



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

FACULTAT DE DRET



DICTAMEN JURÍDICO

ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

Nombre: Paula Sánchez Richarte
Tutora: Almudena González García
Máster de Abogacía
Universidad de Barcelona – Facultad de Derecho
Curso 2019-2020

ÍNDIX

1.	Introducción.....	1
1.1.	Antecedentes	1
1.2.	Documentación examinada.....	1
1.3.	Salvedades	1
1.4.	Cuestiones que nos plantean	1
1.4.1.	Cuestiones de naturaleza sustantiva	1
1.4.2.	Cuestiones de naturaleza procesal	2
2.	Análisis jurídico.....	2
2.1.	Fuentes aplicables al caso	2
2.1.1.	Normativa aplicable.....	2
2.1.1.1.	Marco normativo internacional	2
2.1.1.2.	Marco normativo nacional	3
2.1.1.3.	Marco normativo autonómico de Catalunya	4
2.1.1.4.	Normas no jurídicas	4
2.1.2.	Jurisprudencia aplicable	5
2.1.2.1.	Tribunal Europeo de Derechos Humanos	5
2.1.2.2.	Tribunal Constitucional.....	5
2.1.2.3.	Tribunal Superior de Justicia de Catalunya.....	5
2.2.	Análisis del caso	5
2.2.1.	El sistema de protección a la infancia y la adolescencia	5
2.2.2.	Legitimación para poner en conocimiento de los servicios sociales una situación de desprotección de un menor de edad	8
2.2.3.	Naturaleza de la actuación de la Administración para la protección de la infancia y la adolescencia.....	10
2.2.4.	Riesgo y desamparo: definiciones, implicaciones, diferencias y órganos competentes	17
2.2.4.1.	Situaciones de riesgo	19
2.2.4.2.	Situaciones de desamparo	21
2.2.5.	Regulación de los matrimonios forzados	26
2.2.6.	Tipos de riesgo y desamparo y situaciones que incluyen.....	29
2.2.7.	Posible negativa de los padres a la acción protectora.....	30

2.2.8. Capacidad jurídica y capacidad de obrar: diferencias en los menores en el ámbito civil	33
2.2.9. Derecho del menor a ser escuchado	35
3. Conclusiones.....	37
4. Emisión del dictamen	39
Bibliografía.....	42
Libros.....	42
Revistas.....	42
Conferencias	43
Anexos.....	I
Anexo 1 - Esquema del Protocolo de Actuación entre los Departamentos de Bienestar Social y Familia y de Educación, de Detección y Notificación, Derivación y Coordinación de las Situaciones de Maltrato Infantil y Adolescente en el ámbito educativo.....	I

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Antecedentes

Nos encontramos ante un núcleo familiar formado por una madre, un padre y una hija de 12 años.

A los servicios sociales del municipio en el que reside la menor, se les pone en conocimiento, de que dicha menor ha manifestado en el colegio, a su profesor, que su padre la quiere casar cuando marchen este agosto de vacaciones a su país de origen.

En consecuencia, citados servicios sociales inician el seguimiento de la familia, por considerar que la menor se podría encontrar en una posible situación de riesgo o desamparo; pero los padres se niegan a que se le realice ningún tipo de seguimiento, ni suyo, ni de la niña, por lo que no acuden a las entrevistas a las que les convocan los técnicos de servicios sociales.

La menor, cansada de vivir en esta situación, y no conforme con la decisión que han adoptado sus padres, comparece acompañada de su tía (no de sus padres) en las dependencias municipales, y pide hablar con los técnicos de servicios sociales, para ejercer su derecho a ser escuchada.

En este caso es la Administración Pública, concretamente, los servicios sociales del municipio en el que reside la menor, es la que nos consulta sobre si debe, o no, llevar a cabo alguna actuación; y, asimismo, de qué naturaleza.

1.2. Documentación examinada

No se me ha proporcionado ningún tipo de documentación.

1.3. Salvedades

Se me ha planteado una cierta falta de información respecto al caso concreto de la menor de edad, tal como en qué época del año se plantea el caso, cuál es la situación en casa de la menor, si existe algún apoyo dentro del núcleo familiar y si la tía que la acompaña a los servicios sociales puede ser un ambiente estructurado para el desarrollo de la menor.

1.4. Cuestiones que nos plantean

1.4.1. Cuestiones de naturaleza sustantiva

1. ¿Quién puede poner en conocimiento de los servicios sociales municipales la posible situación de desprotección en la que se puede encontrar una menor de edad? ¿Dónde se encuentra recogido? ¿El profesor del colegio con el que ha hablado la niña tiene, o no, la obligación legal de comunicar dicha situación de desprotección a servicios sociales? ¿Dónde está regulado?

2. ¿Qué naturaleza tienen la actuación de la Administración para la protección de la infancia y adolescencia? ¿En qué consiste?

3. ¿Que implica el riesgo? ¿Y el desamparo? ¿Cuál es la diferencia principal entre una figura jurídica y la otra? ¿Dónde se regulan cada una de las figuras, y que Administración es competente para cada una de ellas?

4. ¿Consideras que se trata de un riesgo leve, moderado grave? ¿O, consideras que se trata de una situación de desamparo? ¿Por qué?

5. ¿Dónde se encuentran regulados los matrimonios forzados? ¿se pueden considerar, o no, una forma de maltrato? En caso afirmativo, por qué y dónde está regulado.

6. ¿Los padres se pueden negar a que el menor sea atendido por el equipo de técnicos de los servicios sociales? ¿Esta negación va en contra, o no, del interés superior del menor? ¿Dónde se regula el interés superior del menor? ¿Qué implica? ¿Cómo se aplica?

1.4.2. Cuestiones de naturaleza procesal

7. Explica las diferencias entre la capacidad jurídica y capacidad de obrar de los menores en el ámbito civil.

8. ¿Dónde se regula, qué contenido supone, y como se aplica el derecho del menor a ser escuchado?

2. ANÁLISIS JURÍDICO

2.1. Fuentes aplicables al caso

2.1.1. Normativa aplicable

2.1.1.1. Marco normativo internacional

- Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, adoptado por la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York el día 10 de diciembre de 1962. *Boletín Oficial del Estado*, de 29 de mayo de 1969, núm. 128, p. 8326 a 8326.
- Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. *Boletín Oficial del Estado*, de 31 de diciembre de 1990, núm. 313, páginas 38897 a 38904.
- Organización de las Naciones Unidas. Observación general núm. 12 (2009) del Comité UN de los Derechos del Niño: derecho del menor a ser oído y escuchado.
- Organización de las Naciones Unidas. Observación general N° 14 (2013) del Comité UN de los Derechos del Niño: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.
- Convención de la Haya. Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en

materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños. *Boletín Oficial del Estado*, de 2 de diciembre de 2010, núm. 291, p. 99837 a 99868.

- Consejo de Europa. Convenio Europeo para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. *Boletín Oficial del Estado*, de 6 de mayo de 1999, núm. 108, p. 16808 a 16816.
- Consejo de Europa. Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996. *Boletín Oficial del Estado*, de 21 de febrero de 2015, núm. 45, p. 14174 a 14189.
- Consejo de Europa. Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. *Boletín Oficial del Estado*, de 6 de junio de 2014, núm. 137, p. 42946 a 42976.
- Unión Europea. Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. *Boletín Oficial del Estado*, de 17 de diciembre de 2011, núm. 335, p. 1 a 14.

2.1.1.2. Marco normativo nacional

- España. Constitución española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1987, núm. 311, p. 29313 a 29424.
- España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, de 24 de noviembre de 1995, núm. 281, p. 33987 a 34058 (CP).
- España. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, de 17 de enero de 1996, núm. 15, p.1225 a 1238 (LOPJM).
- España. Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. *Boletín Oficial del Estado*, de 13 de enero de 1982, núm. 11, p. 708 a 714
- España. Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. *Boletín Oficial del Estado*, de 14 de julio de 1998, núm. 167, p. 23516 a 23551 (LRJCA).
- España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, de 8 de enero de 2000, núm. 7, p. 575 a 728 (LEC).
- España. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. *Boletín Oficial del Estado*, de 3 de julio de 2015, núm. 158, p. 54068 a 54201 (LJV).
- España. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. *Boletín Oficial del Estado*, de 2 de octubre de 2015, núm. 236, p. 89343 a 89410 (LPAC).

- España. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público donde se establece que las Administraciones Públicas. *Boletín Oficial del Estado*, de 2 de octubre de 2015, núm. 236, p. 89411 a 89530 (LRJSP).
- España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *Boletín Oficial del Estado*, de 25 de julio de 1889, núm. 206, p. 249 a 259 (CCEsp).

2.1.1.3. Marco normativo autonómico de Catalunya

- Cataluña. Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. *Boletín Oficial del Estado*, de 20 de julio de 2006, núm. 172, p. 27269 a 27310.
- Cataluña. Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales. *Boletín Oficial del Estado*, de 6 de noviembre de 2007, núm. 266, p. 45490 a 45519.
- Cataluña. Ley 5/2008, de 24 de abril, de los derechos de las mujeres a erradicar la violencia machista. *Boletín Oficial del Estado*, de 30 de mayo de 2008, núm. 131, p. 25174 a 25194.
- Cataluña. Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia. *Boletín Oficial del Estado*, de 28 de junio de 2010, núm. 156, p. 56372 a 56433 (LDOIA).
- Cataluña. Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. *Boletín Oficial del Estado*, de 21 de agosto de 2010, núm. 203, p. 73429 a 73525 (Libro Segundo CCCat).
- Cataluña. Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña. *Boletín Oficial del Estado*, de 21 de agosto de 2010, núm. 203, p. 73526 a 73569 (LRJPAPC).
- Cataluña. ORDEN BSF/331/2013, de 18 de diciembre, por la que se aprueban las listas de indicadores y factores de protección de los niños y adolescentes. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, de 30 de diciembre de 2013, núm. 6530.

2.1.1.4. Normas no jurídicas

- Cataluña. Protocol Marc per a una intervenció coordinada contra la violència masclista (30 d'abril de 2009).
- Girona. Protocolo para el abordaje de los Matrimonios Forzados de Girona (2016).
- Cataluña. ACORD GOV/79/2016, de 14 de juny, pel qual s'aprova el Protocol d'actuació, entre els departaments de Treball, Afers Socials i Famílies i d'Ensenyament, de prevenció, detecció, notificació, derivació i coordinació de les situacions de maltractament infantil i adolescent en l'àmbit educatiu.
- Cataluña. Protocolo marco de actuaciones contra el maltrato a niños y adolescentes de Cataluña (2017).

2.1.2. Jurisprudencia aplicable

2.1.2.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 10465/83, de 24 de marzo de 1988, Caso Olsson contra Suecia.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 28945/95, de 10 de mayo de 2001, Caso T. P. y K. M. contra Reino Unido.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 35731/97, de 17 de diciembre de 2002, Caso Venema contra los Países Bajos.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 39388/05, de 6 de diciembre de 2007, Caso Maumousseau and Washington contra Francia.

2.1.2.2. Tribunal Constitucional

- Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo (Recurso de Amparo 4233-1996).
- Sentencia del Tribunal Constitucional 64/2019, de 9 de mayo (Cuestión de inconstitucionalidad núm. 3442-2018).

2.1.2.3. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

- Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 132/2018, de 8 de octubre de 2018 (Recurso núm. 49/2018).

