como consecuencia de la no ejecución por parte de la Administración pública de una sentencia que ordene la reinserción del menor en la familia de origen y de haberse prolongado excesivamente la situación de separación, puede considerarse que es mejor para los menores permanecer en la familia de acogida que volver a la de origen, produciéndose así una imposibilidad de recuperar afectiva y materialmente a los hijos, y por lo tanto, un daño.

A estos efectos, pueden ser destacadas la sentencia del TSJ de Cataluña, de 30.4.2010 (RJ 2010\299140; MP: *María Abelleira Rodríguez*), que condena a la Administración pública al pago de 980.000 euros por los daños derivados del imposible retorno de un menor con su familia biológica<sup>30</sup> o el caso *Saleck Bardi c.*

<sup>28</sup> CARRASCO PERERA (2010) “Padres sin hijos y ciudadanos que lo pagan”, 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).

<sup>29</sup> Para una crítica general a esta tendencia administrativa, ver VALLÉS AMORES (2007, pp. 1258-1260).

<sup>30</sup> Comentada por FARNÓS AMORÓS (2011) y criticada por GARCÍA AMADO (2010), “La sentencia de la semana. Interés del menor y mayores interesados”, disponible en <http://garciamado.blogspot.com/2010/10/la-sentencia-de-la-semana-interes-del.html> (última visita, 23.10.2011).

*España*, resuelto por la Secc. 3ª del TEDH, el pasado 24.5.2011 (RJ 2011\174772), en el que el TEDH condenó al Estado español al pago de 30.000 euros en concepto de daño moral causado a la madre por el imposible retorno con ella de su hija biológica, al constatar la existencia de una falta de diligencia en el procedimiento tramitado por las autoridades españolas competentes y la definitiva adaptación de la menor en su familia de acogida y en su vida cotidiana en Murcia.

Al analizar estos casos en que se discute acerca de la reintegración del menor a la familia de origen no debe perderse de vista que el tiempo juega un papel determinante, puesto que garantiza la mayor estabilidad del menor en la nueva familia, a la vez que lo aleja de su familia biológica, a la que pertenece originariamente. El tiempo, por lo tanto, va en contra de los progenitores biológicos<sup>31</sup> y llega a convertir en definitiva una situación de hecho.

Así pues, parece que difícilmente tendrá lugar la reinserción de los menores en sus familias biológicas, ya que junto al factor tiempo la estabilidad de los menores en su nuevo hogar de acogida está garantizada. En consecuencia, cada vez serán más las demandas interpuestas por las familias biológicas pidiendo el resarcimiento, si cabe, del daño causado por el imposible retorno del menor.

La dificultad para valorar el daño moral en los supuestos de pérdida de relaciones familiares es inherente a este tipo de daños, pues en palabras de GOMEZ POMAR (2000, pp. 1-2), "todo daño moral implica una reducción del nivel de utilidad que ni el dinero, ni bienes intercambiables por este, pueden llegar a compensar". Sin embargo, los tribunales del orden contencioso-administrativo y civil se han esforzado en lograr cierta uniformidad en las cuantías, con cierta tendencia hacia el tanto alzado<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Así lo afirma CARRASCO (2006, p. 233): "No sólo tienen en contra suya la indigencia propia y la hipocresía ajena, sino la peor de las armas, que es el tiempo"; BALLESTEROS DE LOS RÍOS (2010, p. 1446): "Una vez más el paso del tiempo provoca que lo mejor para los intereses de los menores sea que estos permanezcan con la familia que los ha acogido" o FARNÓS AMORÓS (2011, p. 735), quien en la misma línea añade que "(...) queda determinada la imposible reinserción de un menor con la familia biológica, cuando puede que en interés del menor, sea lo recomendable".

Otro ejemplo en que el tiempo juega en contra de los progenitores se observa en el art. 10 del [Reglamento núm. 2201/2003, del Consejo, de 27.11.2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental](#). Este artículo prevé que la residencia de un menor durante un periodo mínimo de un año en otro estado miembro sin que haya sido presentada ninguna demanda de restitución por parte de los progenitores puede conllevar que los órganos competentes sean los de este otro estado miembro. Por lo tanto, en otro ámbito, también se está considerando que un año es un plazo suficiente para que un menor se adapte a un nuevo entorno familiar.