2.2. Análisis del caso

2.2.1. El sistema de protección a la infancia y la adolescencia

Los derechos de los menores fueron inicialmente reconocidos en la Constitución española, que en su artículo 39 establece «el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos (apartado 3); la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección de la familia y, en particular, la protección integral de los hijos (apartados 1 y 2); y reconoce a los menores la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (apartado 4)»¹. Asimismo, el propio apartado 4 da rango constitucional a los derechos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990. También son de aplicación y forman parte de los pilares de la protección del menor, a parte de la Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño, la Carta Europea de los Derechos del Niño y el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley

¹ Ángeles DE PALMA DEL TESO, Las competencias de la Generalitat de Cataluña en materia de protección pública de menores, p. 414.

Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños.

El ordenamiento reconoce, de esta forma, a los menores de edad una serie de derechos, derivados de su mera condición de personas, en general, así como de su necesidad de especial protección, en particular, de los que nos interesa destacar el derecho de los menores en situación de riesgo, desamparo o dificultad social a recibir asistencia y protección de las Administraciones públicas competentes.

La Constitución establece un sistema mixto de protección de los menores, dado que se basa en la colaboración entre lo público y lo privado. En su artículo 39 impone a los poderes públicos «la protección social, económica y jurídica de la familia» así como «la protección integral de los hijos». No obstante, este mismo artículo establece que son los padres los que «deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda». Este sistema se considera mixto porque participan tanto los progenitores como los poderes públicos, prestando los primeros una función asistencial en el seno de la familia, siendo los responsables de la guarda, crianza y formación del menor; y asegurando los segundos la protección íntegra de los menores mediante la elaboración de políticas públicas con ese objetivo². Por tanto, en un primer lugar, la defensa de los derechos deberá hacerse de forma privada, por la familia y, solo en caso de falta o deficiente cumplimiento por parte de ésta, corresponde a las administraciones públicas las funciones de protección del menor³.

Las vías legales a través de las que la Administración pública colabora con la familia, es decir, la correspondiente a las situaciones de riesgo y dificultad social, han podido ser reguladas por los diferentes legisladores autonómicos porque recaen bajo el amparo del título competencial de asistencia social, servicios sociales o protección y tutela de menores y, el artículo 148.1.20 de la Constitución establece que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de asistencia social. No obstante, las figuras de la tutela y la guarda administrativa son instrumentos legales aplicables a los casos de desamparo y solo se pueden desarrollar bajo el amparo del título competencial de legislación civil. Por tanto, solo pueden legislar sobre ello las Comunidades Autónomas que tienen competencia en esta materia, como es Cataluña⁴.

Basándose en este precepto, la Comunidad Autónoma de Cataluña ha establecido en el artículo 166.3 de su Estatuto de Autonomía que «3. Corresponde a la Generalitat, en materia de menores: a) La competencia exclusiva en materia de protección de menores, que incluye, en todo caso, la regulación del régimen de la protección y de las instituciones públicas de protección y tutela de los menores desamparados, en situación de riesgo y de los menores

² Ángeles DE PALMA DEL TESO, Administraciones públicas y protección de la infancia, p. 37 a 43.

³ Ángeles DE PALMA DEL TESO, Administraciones públicas y protección de la infancia, p. 99 a 108.

⁴ Ángeles DE PALMA DEL TESO, Administraciones públicas y protección de la infancia, p. 135 a 141.

infractores, respetando en este último caso la legislación penal»⁵, y en el apartado 4 del mismo artículo ha atribuido a la Generalitat «la competencia exclusiva en materia de promoción de las familias y de la infancia, que en todo caso incluye las medidas de protección social y su ejecución». Asimismo, en su artículo 16, ha contemplado el derecho de toda persona a recibir prestaciones sociales y ayudas públicas para atender a las cargas familiares y en el 17 reconoce el derecho de los menores de «recibir la atención integral necesaria para el desarrollo de su personalidad y su bienestar en el contexto familiar y social». También, establece en su artículo 40.3 que «los poderes públicos deben garantizar la protección de los niños, especialmente contra toda forma de explotación, abandono, malos tratos o crueldad y de la pobreza y sus efectos».

Esta competencia ha sido desarrollada a través de diferentes normativas, siendo especialmente importantes la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia (en adelante, LDOIA) juntamente con el Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de menores desamparados y de la adopción, así como la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales y la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña (en adelante, CCCat), relativo a la persona y la familia. Asimismo, para articular esta asistencia, el ordenamiento jurídico ha creado una serie de instituciones jurídicas, tanto privadas (patria potestad y tutela) como administrativas (tutela administrativa de los menores desamparados, guarda administrativa y medidas de protección que pueden adoptar las Administraciones en ejercicio de estas) ⁶.

No obstante, es necesario tener en cuenta que existe una regulación española, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM), que en su disposición final vigesimoprimera establece su supletoriedad, en la mayoría de sus preceptos, a la regulación de las Comunidades Autónomas. Concretamente establece, en su apartado 1, que

«El artículo 5, en sus apartados 3 y 4; el artículo 7 en su apartado 1; el artículo 8, en su apartado 2 letra c); el artículo 10, en sus apartados 1 y 2 letras a), b) y d); los artículos 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18 en su apartado 2, 21 en sus apartados 1, 2 y 3, y el artículo 22, son legislación supletoria de la que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de asistencia social».

Asimismo, establece en su apartado 3 que

«Los restantes preceptos no orgánicos de la Ley, así como las revisiones al Código Civil contenidas en la misma, se dictan al amparo del artículo 149.1.8.^a de la Constitución y se aplicarán sin perjuicio de la normativa que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho Civil, Foral o Especial».

Finalmente, con relación a los entes locales, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local permite en su artículo 27.3.c) que las Comunidades Autónomas deleguen a las entidades locales la «Prestación de los servicios sociales, promoción de la

⁵ María Isabel ÁLVAREZ VÉLEZ, Distribución competencial entre estado y comunidades autónomas en materia de protección. En: MARTÍNEZ GARCÍA, Clara (Coordinadora). *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, p. 139 a 156.

⁶ Ángeles DE PALMA DEL TESO, Las competencias de la Generalitat de Cataluña en materia de protección pública de menores, p. 415 a 416.

igualdad de oportunidades y la prevención de la violencia contra la mujer». En el caso de Cataluña, la LDOIA establece, en su artículo 98, que la competencia en materia de desamparo la debe ejercer la Generalitat de Cataluña, concretamente la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia (en adelante, DGAIA), uno de sus organismos; mientras que, de acuerdo con su artículo 99, la administración local «debe intervenir si detecta una situación de riesgo de un niño o adolescente que se encuentra en su territorio; debe adoptar las medidas adecuadas para actuar contra esta situación».

2.2.2. Legitimación para poner en conocimiento de los servicios sociales una situación de desprotección de un menor de edad

Los servicios básicos o de atención primaria, de los que hablaremos en más profundidad en el siguiente apartado de este dictamen, son el primer nivel del sistema público de servicios sociales y la garantía de más proximidad a los usuarios y a los ámbitos familiar y social y, por tanto, la puerta de acceso a ellos. Es por esta razón por la que el artículo 17 de la LDOIA les otorga la función de «Detectar las situaciones de necesidad personal, familiar y comunitaria en su ámbito territorial».

El artículo 100 de esta misma ley establece quien tiene el deber de comunicar, intervenir y denunciar cuando tenga conocimiento de situaciones de desprotección de menores, imponiendo diferentes niveles de obligación a diferentes categorías de ciudadanos. En primer lugar, los ciudadanos, a nivel general, que tengan conocimiento de una situación de desprotección, tienen el deber de comunicarlo, lo antes posible, a los servicios sociales básicos, especializados o del departamento competente, para que tengan conocimiento de ello. En segundo lugar, los profesionales, «especialmente los profesionales de la salud, de los servicios sociales y de la educación», deben intervenir de forma obligatoria «de acuerdo con los protocolos específicos y en colaboración y coordinación con el órgano de la Generalidad competente en materia de protección de los niños y los adolescentes». Concretamente, en el ámbito catalán, deben hacerlo de acuerdo con el Acuerdo de Gobierno GOV/79/2016, de 14 de junio aprobó el *Protocol d'actuació, entre els departaments de Treball, Afers Socials i Famílies i d'Ensenyament, de prevenció, detecció, notificació, derivació i coordinació de les situacions de maltractament infantil i adolescent en l'àmbit educatiu*, que regula como debe ser la actuación de los profesionales en el ámbito de la educación ante estas situaciones. Para la valoración del maltrato los profesionales deben usar las listas de observaciones del Anexo II del propio protocolo y se recomienda la utilización del Simulador del Mòdul de Suport a la Gestió del Risc (SMSGR).

Finalmente, el Protocolo Marco de actuaciones contra el maltrato de niños y adolescentes de Cataluña⁷ (aplicable en este caso porque establece el matrimonio forzoso como una forma de

⁷ DIRECCIÓ GENERAL D'ATENCIÓ A LA INFÀNCIA I L'ADOLSCÈNCIA, DEPARTAMENT DE TREBALL, AFERS SOCIALS I FAMÍLIES, GENERALITAT DE CATALUNYA, Protocol Marc d'actuacions contra el maltractament a infants i adolescents de Catalunya. Barcelona 2017. P. 30.

maltrato infantil⁸), para la actuación por parte de los centros educativos, deriva a la regulación establecida en el Protocolo de Actuación entre los Departamentos de Bienestar Social y Familia y de Educación, de Detección y Notificación, Derivación y Coordinación de las Situaciones de Maltrato Infantil y Adolescente en el ámbito educativo⁹. Este protocolo establece el siguiente sistema de protección¹⁰:

- Si el maltrato observado se considera como un riesgo leve o moderado, y no se requiere acción protectora inmediata, la dirección del centro intentará resolver la situación desde el propio centro, con el asesoramiento y el soporte de los servicios educativos, la Inspección de educación y los servicios territoriales, así como puede pedir ayuda a los Servicios Sociales Básicos de la zona donde viva el menor, comunicando por escrito la situación a los servicios de primer nivel. Los servicios sociales básicos deberán realizar un estudio de la situación en la que se encuentra el menor y valorar si es adecuada la derivación a los servicios sociales especiales (EAIA), si el niño, niña o adolescente puede encontrarse en una situación de desamparo.
- Si el maltrato que observa el centro es grave y, por tanto, el niño, niña o adolescente se encuentra en una situación que aconseja llevar a cabo acciones protectoras de forma inmediata o realizar un estudio urgente de la situación, la dirección del centro lo deberá comunicar a la DGAIA, que será la que iniciará las acciones necesarias para su protección y derivará el caso al equipo pertinente. Simultáneamente, la dirección del centro debe comunicarlo a la Fiscalía de Menores, al Juzgado de Guardia o a los Mossos d'Esquadra mediante denuncia.

Los profesionales de la educación que no actúen en estos casos pueden cometer una infracción grave del artículo 158 f) de la LDOIA o, incluso, muy grave de artículo 159 b) si se «derivan perjuicios para los derechos de los niños o los adolescentes de reparación difícil o imposible», con una sanción de multa de 3.001 euros a 90.000 euros o de 90.001 euros a 600.000 euros, respectivamente (artículo 161).

Asimismo, el propio menor puede poner en conocimiento de los servicios sociales su propia situación, de acuerdo con el artículo 17 de la LDOIA, que establece que

«Los niños y los adolescentes pueden ejercer y defender ellos mismos sus derechos, salvo que la Ley limite este ejercicio. En cualquier caso, pueden hacerlo mediante sus representantes legales, siempre y cuando no tengan intereses contrapuestos a los propios».

⁸ DIRECCIÓ GENERAL D'ATENCIÓ A LA INFÀNCIA I LADOLSCÈNCIA, DEPARTAMENT DE TREBALL, AFERS SOCIALS I FAMÍLIES, GENERALITAT DE CATALUNYA, Protocol Marc d'actuacions contra el maltractament a infants i adolescents de Catalunya. Barcelona 2017. P. 17.

⁹ Hecho en 2016.

¹⁰ Anexo 1 – Esquema del Protocolo de Actuación entre los Departamentos de Bienestar Social i Familia y de Educación, de Detección y Notificación, Derivación y Coordinación de las Situaciones de Maltrato Infantil y Adolescente en el ámbito educativo extraído de XTEC - Xarxa Telemàtica Educativa de Catalunya <<http://xtec.gencat.cat/ca/centres/projeducatiu/convivencia/protocols/maltractament-infantil-adolescent/index.html>>

Además, el apartado 3 del artículo 17 también permite que puedan dirigirse personalmente a las administraciones públicas, al Ministerio Fiscal, al Síndic de Greuges y a los defensores del pueblo o defensores locales de la ciudadanía, que se encarguen de su atención y protección, para pedir información, asesoramiento, orientación o asistencia. Estas gestiones las pueden llevar a cabo incluso sin el conocimiento de sus responsables.

2.2.3. Naturaleza de la actuación de la Administración para la protección de la infancia y la adolescencia

La atención y protección que debe brindar la Administración Pública a los menores constituye una actividad de asistencia y bienestar social y es una de las necesidades que deben cubrir los servicios sociales. El concepto de asistencia social es un concepto de protección en sentido integral y, por tanto, no se basa únicamente en el momento en que ya existe la desprotección sino, también, en la prevención de esta, la integración familiar y social del menor y la promoción de los derechos de la infancia y la adolescencia en diversos ámbitos. En consecuencia, podemos decir que el sistema de protección es gradual, porque aborda situaciones de diferente gravedad; e integral, dado que aborda el ciclo completo de la desprotección¹¹.

La red de servicios sociales de Catalunya está regulada por la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales, que supone desarrollar un ámbito de situación específico de los servicios sociales. Esta inclusión permite dividir los servicios sociales en dos categorías¹²:

- Los servicios sociales básicos, que «son el primer nivel del sistema público de servicios sociales y la garantía de más proximidad a los usuarios y a los ámbitos familiar y social» (artículo 16) e incluyen un servicio básico integrado por equipos técnicos multidisciplinares de atención social y los servicios de intervención socioeducativo no residencial. Se organizan territorialmente en áreas sobre una población mínima de 20.000 habitantes, tomando de base el municipio.
- Los servicios sociales especializados en infancia y adolescencia, que dan «respuesta a situaciones y necesidades que requieren una especialización técnica» o la disposición de ciertos recursos (artículo 18, en relación con el Anexo). Se organizan sobre la base de demarcaciones supramunicipales. Se componen de una serie de servicios especializados como el Servicio especializado de atención a la infancia y a la adolescencia (SEAIA), Servicio de centro de acogida, el Servicio de Centro Residencial de Acción Educativa (CRAE), el Servicio de Centro Residencial de Educación Intensiva (CREI), etc.

¹¹ Clara MARTÍNEZ GARCÍA, El sistema de protección de menores en España. En: MARTÍNEZ GARCÍA, Clara (Coordinadora). *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, p. 382 a 384.

¹² Joan MAYORAL SIMÓN, El sistema de protección a la infancia i l'adolescència en la Llei 14/2010, de 27 de maig, de drets i oportunitats en la infancia i l'adolescència (LDOIA), p. 34

Concretamente, los órganos de las diferentes etapas del sistema de protección en la comunidad autónoma de Cataluña son:

RIESGO	
Gobierno de la Generalitat de Cataluña	Régimen jurídico general, Financiación
Departamento competente en infancia y adolescencia (Departamento de Bienestar Social y Familia)	Coordinación
Entes locales	Dirección
Servicios Sociales básicos	Intervención en riesgo
Servicios Sociales especializados (EAIA: Equipos Técnicos de Atención a la Infancia y la Adolescencia)	Intervención en riesgo grave

DESAMPARO, GUARDA Y MEDIDAS ASISTENCIALES	
Gobierno de la Generalitat de Cataluña	Régimen jurídico general, Financiación
Departamento competente en infancia y adolescencia (Departamento de Bienestar Social y Familia)	Programación, coordinación general, regímenes jurídicos específicos
Órgano competente en protección (DGAIA: Dirección General de la Infancia y la Adolescencia)	Protección, información, tutela y recursos
EFI: Equipos Funcionales de Infancia	Propuesta de medidas protectoras
UDEPMI: Unidad de Detección y prevención de maltrato infantil	Urgencia y atención 24h
Servicios Sociales especializados (EAIA: Equipos Técnicos de Atención a la Infancia y la Adolescencia)	Estudio y propuesta (desamparo y guarda)
Centro de protección	Guarda y atención de los niños, niñas y adolescentes acogidos en centros
Órgano competente en materia de familias de acogimiento adopciones (ICAA: Instituto Catalán de Acogida y Adopción)	Selección de las familias acogedoras, seguimiento, informe
Órgano competente en materia de atención a jóvenes tutelados y extutelados	Programas asistenciales 16-18 años

Fuente: RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. «La protección de las personas menores de edad en la legislación civil catalana», p. 9-10.

Asimismo, la tutela administrativa de los menores desamparados ha sido calificada como automática por el hecho de que se le atribuye a la Administración pública directamente por ley (artículo 228-1.2 del CCCat), sin necesidad de que exista una intervención judicial previamente. Es por ello por lo que, de acuerdo con el artículo 228-3.1 del CCCat en relación con el artículo 109 de la LDOIA, la propia declaración de desamparo «comporta la asunción inmediata, por la entidad pública competente, de las funciones tutelares sobre el menor», sin necesidad de declaración judicial de la misma.

No obstante, esta doble afectación jurisdiccional de la actuación en el ámbito de la protección a la infancia y la adolescencia, y la regulación de las diferentes actuaciones de protección tanto en normas de ámbito civil como en normas de ámbito administrativo ha provocado una gran discusión doctrinal sobre la naturaleza de la actividad de las Administraciones Públicas en este ámbito. Concretamente, autores como RAVETLLAT BALLESTÉ, entre otros, indican que, con la utilización del concepto de tutela automática ex lege por parte de la Administración Pública ya en la Ley 21/1987, dicha tutela «vino a suponer una administrativización de la protección de la infancia en el Estado español»¹³, teniendo en cuenta que este aspecto de la normativa de la adopción lo «vino a aclarar la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, al establecer como efecto de la tutela automática la mera suspensión de la patria potestad»¹⁴. En cambio, autores como PALMA DEL TESO, entre otros, consideran que se trata puramente de una actuación administrativa, tal como establece dicha autora cuando indica

«La regulación de la figura de la tutela administrativa de los menores desamparados por el Código Civil llevó a una parte de la doctrina civilista a afirmar –de forma errónea– que se había “administrativizado” una institución tradicionalmente civil. Sin embargo, lo cierto es que había sucedido lo contrario. El sector de la doctrina que realizó aquellas acusaciones había procedido a asimilar de forma indebida la tutela administrativa a la tutela civil u ordinaria, desconociendo la acción tutelar que hasta entonces había desarrollado la Administración del Estado a través de la Obra de Protección de Menores y los Tribunales Tutelares de Menores»¹⁵

Por tanto, según PALMA DEL TESO se produjo, con la regulación de la tutela administrativa en el Código Civil, una civilización de una institución propia del derecho administrativo. Sin embargo, esta diferencia doctrinal no implica un cambio en el resultado de este dictamen, porque la actuación de la administración es la misma en ambos casos.

¹³ Isaac RAVETLLAT BALLESTÉ, Protección a la infancia en la legislación española. Especial incidencia en los malos tratos (parte general), p. 91.

¹⁴ Isaac RAVETLLAT BALLESTÉ, Protección a la infancia en la legislación española. Especial incidencia en los malos tratos (parte general), p. 91.

¹⁵ Ángeles DE PALMA DEL TESO, Las competencias de la Generalitat de Cataluña en materia de protección pública de menores, p. 418, nota al pie número 6.

Por otra parte, no se debe olvidar que las Administraciones públicas que actúan en el sistema de protección del menor actúan como poder público¹⁶. Por tanto, disponen de sus prerrogativas, es decir, la autotutela tanto declarativa como ejecutiva, y de acuerdo con los artículos 38 y 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC). Por ello, una vez ha sido declarada la situación de desamparo por parte de la Administración Pública sin necesidad de auxilio judicial, esta resolución se presume válida (presunción *iuris tantum*), produce efectos y es inmediatamente ejecutiva desde su notificación. Asimismo, la autotutela ejecutiva implica que es la propia Administración la que puede ejecutar sus propias resoluciones, sin necesidad de acudir al auxilio judicial, salvo en los casos en que así esté dispuesto en la Constitución o en una ley¹⁷.

Es por este gran poder por lo que frente a las mismas es necesario reconocer ciertas garantías a las partes afectadas por sus resoluciones. En primer lugar, la administración no puede formar libremente su voluntad, sino que debe actuar de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido que permita la participación de los interesados. En segundo lugar, la Administración está sometida al principio de legalidad, dado que actúa como poder público. Por tanto, la Administración solo puede adoptar aquellas medidas previstas en la norma y mediante una actividad formal, es decir, mediante el procedimiento correspondiente y una resolución administrativa¹⁸. La Convención sobre los derechos del niño, en su artículo 9.1, también establece esta necesidad de actuar de acuerdo con la ley y los procedimientos aplicables. Por ello, la Administración queda totalmente sometida al principio de legalidad en estas actuaciones, habiendo una vinculación positiva entre la Administración del Derecho y la Ley, es decir, la Administración solo puede realizar aquellas acciones que la norma le permite y mediante el procedimiento que esta establezca.

A mayor abundamiento, la Administración debe seguir unas pautas o principios en su actuación. La actividad de la administración de toda España, en relación con la protección del menor, se basa en los principios establecidos en el artículo 11 de la LOPJM, que establece los principios que regularán la actuación de los poderes públicos en relación con menores en el ámbito español. Los principios reguladores de la normativa catalana, aplicables a este caso, se encuentran regulados en los artículos 5 a 20 de la LDOIA. No obstante, es necesario destacar

¹⁶ Ángeles DE PALMA DEL TESO, El derecho de los menores a recibir protección: El papel de la familia y de las administraciones públicas. la actuación de las administraciones públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores, p. 202.

¹⁷ Almudena GONZÁLEZ GARCÍA, El procedimiento administrativo y, consiguiente, expediente como elemento esencial para el control judicial de las resoluciones administrativa en materia de protección de menores, p. 2 a 4. En: SOCIETAT CATALANA D'ADVOCATS DE FAMÍLIA. *XVII Jornades de Dret de Família. Algunes qüestions teòriques i altres molt practiques.*

¹⁸ Almudena GONZÁLEZ GARCÍA, El procedimiento administrativo y, consiguiente, expediente como elemento esencial para el control judicial de las resoluciones administrativa en materia de protección de menores, p. 2 a 4. En: SOCIETAT CATALANA D'ADVOCATS DE FAMÍLIA. *XVII Jornades de Dret de Família. Algunes qüestions teòriques i altres molt practiques.*

que los cuatro principios fundamentales que inspiran el sistema de protección de menores son: el interés superior o beneficio del menor (*favor minoris*), la preeminencia de la familia biológica como lugar de desarrollo del menor (del que se deriva el principio de reintegración e integración familiar), la diversidad y proporcionalidad de las medidas protectoras (de los que se derivan los principios de subsidiariedad progresiva y el carácter flexible y gradual de la actuación administrativa) y la doble instancia administrativa y judicial¹⁹. El principio del interés superior del menor será desarrollado más adelante en este trabajo, mientras los otros mencionados pasan a desarrollarse a continuación.