<sup>32</sup> Para un análisis más detallado acerca de la indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en los órdenes civil y contencioso-administrativo, ver MARÍN GARCÍA y LÓPEZ RODRÍGUEZ (2010).

## 5. Conclusiones

Con la aprobación de la LDOIA, el legislador catalán ha logrado dotar de una mayor claridad y unidad al ordenamiento jurídico catalán, a la vez que facilitar qué derecho es el aplicable en aquellas situaciones en que los menores se encuentran en una situación de riesgo o en una situación de desamparo.

De acuerdo con las disposiciones del título quinto de la LDOIA, el riesgo y el desamparo son situaciones distintas que difieren, básicamente, en cuanto a entidad, efectos, competencia, procedimiento de formalización y posibilidad de impugnación. Sin embargo, ambas situaciones justifican por primera vez en Cataluña la intervención de la Administración pública con el objetivo primordial de paliar la situación de desprotección en que pueda hallarse el menor.

La aceptación del riesgo como supuesto de hecho habilitante de la intervención de los poderes públicos es ciertamente positiva, habida cuenta de que se logra proteger al menor sin necesidad de separarlo de su núcleo familiar. No obstante, la situación de riesgo únicamente queda determinada tras un acuerdo entre los progenitores o titulares de la tutela o guarda y la Administración, y ello requiere un notable esfuerzo por ambas partes no siempre alcanzable.

Las situaciones de desamparo, por el contrario, revisten más entidad o gravedad y sí conllevan la separación del menor de la familia de origen. Existen casos en que la separación del menor de su familia biológica puede ser aconsejable en interés del mismo, pero en otras ocasiones, la tutela de la Administración puede devenir excesiva en aras de posibilitar al menor una vida más digna. Además, parece que la posibilidad de revisar en el curso de un año una declaración de desamparo improcedente o una declaración procedente que desconsidera la mejora de las circunstancias que la fundamentaron está viéndose progresivamente reducida, ya sea por la lentitud que caracteriza a los tribunales o por el controvertido papel del factor tiempo en estos supuestos. Ambos juegan ciertamente en contra de los progenitores que en un determinado momento vieron suspendida la potestad parental de sus hijos, y que en consecuencia, no pueden recuperar afectiva y materialmente a los hijos. La única opción que les queda es acudir a los tribunales y pedir que la Administración responda por los daños morales generados como consecuencia del imposible retorno del menor a la familia de origen, cuestión que ya de por sí es compleja.

## 6. Tabla de jurisprudencia

<i>Resolución y fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado ponente</i>
STEDH, Secc. 3ª, de 24.5.2011, caso <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	Juan Antonio Xiol Ríos

	2009\4581	
STSJ de Cataluña, 3ª, de 30.4.2010	JUR 2010\299140	María Abelleira Rodríguez
STSJ de Cataluña, 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 Alicante, Secc. 6ª, de 21.2.2007	JUR 2007\265449	José María Rives Seva
SAP Castellón, Secc. 2ª, de 25.11.2008	JUR 2009\132853	Pedro Javier Altares Medina

## 7. Bibliografía

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, septiembre/diciembre 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 de 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", en Santiago ESPIAU ESPIAU y 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", en 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, mayo/agosto 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](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](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](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](http://www.indret.com/pdf/741_es.pdf)).

Isaac RAVETLLAT BALLESTE (2011), "Marco internacional e interno del Derecho de la infancia y la adolescencia", en 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 y 3, pp. 57 y ss. y 137 y ss.

María Luisa VALLES AMORES (2007), “La Administración en el ejercicio de su función de protección a los menores: su posible responsabilidad”, en 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”, en Santiago ESPIAU ESPIAU y Antoni VAQUER ALOY (Eds.), *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Marcial Pons, Barcelona, pp. 51-71.