El principio a la preeminencia de la familia biológica como lugar de desarrollo del menor se traduce en el derecho del menor, si existe la posibilidad, de permanecer en su familia de origen, por lo que el menor solo puede salir del núcleo familiar en aquellos casos en que su interés así lo determine, y no el de los padres que es un fin subordinado al interés primordial del menor²⁰. De acuerdo con los artículos 9.1 de la Convención sobre los derechos del niño y el artículo 11.2.b) de la LOPJM, así como el artículo 38 de la LDOIA, el menor tiene derecho a vivir con su familia y mantener relaciones con la misma, debiendo ser este principio de prioridad de la propia familia el que orienta la actuación de las administraciones públicas²¹.

Este concepto conlleva como consecuencia el principio de integración familiar²² que vela por mantener la permanencia o reintegración del menor en su entorno familiar o social, siempre que este resulte beneficioso para él y, posteriormente, en caso de que se haya tenido que separar al menor de su familia, trabajar con ellos para su reintegración. También incluye el hecho de que, si es necesaria la separación del menor de su núcleo familiar, se deben buscar medidas de integración familiar primero en familia extensa y, si estas no son posibles, en familia ajena, conservando siempre esta figura familiar. Solo en casos excepcionales, los menores deben ser separados de estos núcleos.

Asimismo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos establece en su artículo 8 que

«1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del

¹⁹ Rosa María MAS PIÑA, Oposición a resoluciones administrativas en materia de protección de menores, p. 3. En: SOCIETAT CATALANA D'ADVOCATS DE FAMÍLIA. *XVII Jornades de Dret de Família. Algunes qüestions teòriques i altres molt practiques.*

²⁰ Rosa María MAS PIÑA, Oposición a resoluciones administrativas en materia de protección de menores, p. 3 A 11. En: SOCIETAT CATALANA D'ADVOCATS DE FAMÍLIA. *XVII Jornades de Dret de Família. Algunes qüestions teòriques i altres molt practiques.*

²¹ Ángeles DE PALMA DEL TESO, Administraciones públicas y protección de la infancia, p. 122 a 123.

²² Ángeles DE PALMA DEL TESO, Administraciones públicas y protección de la infancia, p. 126 a 130.

orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

En base a este precepto, es posible recurrir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos si existe una injerencia ilegítima de los poderes públicos en la vida familiar. Dicho Tribunal, en su sentencia 10465/83, de 24 de marzo de 1988, caso Olsson contra Suecia establece que «la medida de hacerse cargo de un niño debe ser, en la mayoría de los casos, de carácter temporal puesto que, en definitiva, la finalidad es volver a unificar a la familia»²³.

También, el Tribunal ha dado una serie de pautas a la hora de interpretar los derechos ahora mencionados, en relación con el interés superior del menor del que hablaremos más adelante²⁴, estableciendo en casos como en la sentencia 39388/05, de 6 de diciembre de 2007, caso Maumousseau and Washington v. Francia que debe garantizarse el desarrollo armónico del menor en un ambiente saludable y se debe mantener los lazos con su familias, salvo en aquellos casos en que esta se muestre particularmente indigna. Asimismo, en caso como la sentencia 39221/98 y 41963/98, de 13 de julio del 2000, caso Scozzari and Giunta v. Italia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ejerce un control sobre la necesidad y proporcionalidad de las medidas de protección, dado que sigue considerando que para un progenitor y su hijo, estar juntos constituye un elemento fundamental de la vida familiar y que, por ello, cualquier medida debe orientarse a mantener las relaciones familiares y dirigirse a la reconstrucción de la familia.

Por ello, las actuaciones de las Administraciones públicas deben orientarse, en primer lugar, a ayudar a la familia y establecer cautelas en el entorno familiar; en segundo lugar, si es necesario apartar al menor de su entorno familiar habitual, intentar establecerse con su familia extensa; en tercer lugar, y si ello es inviable y es necesaria una separación respecto a los progenitores, establecer un régimen de visitas con ellos; y, finalmente, solo en casos de excepcional gravedad y perjuicio para el menor, se suspenderá este derecho a relacionarse con sus progenitores²⁵.

En segundo lugar, del principio anterior se deriva el de diversidad y proporcionalidad de las medidas protectoras de la administración que está establecido en el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público donde se establece que las Administraciones Públicas (en adelante, LRJSP), en su actuación,

«deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público, así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias. Asimismo, deberán evaluar periódicamente los efectos y resultados obtenidos».

Por tanto, la Administración deberá ejercer la medida de protección que sea más adecuada y proporcionada a la situación real del menor. También queda de esta forma establecido

²³ Ángeles DE PALMA DEL TESO, Administraciones públicas y protección de la infancia, p. 126 a 130.

²⁴ Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, 117 a 130.

²⁵ Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, 117 a 130.

jurisprudencialmente en el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 132/2018, de 8 de octubre de 2018 (Recurso núm. 49/2018), en el que se establece que

«en caso de conflicto real entre el interés del menor y el de los padres biológicos por mantenerlo en su compañía debe prevalecer aquél, por bien que toda medida de separación del entorno familiar debe superar un test de proporcionalidad que justifique su necesidad e idoneidad y su carácter beneficioso para el menor».

Las situaciones de desprotección en las que se puede encontrar un menor ante la ausencia de tutela familiar justifican que las Administraciones públicas actúen para tratar de eliminar el riesgo o desamparo en que el menor se encuentre, esta intervención de la administración se puede regular en varios grados dependiendo de la gravedad de la situación del menor²⁶. La primera pauta de actuación de las Administraciones públicas es la prevención de las situaciones de desprotección, contribuyendo a crear un entorno saludable para el desarrollo integral de los menores, combatiendo aquellas causas que puedan conllevar un deterioro del entorno social, familiar y personal del menor²⁷. Es por esta gradualidad y subsidiariedad de la actuación de la administración por la que se distinguen varios tipos de situaciones en las que se puede encontrar el menor, el riesgo, el desamparo y la situación de dificultad social, dado que el alcance y el grado de protección está condicionado por el grado de desatención de los menores. A cada una de estas figuras le corresponde un tipo diferente de intervención administrativa, de distinto alcance y de distinta intensidad y que se articulan a través de diferentes vías de protección.

Por ello, se desarrolla en el principio de subsidiariedad progresiva consiste en que el alcance e intensidad de la actividad de la administración dependerá y vendrá condicionado por el grado de desatención o desprotección que sufra el niño, niña o adolescente en el seno de su familia²⁸.

Asimismo, las actuaciones de las administraciones públicas deben tener carácter flexible, es decir, siempre deben tener en cuenta las circunstancias de la familia y del menor, en el momento de tomar una decisión, para poder tomarla y, una situación que en un primer lugar fue calificada como riesgo podrá transformarse en desamparo y viceversa. El control judicial de las resoluciones administrativas también es dinámico, comprobando que las circunstancias tenidas en cuenta por la Administración pública cuando se tomaron las medidas siguen siendo válidas. No obstante, hay algunos autores que consideran que se deberían establecer ciertos límites para que lo que se creó en favor del menor no se vuelva en su contra, darle cierta seguridad al menor para que no tenga que esperar indefinidamente un cambio de circunstancias y que de este modo

²⁶ Crisitna ARGELICH COMELLES, Las divergencias del sistema de protección de menores en situación de riesgo y desamparo. En: LÓPEZ SAN LUIS, Rocío (directora) y BASTANTE GRANELL, Víctor (coordinador). *La protección del menor: situación y cuestiones actuales*, p. 2.

²⁷ Clara MARTÍNEZ GARCÍA, El sistema de protección de menores en España. En: MARTÍNEZ GARCÍA, Clara (Coordinadora). *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, p.380 a 389 a 396.

²⁸ Ángeles DE PALMA DEL TESO, Administraciones públicas y protección de la infancia, p. 37 a 43.

no se ponga en riesgo la integridad moral del menor protegida por el artículo 15 de la Constitución Española²⁹.

De este control judicial posterior se deriva el siguiente y último principio de la actuación de la administración, el principio de doble instancia administrativa y judicial que se constituye como un pilar básico del sistema legal de protección a la infancia y la adolescencia y que queda establecido en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), el CCCat y la LDOIA, sin necesidad de que haya una reclamación administrativa previa³⁰. Ésta última, en su artículo 122 prevé que

«Las medidas de protección pueden ser revisadas y modificadas en cualquier momento en función de la evolución de la situación del niño o el adolescente. Con esta finalidad, los equipos técnicos competentes deben informar semestralmente al órgano competente en materia de protección de los niños y los adolescentes de la evolución de la situación y del seguimiento que realizan de la misma».

Para esta revisión no es necesario que exista una resolución administrativa, sino que debe ser el Ministerio Fiscal el encargado de que se lleve a cabo. Con todo ello, se trata de controlar que no se haya producido un caso de desviación de poder, regulado en el artículo 70.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LRJCA), desarrollo del artículo 106.1 de la Constitución Española³¹. Asimismo, el control judicial de las resoluciones administrativas en materia de protección a la infancia y la adolescencia también se lleva a cabo a través de la oposición a las resoluciones administrativas de desamparo planteadas ante la jurisdicción civil, mediante el procedimiento especial regulado en los artículos del 779 al 781bis de la LEC.

Finalmente, es necesario destacar la importancia del principio del interés superior del menor, del que se hablará más adelante de forma extensa. De él deriva, también, el derecho del menor a ser oído y escuchado, del que también se hablará de forma más extensa en un apartado posterior.

2.2.4. Riesgo y desamparo: definiciones, implicaciones, diferencias y órganos competentes

Las situaciones de desprotección en las que se puede encontrar un menor ante la ausencia de tutela familiar justifican que las Administraciones públicas actúen para tratar de eliminar el riesgo o desamparo en que el menor se encuentre. Esta intervención de la administración se puede regular en varios grados, como ya hemos mencionado, dependiendo de la gravedad de la

²⁹ Ángeles DE PALMA DEL TESO, *Administraciones públicas y protección de la infancia*, p. 124 a 125.

³⁰ Rosa María MAS PIÑA, *Oposición a resoluciones administrativas en materia de protección de menores*, p. 15. En: SOCIETAT CATALANA D'ADVOCATS DE FAMÍLIA. *XVII Jornades de Dret de Família. Algunes qüestions teòriques i altres molt practiques*.

³¹ Almudena GONZÁLEZ GARCÍA, *El procedimiento administrativo y, consiguiente, expediente como elemento esencial para el control judicial de las resoluciones administrativa en materia de protección de menores*, p. 7 a 9. En: SOCIETAT CATALANA D'ADVOCATS DE FAMÍLIA. *XVII Jornades de Dret de Família. Algunes qüestions teòriques i altres molt practiques*.

situación del menor³². En primer lugar, es necesario ver cuáles son las diferencias entre la situación de riesgo y la de desamparo para, posteriormente, definir concretamente cada una de las figuras.

Se pueden establecer, principalmente, cuatro diferencias entre la situación de riesgo y la de desamparo³³: en primer lugar, las situaciones de desamparo tienen tal gravedad que conllevan la separación del menor del núcleo familiar, hecho que no ocurre en las situaciones de riesgo; en segundo lugar, en las situaciones de riesgo la competencia recae sobre las entidades públicas locales mientras que en las situaciones de desamparo recae sobre la Generalitat, concretamente la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia; en tercer lugar, la declaración de desamparo precisa de un procedimiento formal del que no precisa la situación de riesgo; y, finalmente, al no ser un procedimiento formal, la situación de riesgo no puede ser impugnada porque se trata de un acuerdo entre los responsables parentales y la Administración, mientras la declaración de desamparo si puede serlo por tratarse de un procedimiento administrativo.

El artículo 101.1 de la LDOIA establece que

«Los servicios sociales básicos y los servicios sociales especializados de atención a la infancia deben informar al órgano competente en materia de protección de los niños y los adolescentes de las situaciones de riesgo o desamparo que conozcan mediante el sistema de información y gestión en infancia y adolescencia. El órgano debe incorporar esta información al expediente único del niño o adolescente».

De este artículo se puede extraer que debe haber un expediente único por niño, niña o adolescente, en el que se pueden dar distintos procedimientos en los que se vea envuelto y que deben estar diferenciados entre sí³⁴, que depende de la DGAI A como órgano competente en esta materia, pero que son los servicios sociales básicos quienes pueden promover medidas y recursos de atención social y educativa para disminuir el riesgo o eliminarlo, designándose un profesional de referencia caso por caso³⁵ que será quien elabore el seguimiento³⁵. Por esta razón, todos los servicios deben informar a la DGAI A de aquellos procedimientos o actuaciones que realicen. Este expediente, de acuerdo con el apartado 3 del mismo artículo «debe permanecer abierto hasta que finalice la actuación protectora o hasta la mayoría de edad, a excepción, en este último caso, de los expedientes asistenciales»³⁶.

³² Cristina ARGELICH COMELLES, Las divergencias del sistema de protección de menores en situación de riesgo y desamparo. En: LÓPEZ SAN LUIS, Rocío (directora) y BASTANTE GRANELL, Víctor (coordinador). *La protección del menor: situación y cuestiones actuales*, p. 2.

³³ Laura ALLUEVA AZNAR, Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores, p. 17.

³⁴ El expediente es el conjunto de documentos relacionados con la protección del niño, niña o adolescente y el procedimiento es el conjunto de actos o trámites por los que se desarrolla un procedimiento administrativo.

³⁵ Rosa María MAS PIÑA, Oposición a resoluciones administrativas en materia de protección de menores, p. 9 a 12. En: SOCIETAT CATALANA D'ADVOCATS DE FAMÍLIA. *XVII Jornades de Dret de Família. Algunes qüestions teòriques i altres molt practiques*.

³⁶ Joan MAYORAL SIMÓN, El sistema de protección a la infancia i l'adolescència en la Llei 14/2010, de 27 de maig, de drets i oportunitats en la infancia i l'adolescència (LDOIA), p. 29 a 30.

2.2.4.1. Situaciones de riesgo

El legislador catalán ha optado por programar una detección anticipada de las situaciones de riesgo y articular unos mecanismos de prevención que actúen en la propia familia del menor para eliminar el riesgo e impedir que evolucione hacia el desamparo, tal como se enfoca en los artículos 77 y 78 de la LDOIA. En particular, el artículo 102 define la situación de riesgo como aquella en la que «en la que el desarrollo y el bienestar del niño o el adolescente se ven limitados o perjudicados por cualquier circunstancia personal, social o familiar, siempre y cuando para la protección efectiva del niño o el adolescente no sea necesaria la separación del núcleo familiar», estableciendo en su apartado segundo una lista *numerus apertus* sobre una serie de situaciones de riesgo³⁷. Asimismo, la propia Ley, en su artículo 80, da una orden de elaborar un listado de indicadores de riesgo, que se realiza mediante la Orden BSF/331/2013 por la que se aprueban las listas de indicadores y factores de protección de los niños y adolescentes³⁸.

El artículo 103 dispone que quien «deben valorar la existencia de una situación de riesgo y promover, si procede, las medidas y los recursos de atención social y educativa que permitan disminuir o eliminar la situación de riesgo buscando la colaboración de los progenitores o de los titulares de la tutela o de la guarda» son los servicios sociales básicos. Por tanto, la existencia de una situación de riesgo no determina el inicio de un procedimiento formal que culmina con la declaración de la situación de desamparo, sino que pone en funcionamiento la actuación de los servicios sociales básicos, o en su caso, de los servicios sociales especializados, pero siempre a nivel local³⁹. Solo en caso de que el riesgo sea grave y únicamente con la intervención de los servicios sociales no pueda disminuirse o controlarse, éstos deberán elevar un informe con la valoración de la intervención y una propuesta con las medidas que consideren convenientes a los servicios sociales especializados en infancia y adolescencia.

En ese caso, y según el propio artículo 103, los servicios sociales especializados

«deben completar el estudio y elaborar un compromiso socioeducativo dirigido a los progenitores o a los titulares de la tutela y orientado a la superación del riesgo que rodea al niño o al adolescente, que debe contener la descripción y la acreditación de la situación de riesgo, su evaluación y la concreción de las medidas que se aplicarán desde los servicios sociales básicos o desde otros servicios especializados para la superación de la situación perjudicial».

Compromiso que puede conllevar todas las medidas establecidas en el artículo 104, que siempre prevén que los menores sigan viviendo en el núcleo familiar, bajo la vigilancia de las Entidades públicas locales y se adoptan de forma consensuada con los responsables parentales y, para su

³⁷ Más adelante, analizaremos concretamente el apartado h) de este apartado segundo, que afecta a nuestro caso concreto.

³⁸ Cristina ARGELICH COMELLES, Las divergencias del sistema de protección de menores en situación de riesgo y desamparo. En: LÓPEZ SAN LUIS, Rocío (directora) y BASTANTE GRANELL, Víctor (coordinador). *La protección del menor: situación y cuestiones actuales*, p. 8 a 11.

³⁹ Laura ALLUEVA AZNAR, Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores, p. 11.

funcionamiento, necesitan de su colaboración⁴⁰. Si los responsables parentales no colaboran con dichas medidas, la situación puede convertirse en desamparo, tal como veremos más adelante, en relación con el artículo 105 j) de la LDOIA.

El procedimiento a seguir en caso de una situación de riesgo es el siguiente⁴¹. En primer lugar, se abrirá un expediente de riesgo cuando se valore procedente la derivación del caso concreto a los servicios sociales básicos dada la falta de gravedad suficiente para separar al niño, niña o adolescente de su familia. A continuación, se hará el acuerdo de inicio y se comunicará al servicio o persona que ha derivado el caso a los servicios sociales, así como a los progenitores, tutores o guardadores del niño, niña o adolescente. A estos últimos, es necesario explicarles que los servicios sociales se van a poner en contacto con ellos para valorar la situación u ofrecerles las ayudas que sean necesarias para el caso, sean de carácter profesional, económico o social y se les informará sobre el hecho que, si se detecta una situación de riesgo de desamparo, el caso deberá ser derivado al *Equip d'Atenció a la Infància i l'Adolescència (EAIA)*; en cambio, si los servicios sociales básicos comprueban que no hay factores que determinan una situación de riesgo para el niño, niña o adolescente, el expediente se archivará.

También es posible que se derive al EAIA para poder valorar si se trata de una situación de riesgo o de desamparo. En este caso se establecerá un acuerdo de inicio y se comunicará a los progenitores, tutores o últimos guardadores del niño, niña o adolescente. El EAIA debe hacer una valoración de la situación del niño, niña o adolescente. Si de esta investigación se derivan indicios de que éste se encuentra en una situación de desamparo, deberá hacer la propuesta técnica de desamparo y de medida de protección. Si valora que se da una situación de riesgo, lo debe derivar a los servicios sociales correspondientes. Finalmente, si valora que el niño, niña o adolescente se encuentra en una situación normalizada, archivará la causa.

Por tanto, la LDOIA establece niveles de intervención distintos tanto por parte de los servicios sociales básicos como de los especializados, ante las situaciones de riesgo, y se prevé como forma de terminación del procedimiento la firma del compromiso socioeducativo, que debe valorar y proponer el EAIA pero debe ser firmado y aprobado por la autoridad local competente⁴². Este compromiso pone fin al proceso, sin ser necesaria una resolución administrativa, tal como establece el artículo 53.5 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña (en adelante, LRJPAPC), por haberse este terminado por pacto o convenio, y la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que en el ya mencionado Auto 132/2018, de 8 de octubre de 2018, establece

«el modelo de protección contenido en la LDOIA (artículos 102 y 105) reserva la declaración de desamparo para los casos más graves de desprotección, en los que es inevitable la medida de separación

⁴⁰ Laura ALLUEVA AZNAR, Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores, p. 11.

⁴¹ GENERALITAT DE CATALUNYA, DEPARTAMENT D'ACCIÓ SOCIAL I CIUTADANIA, SECRETARIA D'INFÀNCIA I ADOLESCÈNCIA, Expedients administratius de protecció a la infància i l'adolescència, p. 13 a 15.

⁴² Joan MAYORAL SIMÓN, El sistema de protección a la infancia i l'adolescència en la Llei 14/2010, de 27 de maig, de drets i oportunitats en la infancia i l'adolescència (LDOIA), p. 60 a 61.

del menor del núcleo familiar, mientras que los restantes supuestos se cobijan bajo la denominación de situaciones de riesgo cuya declaración no requiere una resolución específica».

El efecto del convenio es la constatación, en vía administrativa y mediante un acto administrativo consensual, de la existencia de una situación de riesgo.

2.2.4.2. *Situaciones de desamparo*

Las situaciones de desamparo en la Comunidad Autónoma de Cataluña vienen definidas tanto en el artículo 105 de la LDOIA, como en el artículo 228-1 del CCCat, como aquella situación de hecho en las que a un menor le faltan todos aquellos elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad, siempre que, para poder llevar a cabo su protección, sea necesario aplicar una medida que implique su separación del núcleo familiar. En este punto se debe tener en cuenta la existencia, en ocasiones, de guardas de hecho, que impiden que el menor sea considerado en situación de desamparo, dado que el desamparo presupone una carencia de ciertas condiciones necesarias para el desarrollo del menor pero no obliga a que estas condiciones sean prestadas por los progenitores⁴³. En Cataluña, el concepto de desamparo se ha construido trascendiendo la exigencia de los dos requisitos que se piden en la legislación estatal (uno objetivo, que consiste en que el menor se encuentre privado de forma efectiva de la necesaria asistencia moral o material y, por tanto, se encuentra ante una situación objetiva de desprotección; y uno subjetivo, es decir, que sean los responsables legales los que hayan incumplido los deberes de protección⁴⁴) y se centra únicamente, en la falta al menor de los elementos básicos para poder desarrollar su personalidad de forma integral⁴⁵.

Nuevamente, existe una lista *numerus apertus* con una serie de situaciones que se pueden considerar desamparo⁴⁶, de la que debemos hacer hincapié en la establecida en el j), por ser esta aplicable al supuesto de hecho objeto de este dictamen, estableciendo lo siguiente:

«La obstaculización por los progenitores o los titulares de la tutela o de la guarda de las actuaciones de investigación o comprobación, o su falta de colaboración, cuando este comportamiento ponga en peligro la seguridad del niño o el adolescente, así como la negativa de los progenitores o los titulares de la tutela o de la guarda a participar en la ejecución de las medidas adoptadas en situaciones de riesgo si ello conlleva la persistencia, la cronificación o el agravamiento de estas situaciones».

No obstante, la definición de desamparo está hecha mediante diversos conceptos jurídicos indeterminados que hacen necesaria la valoración por parte de equipos técnicos especializados,

⁴³ Laura ALLUEVA AZNAR, Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores, p. 12.

⁴⁴ Ángeles DE PALMA DEL TESO, Administraciones públicas y protección de la infancia, p. 209 a 210.

⁴⁵ Ángeles DE PALMA DEL TESO, El derecho de los menores a recibir protección: El papel de la familia y de las administraciones públicas. la actuación de las administraciones públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores, p. 200.

⁴⁶ Cristina ARGELICH COMELLES, Las divergencias del sistema de protección de menores en situación de riesgo y desamparo. En: LÓPEZ SAN LUIS, Rocío (directora) y BASTANTE GRANELL, Víctor (coordinador). La protección del menor: situación y cuestiones actuales, p. 11 a 12.

de forma que en el expediente administrativo queden reflejados todos los informes realizados por estos equipos. Los criterios establecidos en la ley son un instrumento para que estos equipos puedan valorar de forma objetiva y mediante criterios técnicos, consensuados y válidos, la situación de desamparo del menor⁴⁷.

A diferencia de lo que ocurre en las situaciones de riesgo, el desamparo sí determina el inicio de un procedimiento administrativo formal que culmina con la declaración administrativa de desamparo. El hecho no configura la situación, sino que es su verificación y plasmación en una decisión administrativa la que la configura⁴⁸. La resolución de declaración de desamparo comporta la asunción inmediata de las funciones tutelares sobre el niño o el adolescente, que implica la suspensión de la potestad parental o de la tutela ordinaria y de los derechos derivados (artículo 109 de la LDOIA). Únicamente en estas situaciones de desamparo se pueden establecer medidas como la guarda protectora, el acogimiento en sus diferentes formas o las medidas asistenciales.

La Administración debe seguir el procedimiento administrativo establecido para poder decretar el desamparo, dado que actúa como poder público⁴⁹, y de acuerdo con la regulación establecida en la LPAC. Esta misma ley establece su aplicación en los procedimientos administrativos autonómicos. No obstante, los procedimientos tramitados por la Administración Catalana quedan sometidos, también, a lo establecido en la LRJPAPC y aquellas normas específicas para el procedimiento de desamparo establecidas en la LDOIA. El hecho de que la actuación se encuentre sometida a estas normas implica que también se encuentre sometida a sus garantías: participación de los interesados, adopción de aquella actuación que más se decante hacia el interés público control judicial de la discrecionalidad administrativa⁵⁰. La relevancia de seguir este procedimiento deriva de sus funciones: permite participar y es una garantía para los interesados, para la adopción de la decisión que se considere más conveniente para el interés público y finaliza en un instrumento susceptible de control judicial *a posteriori*.

La propia LDOIA establece en su artículo 106 como debe llevarse a cabo el procedimiento de desamparo, donde se establecen las tres fases del procedimiento administrativo por las que se

⁴⁷ Almudena GONZÁLEZ GARCÍA, El procedimiento administrativo y, consiguiente, expediente como elemento esencial para el control judicial de las resoluciones administrativa en materia de protección de menores, p. 3 a 7. En: SOCIETAT CATALANA D'ADVOCATS DE FAMÍLIA. XVII Jornades de Dret de Família. Algunes qüestions teòriques i altres molt practiques.

⁴⁸ Laura ALLUEVA AZNAR, Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores, p. 13.

⁴⁹ Ángeles DE PALMA DEL TESO, El derecho de los menores a recibir protección: El papel de la familia y de las administraciones públicas. la actuación de las administraciones públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores, p. 200.

⁵⁰ Almudena GONZÁLEZ GARCÍA, El procedimiento administrativo y, consiguiente, expediente como elemento esencial para el control judicial de las resoluciones administrativa en materia de protección de menores, p. 2 a 6. En: SOCIETAT CATALANA D'ADVOCATS DE FAMÍLIA. XVII Jornades de Dret de Família. Algunes qüestions teòriques i altres molt practiques.

debe pasar: iniciación del procedimiento, instrucción y finalización⁵¹. La garantía de los interesados a participar en el proceso, establecida en el artículo 82 de la LPAC, para el periodo de instrucción del procedimiento es una protección de sus intereses y derechos. No obstante, estos deben entrar en balance con la garantía del interés público que la Administración protege, en este caso, el interés superior del menor en riesgo o desamparo que necesita una protección⁵². Asimismo, los interesados tienen derecho a conocer el estado de tramitación del expediente y a acceder al mismo, siempre que no hubiera sido declarado confidencial (artículo 106.5 LDOIA y 26 LPAC), a obtener copia de los documentos (artículo 26 LPAC), a identificar al personal y las autoridades bajo cuya responsabilidad se tramitan los procedimientos (artículo 48.3 LPAC), a formular alegaciones en cualquier fase del procedimiento y a participar en el trámite de audiencia (art. 22.1.b) LPAC) y a que la actuación administrativa sea proporcional a la finalidad perseguida (artículo 22.1 LPAC), siendo sus deberes el facilitar los actos de investigación y comparecer cuando así lo establezca como obligatorio la ley⁵³.

Previamente al proceso, en caso de que la situación fuera urgente y grave⁵⁴, la Administración puede adoptar medidas cautelares, de acuerdo con el artículo 56.2 de la LPAC en relación con el artículo 110 de la LDOIA, que establece que

«Cuando exista una situación de peligro para el niño o el adolescente, o concurra cualquiera otra causa que exija una intervención urgente y que haga necesaria la separación del núcleo familiar, el organismo competente debe declarar preventivamente el desamparo mediante resolución motivada y debe aplicar las medidas que sean necesarias, con las notificaciones establecidas por el artículo 108. Simultáneamente, en caso de no haberlo hecho antes, debe iniciar el procedimiento de desamparo, que debe seguir sus trámites hasta la resolución definitiva que ratifique, modifique o deje sin efecto la resolución de desamparo y las medidas provisionalmente acordadas».

Por tanto, una vez ya haya sido asumida la tutela del menor, la Administración debe iniciar el procedimiento de desamparo. Asimismo, puede darse un periodo de información previa, que es un procedimiento interno de la DGAIA, en el que no interviene nadie más y que debe incorporarse al expediente. Este periodo puede conllevar que se demande información al

⁵¹ Joan MAYORAL SIMÓN, El sistema de protección a la infancia i l'adolescència en la Llei 14/2010, de 27 de maig, de drets i oportunitats en la infancia i l'adolescència (LDOIA), p. 80.

⁵² Almudena GONZÁLEZ GARCÍA, El procedimiento administrativo y, consiguiente, expediente como elemento esencial para el control judicial de las resoluciones administrativa en materia de protección de menores, p. 3 a 7. En: SOCIETAT CATALANA D'ADVOCATS DE FAMÍLIA. XVII Jornades de Dret de Família. Algunes qüestions teòriques i altres molt practiques.

⁵³ Almudena GONZÁLEZ GARCÍA, El procedimiento administrativo y, consiguiente, expediente como elemento esencial para el control judicial de las resoluciones administrativa en materia de protección de menores, p. 10 a 11. En: SOCIETAT CATALANA D'ADVOCATS DE FAMÍLIA. XVII Jornades de Dret de Família. Algunes qüestions teòriques i altres molt practiques.

⁵⁴ Ángeles DE PALMA DEL TESO, El derecho de los menores a recibir protección: El papel de la familia y de las administraciones públicas. la actuación de las administraciones públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores, p. 202 a 203.

denunciante o a los interesados y se trata de determinar si es necesaria la intervención de la administración y que tipo de procedimiento se debe iniciar, o si se debe archivar el asunto.

A continuación, y cuando mediante el periodo de información previa se ha determinado la existencia de una situación de riesgo, se inicia el procedimiento administrativo, incoando un expediente de desamparo⁵⁵, mediante un acuerdo de iniciación. De acuerdo con el artículo 106.2 de la LDOIA,

«La incoación debe notificarse a los progenitores o a los titulares de la tutela o de la guarda del niño o el adolescente, y se les debe informar del derecho que tienen de comparecer en el procedimiento, aportar informes u otros elementos de prueba, o efectuar las alegaciones que consideren procedentes».

A partir de este momento, se inicia la etapa de instrucción del procedimiento⁵⁶, donde actúan los equipos técnicos competentes: *Equips d'Atenció a la Infància i l'Adolescència (EAIA)*, *Equips tècnics de centre d'acolliment (ETCA)* y *Equips tècnics de valoració de mlattractaments infantils (EVAMI)*⁵⁷; y es el momento donde pueden comparecer los progenitores o los titulares de la tutela o la guarda del niño, niña o adolescente para realizar las alegaciones oportunas. De acuerdo con los artículos 53 e) de la LPAC, los interesados en un procedimiento administrativo tienen el derecho

«A formular alegaciones, utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento Jurídico, y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución»⁵⁸.

Es el instructor del procedimiento administrativo el que debe encargarse, de oficio, de la obtención de toda aquella información necesaria para poder pronunciarse, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer las actuaciones que consideren necesarias. Es también el instructor el que debe admitir o denegar, de forma motivada, acordar la apertura de un periodo de prueba y la práctica de éstas. Si el instructor no tiene por ciertos los hechos alegados, deberá iniciar un periodo de prueba obligatoriamente, teniéndose por aceptados aquellos hechos sobre los que no se hubiera aceptado prueba. Asimismo, solo podrá rechazar aquellas pruebas

⁵⁵ Ángeles DE PALMA DEL TESO, El derecho de los menores a recibir protección: El papel de la familia y de las administraciones públicas. la actuación de las administraciones públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores, p. 203 a 204.

⁵⁶ Ángeles DE PALMA DEL TESO, El derecho de los menores a recibir protección: El papel de la familia y de las administraciones públicas. la actuación de las administraciones públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores, p. 206 a 208.

⁵⁷ Joan MAYORAL SIMÓN, El sistema de protección a la infancia i l'adolescència en la Llei 14/2010, de 27 de maig, de drets i oportunitats en la infancia i l'adolescència (LDOIA), p. 81.

⁵⁸ Ángeles DE PALMA DEL TESO, El derecho de los menores a recibir protección: El papel de la familia y de las administraciones públicas. la actuación de las administraciones públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores, p. 206.

propuestas por los interesados que sean manifiestamente improcedentes o innecesarias y siempre mediante resolución motivada⁵⁹.

Una vez se haya instruido el procedimiento y antes de redactar la propuesta de resolución, el instructor del procedimiento debe dar trámite de audiencia, de acuerdo con el artículo 51 LPAC⁶⁰. El artículo 106.5 de la LDOIA establece, a estos efectos, que «debe darse audiencia y vista del expediente en un plazo de diez días a los progenitores o a los titulares de la tutela o de la guarda»⁶¹. Esta necesidad de participación por parte de los progenitores, tutores o guardadores ha sido reiterada, también, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia 28945/95, de 10 de mayo de 2001, Caso T. P. y K. M. contra Reino Unido, donde concluye que la falta de posibilidad real, justa y suficiente de participar en el procedimiento de desamparo constituye una violación del derecho a la vida familiar, protegida por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁶². El instructor debe poner a disposición de los interesados el expediente para que realicen las alegaciones que estimen oportunas⁶³.

Finalmente, se procede a la terminación del procedimiento mediante resolución. De acuerdo con el artículo 106.6 LDOIA, «El procedimiento finaliza por resolución motivada que declara la situación de desamparo o, en caso contrario, ordena el archivo del expediente». El procedimiento, por tanto, puede terminar mediante una declaración de desamparo, una declaración de no desamparo y el archivo del caso, una declaración de no desamparo y la derivación a los servicios sociales básicos por existir una posible situación de riesgo o una declaración de no desamparo y la derivación a los servicios sociales especializados por existir una posible situación de riesgo grave⁶⁴.

La resolución debe decidir sobre todas las cuestiones planteadas por los interesados, de acuerdo con el artículo 89.1 LPAC y su motivación no puede basarse en conceptos jurídicos indeterminados sino debe hacerlo en hechos de cada caso concreto y en las razones de juicio

⁵⁹ Almudena GONZÁLEZ GARCÍA, El procedimiento administrativo y, consiguiente, expediente como elemento esencial para el control judicial de las resoluciones administrativa en materia de protección de menores, p. 11 a 14. En: SOCIETAT CATALANA D'ADVOCATS DE FAMÍLIA. XVII Jornades de Dret de Família. Algunes qüestions teòriques i altres molt practiques.

⁶⁰ Almudena GONZÁLEZ GARCÍA, El procedimiento administrativo y, consiguiente, expediente como elemento esencial para el control judicial de las resoluciones administrativa en materia de protección de menores, p. 11 a 14. En: SOCIETAT CATALANA D'ADVOCATS DE FAMÍLIA. XVII Jornades de Dret de Família. Algunes qüestions teòriques i altres molt practiques.

⁶¹ Joan MAYORAL SIMÓN, El sistema de protecció a la infància i l'adolescència en la Llei 14/2010, de 27 de maig, de drets i oportunitats en la infància i l'adolescència (LDOIA), p. 88.

⁶² ⁶² Ángeles DE PALMA DEL TESO, El derecho de los menores a recibir protección: El papel de la familia y de las administraciones públicas. la actuación de las administraciones públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores, p. 206.

⁶³ Almudena GONZÁLEZ GARCÍA, El procedimiento administrativo y, consiguiente, expediente como elemento esencial para el control judicial de las resoluciones administrativa en materia de protección de menores, p. 11 a 14. En: SOCIETAT CATALANA D'ADVOCATS DE FAMÍLIA. XVII Jornades de Dret de Família. Algunes qüestions teòriques i altres molt practiques.

⁶⁴ Joan MAYORAL SIMÓN, El sistema de protecció a la infància i l'adolescència en la Llei 14/2010, de 27 de maig, de drets i oportunitats en la infància i l'adolescència (LDOIA), p. 88 a 89.

técnico en las que se ha basado, señalando el material o fuentes de información sobre las que basa ese juicio técnico, los criterios de valoración cualitativa que se usan para emitirlo (indicadores y factores de riesgo y protección) y dar un razonamiento sobre el porqué estos criterios conllevan el resultado establecido. Esta resolución debe ser dictada en el plazo de un año desde la incoación del expediente, caducando el expediente si no se produce en dicho plazo, y debe ser notificada, de acuerdo con el artículo 108 LDOIA, «al Ministerio Fiscal en el plazo de dos días y notificadas a los progenitores, a los titulares de la tutela o de la guarda y al adolescente».

Asimismo, también existe un procedimiento simplificado de desamparo, regulado en el artículo 107 LDOIA. En este caso, el organismo competente «puede dictar, sin más trámites, la resolución que declara la situación de desamparo, si los progenitores o los titulares de la tutela o de la guarda manifiestan la conformidad con la declaración, y una vez escuchado el adolescente, o el niño, si tiene suficiente conocimiento».

2.2.5. Regulación de los matrimonios forzados

No hay una definición única de lo que se considera matrimonio forzado. No obstante, vamos a tomar como punto de partida la realizada en la Resolución 1468 (2005) del Consejo de Europa, titulada «Matrimonios Forzosos y Matrimonios Infantiles», en la que se define un matrimonio forzoso como «la unión de dos personas en la que al menos una de ellas no ha dado su libre y pleno consentimiento para contraer matrimonio». Asimismo, define el matrimonio infantil como «aquella unión entre dos personas al menos una de las cuales es menor de 18 años», así como establece que «la asamblea deplora los efectos drásticos que puede tener el matrimonio en la infancia. El matrimonio infantil infringe, en sí mismo, los derechos de los menores», e apela a los estados a prohibir el matrimonio entre dos personas una de las cuales, al menos, es menor de 18 años.

No obstante, en 2016 se actualizó el Protocolo para el abordaje de los Matrimonios Forzados que, aunque es únicamente aplicable en Girona, da una definición muy clara matrimonio forzado, como

«el que se produce sin el consentimiento válido de, como mínimo, una de las personas contrayente, por la intervención de terceras personas en el entorno familiar (usualmente los progenitores), que se otorgan la facultad de decisión y presionan para que esta práctica se produzca, contrayendo los requisitos de la institución matrimonial que, según nuestra legislación, no existe sin consentimiento. (...) Es decir, el matrimonio en el cual al menos una de las partes no da su consentimiento de forma válida. Se considera que el consentimiento se encuentra viciado cuando no se da de forma libre y voluntaria»⁶⁵.

Se está, actualmente, trabajando en el desarrollo de un Protocolo de ámbito autonómico sobre materia. También se debe tener en cuenta que, de acuerdo con el Protocolo Marco de

⁶⁵ Protocol per a l'abordatge dels matrimonis forçats, Girona: 2016 (última actualització).

Actuaciones contra el Maltrato a la Infancia y la Adolescencia de Catalunya, se establece el matrimonio forzoso como una forma de maltrato infantil⁶⁶.

El artículo 46 del Código Civil Español reconoce la mayoría de edad como uno de los requisitos para la contracción del matrimonio y declara en su artículo 73.2º la nulidad de aquellos matrimonios que no cumplan con el requisito de edad. De hecho, serán nulos aquellos matrimonios celebrados sin consentimiento matrimonial válido por parte de uno de los contrayentes y aquel contraído por coacción o miedo grave de acuerdo con el artículo 73.1º y 5º del Código Civil⁶⁷. Asimismo, la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios⁶⁸ establece en su artículo 1.1 que «No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes». El hecho que un menor de edad este sometido a violencias o intimidaciones para contraer matrimonio o, como en el caso objeto de este dictamen, viajar a otro país para hacerlo, puede constituir una situación de riesgo para el menor.

Según el Protocolo marco por una intervención coordinada contra la violencia machista de Cataluña⁶⁹ y el artículo 5 de la Ley 5/2008, de 24 de abril, de los derechos de las mujeres a erradicar la violencia machista de Cataluña, se debe considerar el matrimonio forzado como una forma de violencia machista. Asimismo, también se considera como tal en el artículo 32 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia sobre la mujer y la violencia doméstica⁷⁰, donde se establece la obligación de los estados de tomar las medidas necesarias para que estos matrimonios sean «anulables, anulados o disueltos sin que esto suponga para la víctima cargas económicas o administrativas excesivas» y su artículo 37 obliga al estado a tipificar como delito penal el hecho de obligar a un adulto o menor a contraer matrimonio o «de engañar a un adulto o un menor para llevarlo al territorio de una Parte o de un Estado distinto a aquel en el que reside con la intención de obligarlo a contraer matrimonio». Incluso, y dando cumplimiento a lo establecido en la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo introduce la posibilidad de que el matrimonio forzoso acabe siendo considerado una forma de trata de seres humanos.

⁶⁶ DIRECCIÓ GENERAL D'ATENCIÓ A LA INFÀNCIA I L'ADOLSCÈNCIA, DEPARTAMENT DE TREBALL, AFERS SOCIALS I FAMÍLIES, GENERALITAT DE CATALUNYA, Protocol Marc d'actuacions contra el maltractament a infants i adolescents de Catalunya. Barcelona 2007. P. 17.

⁶⁷ Patricia ESQUINAS VALVERDE, El delito de matrimonio forzado (art. 172 bis CP) y sus relaciones concursales con otros tipos delictivos, p. 21 a 22.

⁶⁸ Ratificada por España el 29 de mayo de 1969.

⁶⁹ INSTITUT CATALÀ DE LES DONES, GENERALITAT DE CATALUNYA. Protocol Marc per a una intervenció coordinada contra la violència masclista. Barcelona: 30 de abril de 2009

⁷⁰ Estambul, 11 de mayo de 2011, ratificado por España el 6 de junio de 2014.

En cumplimiento de las órdenes internacionales, el legislador ha tipificado como delito penal el matrimonio forzoso, en el artículo 172 bis del Código Penal:

«1. El que con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o con multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.

2. La misma pena se impondrá a quien, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el apartado anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo.

3. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando la víctima fuera menor de edad».

Dado el caso objeto de este dictamen, nos interesan primordialmente los apartados segundo y tercero de este artículo. La conducta típica de este segundo apartado consiste en un acto preparatorio al matrimonio forzado⁷¹ consistente en el traslado de la víctima previamente al matrimonio a un territorio extranjero o mantenerla allí, para proceder al acto de matrimonio en el país extranjero⁷². No es necesario que el acto concreto quede establecido en un contrato matrimonial, sino que será suficiente con el acto religioso o ritual del matrimonio con apariencia de licitud, así como tampoco es necesario que tenga validez en España o en el lugar donde se celebre, siempre que la comunidad en la que se integre esta persona reconozca efectos sociales a dicha unión y la considere como suficiente para otorgar los deberes maritales que un matrimonio conlleva⁷³. La inscripción del matrimonio en el Registro civil no forma parte, tampoco, del tipo penal, sino solo de su fase de agotamiento.

Asimismo, es necesario tener en cuenta que en muchas ocasiones este delito va a ser cometido por familiares de la víctima o personas que tengan poder sobre ella, siendo aplicable, en ese caso, la agravante de la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal y resaltar que el apartado 3 impone una pena superior en caso de que la víctima sea menor de edad, quedando una pena cualificada de 2 años a 3 años y 6 meses de prisión, con la alternativa de multa de 18 a 24 meses.

⁷¹ Patricia ESQUINAS VALVERDE, El delito de matrimonio forzado (art. 172 bis CP) y sus relaciones concursales con otros tipos delictivos, p. 17.

⁷² Patricia ESQUINAS VALVERDE, El delito de matrimonio forzado (art. 172 bis CP) y sus relaciones concursales con otros tipos delictivos, p. 34.

⁷³ Patricia ESQUINAS VALVERDE, El delito de matrimonio forzado (art. 172 bis CP) y sus relaciones concursales con otros tipos delictivos, p. 20.

2.2.6. Tipos de riesgo y desamparo y situaciones que incluyen

Para determinar el tipo de situación de desprotección en la que se encuentra un menor deben tenerse en cuenta distintos criterios:

Gravedad	Situación	Acción que debe realizarse por los Servicios Sociales Básicos
Crítica	El infante o adolescente podría encontrarse en una situación de desamparo que pusiera en peligro inminente y manifiesto su integridad física o psíquica y requiere su protección inmediata.	Abrir un expediente de desamparo, valorar la adopción de medidas cautelares (atención inmediata, desamparo preventivo) y derivar al equipo técnico competente. En caso contrario, derivación a los EAIA para un estudio del caso con carácter prioritario.
Desamparo	El infante o adolescentes podría encontrarse en una situación de desamparo que no pone en peligro inminente ni manifiesto su integridad física o psíquica y, por tanto, no requiere su protección inmediata.	Abrir expediente de desamparo y derivar ordinariamente a la EAIA para el estudio del caso
Riesgo grave	El infante o adolescente podría encontrarse en una situación de riesgo grave para su desarrollo	Abrir expediente de riesgo y derivar a los Servicios Sociales Básicos para el estudio del caso
Riesgo leve o moderado	El infante o adolescente podría encontrarse en una situación de riesgo no grave para su desarrollo	Abrir expediente de riesgo y derivar a los Servicios Sociales Básicos para el estudio del caso
No riesgo	No se ha identificado ninguna situación de riesgo	Se debe abrir y cerrar expediente informativo para dejar constancia en el Sini@ ⁷⁴
Falta de información	No se dispone de información suficiente para valorar la situación de riesgo o desamparo	Se debe abrir expediente informativo para recoger más información y aclarar la situación en que se pueda encontrar el infante o adolescente.

Fuente: Protocolo Marco de actuaciones contra el maltrato a infantes y adolescentes de Cataluña⁷⁵

Por todo lo expuesto en este dictamen, se debe considerar que una menor que está en peligro de ser trasladada a su país de origen para contraer matrimonio no consentido se encuentra en una situación de riesgo del artículo 102 h) de la LDOIA, dado que se trata de «prácticas discriminatorias, por parte de los progenitores o titulares de la tutela o de la guarda, contra las niñas o las jóvenes, que conlleven un perjuicio para su bienestar y su salud mental y física». No obstante, si esta situación se agrava y se pasa a una violencia mayor hacia la menor que finalmente perjudique gravemente su desarrollo, se puede pasar a una situación de desamparo del artículo 105 i), dado que se trataría de «violencia machista o la existencia de circunstancias en el entorno sociofamiliar del niño o el adolescente, cuando perjudiquen gravemente su desarrollo», que se puede agravar si los padres no colaboran con las instituciones de acuerdo con el artículo 105 j).

⁷⁴ Sistema d'informació de la infància i adolescència

⁷⁵ Protocolo Marco de actuaciones contra el maltrato a infantes y adolescentes de Cataluña, p.32.

La gravedad de esta situación depende, en todo caso, de si el peligro de afectar al desarrollo de la menor es inminente y grave. En este caso, es una menor de corta edad, 12 años, de la que se conoce que sus padres la quieren llevar a su país de origen en agosto. Por tanto, se conoce la fecha determinada y se podría llegar a trabajar con la familia estableciendo una situación de riesgo y un compromiso socioeducativo para hacer entender a la familia lo que no puede hacer, siempre que la fecha en la que nos encontremos no sea muy cercana al mes de agosto. En caso de que se tratara de una situación de riesgo por estar lejos agosto, se debería comprobar el tiempo disponible para trabajar con la familia, como está afectando a la menor el conocer la decisión de sus padres, cual es la predisposición de la familia a trabajar con el equipo de servicios sociales y cumplir el compromiso socioeducativo, etc., para poder determinar si se trata de una situación de riesgo grave, moderado o leve.

En cambio, si la fecha fuera cercana a ese mes de agosto o no se pudiera crear un compromiso socioeducativo por falta de colaboración de los padres, se debería declarar el desamparo mediante el procedimiento administrativo descrito en los apartados anteriores. En este caso, y dado la existencia de una tía que la acompaña a los servicios sociales, se podría valorar el establecimiento de un acogimiento familiar simple regulado en los artículos 125 a 130 de la LDOIA. No obstante, no dispongo de suficiente información para poder valorar si la tía sería una familiar adecuada para plantear este tipo de acogimiento. Si se tuviera que proceder a esta separación de la niña de su núcleo familiar, se debería empezar a trabajar con la familia para poder llegar a la reintegración del menor en el núcleo familiar.

2.2.7. Posible negativa de los padres a la acción protectora

En el enunciado del caso se nos indica que la familia se niega al control por parte de los servicios sociales, ni suyo ni de la menor, y no acuden a las entrevistas con éstos. En este punto, es necesario tener en cuenta el artículo 105 j) de la LDOIA que establece que existe una situación de desamparo cuando se da

«La obstaculización por los progenitores o los titulares de la tutela o de la guarda de las actuaciones de investigación o comprobación, o su falta de colaboración, cuando este comportamiento ponga en peligro la seguridad del niño o el adolescente, así como la negativa de los progenitores o los titulares de la tutela o de la guarda a participar en la ejecución de las medidas adoptadas en situaciones de riesgo si ello conlleva la persistencia, la cronificación o el agravamiento de estas situaciones».

Por tanto, una situación inicial de riesgo, en la que nos encontraríamos en este caso si la fecha de la consulta fuera lejana a agosto, se convertiría en una situación de desamparo por la falta de colaboración por parte de los progenitores y, por tanto, conllevaría que fuera necesario la separación de la menor del núcleo familiar por ponerse en peligro su seguridad si se mantiene en él, dado que la falta de colaboración puede ser un indicio de que los progenitores planean un viaje anticipado o que no piensan cambiar de opinión respecto al matrimonio de su hija, provocando un peligro para su integridad psíquica por el miedo que este hecho puede causar en ella. Esta regulación y adopción de una protección mayor por parte de las Administraciones cuando se da una situación de negación por parte de los padres de la acción protectora se establece por la prioridad en nuestro ordenamiento del interés superior del menor.

El principio del interés superior del menor es un principio jurídico básico, tal y como ya hemos establecido anteriormente en este dictamen, y debe primar en todas las ocasiones en que se aplican derechos de menores o que un menor es parte de una situación, dado que vincula a todos los poderes públicos. Tiene rango constitucional, derivado del artículo 39.4 en relación con el artículo 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño, siendo desarrollado por la Observación General Número 14 del Comité de los Derechos del Niño. También está recogido en el artículo 2 de la LOPJM, y en el artículo 5 de la LDOIA⁷⁶. El artículo 2 de LOPJM establece unos criterios orientativos para determinar cómo se debe aplicar este principio y qué incluye. De este derecho, se deriva el hecho de deber tener «La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior», parecida definición a la establecida en el artículo 5.4 de la LDOIA y hecho del que se desarrolla el derecho del niño a ser oído y escuchado del que hablaremos más adelante.

El Comité de los Derechos del Niño ha ofrecido en su Observación General Número 14 una definición de contenido triple del concepto del interés superior del menor: como **derecho sustantivo**, directamente invocable ante los tribunales⁷⁷, en el sentido de que el menor tiene derecho a que sus intereses sean primordiales en el momento en que se tome una decisión sobre él; como **principio general de carácter interpretativo o principio jurídico interpretativo fundamental**, de forma que a la hora de interpretar una disposición en la que se puedan dar diferentes interpretaciones debe primar aquella que cumpla con el interés superior del menor; y como **norma de procedimiento**, que implica que se tengan en cuenta las circunstancias del menor como garantía en un procedimiento que le afecte y las repercusiones que la decisión que se vaya a tomar puedan tener sobre él⁷⁸, y que se deba seguir un procedimiento con todas las garantías, violándose el derecho si no se produce y siendo recurrible ante los tribunales⁷⁹. En nuestro ordenamiento, nuestro Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre la definición del concepto de interés superior del menor, siendo la sentencia de referencia la 141/2000, de 29 de mayo, en la que se establece que dicho interés superior no debe interpretarse como una discriminación positiva sino el otorgamiento del estatus de persona al menor y de los derechos y bienes que le corresponden como tal⁸⁰.

Se debe tener en cuenta que el interés superior del menor es relativo a éste como individuo y no como menor de edad en general, por lo que se deben tener en cuenta sus propias circunstancias. La propia Observación General Número 14 del Comité de los Derechos del Niño establece que «La evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe

⁷⁶ Ángeles DE PALMA DEL TESO, Administraciones públicas y protección de la infancia, p. 113 a 118.

⁷⁷ Julieta MORENO-TORRES SANCHEZ, Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia Guía para profesionales y agentes sociales, p. 17.

⁷⁸ Carmen SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, El sistema de protección a la infancia y la adolescencia, p. 87 a 91.

⁷⁹ Julieta MORENO-TORRES SANCHEZ, Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia Guía para profesionales y agentes sociales, p. 17.

⁸⁰ Julieta MORENO-TORRES SANCHEZ, Aplicación práctica del principio del interés del menor en el sistema de protección de menores, p. 11.

realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños o los niños en general. Esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño o los niños de que se trate», teniéndose en cuenta la opinión del niño, la identidad del niño, la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, el cuidado, protección y seguridad del niño, su situación de vulnerabilidad, su derecho a la salud y su derecho a la educación. En términos generales, el interés superior de menor es una

«ventaja efectiva para el niño o adolescente (componente positivo), conjugada en ocasiones con la evitación de perjuicio o previsible desventaja para él (componente negativo); elementos o componentes que, por ser compatibles, unas veces se presentan conjuntamente (su interés concreto reside en proporcionarle las mejores opciones y evitarle los riesgos o perjuicio próximos), otras como alternativos»⁸¹.

El interés del menor es un concepto jurídico indeterminado que responde a valores y criterios tanto jurídicos como sociales, como respuesta del derecho a los conflictos que se dan en la sociedad, pero tiene relación con lo ético, es decir, busca lo que más interesa al menor. Y por el hecho de ser un concepto jurídico indeterminado dispone de un núcleo fijo o zona de certeza positiva, en la que seguro nos encontramos dentro del concepto; y una zona intermedia o de incertidumbre, en las que podemos o no encontrarnos dentro del concepto⁸²: supone garantizar la protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, zona que se trata del núcleo fijo o zona de certeza positiva del concepto; por el contrario, todas aquellas circunstancias que conllevan una lesión o menoscabo de estos derechos, así como las situaciones de riesgo, desamparo o dificultad social se encontrarán en la zona de certeza negativa; y todo aquella que queda entremedio, se puede considerar la zona intermedia o de incertidumbre, donde el aplicador de la norma debe tomar la decisión más adecuada de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, decisión que queda sometida, posteriormente, a control judicial. Para tomar esta decisión, se deberán tomar en consideración todos los derechos del menor implicados en el asunto, buscando el interés superior concreto en aquella situación⁸³, teniendo en cuenta diferentes factores como la edad y madurez del menor, la igualdad y no discriminación, el efecto del transcurso del tiempo, la estabilidad de las soluciones y el tránsito a la edad adulta⁸⁴.

Concretamente, en relación con las decisiones administrativas, el uso del principio del interés general del menor será adecuado cuando no se separe de la idea de previsibilidad de la actuación administrativa, se cumpla con el principio de confianza legítima, se cumpla con el principio de

⁸¹ Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, p. 62 a 63.

⁸² Ángeles DE PALMA DEL TESO, *Administraciones públicas y protección de la infancia*, p. 113 a 118.

⁸³ Ángeles DE PALMA DEL TESO, *Administraciones públicas y protección de la infancia*, p. 113 a 118.

⁸⁴ Julieta MORENO-TORRES SANCHEZ, *Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia Guía para profesionales y agentes sociales*, p. 17.

igualdad ante la ley y se motive la decisión adecuadamente. El sistema de protección establece la entidad pública como garante de los derechos de los menores y promotora de sus intereses⁸⁵.

2.2.8. Capacidad jurídica y capacidad de obrar: diferencias en los menores en el ámbito civil

El nacimiento determina la personalidad (artículo 29 Código Civil Español). No obstante, en el plano jurídico se requiere que las decisiones se tomen con un grado de madurez suficiente para su eficacia jurídica y, si una persona no las puede adoptar por sí misma, la solución natural es encargar a un tercero con plena capacidad que actúe en su nombre o que le ayude a tomar estas decisiones⁸⁶. En una sociedad con unas características determinadas, sus miembros llegan a un cierto nivel de madurez suficiente para tomar decisiones respecto a sí mismos y para ser responsables de estas en una edad parecida y, en la sociedad española, este grado de madurez se considera obtenido a los 18 años, cuando el artículo 12 de la Constitución Española y el artículo 315 del Código Civil Español les otorga la categoría de mayores de edad y, por tanto, cuando la persona pasa a gozar de capacidad jurídica plena⁸⁷.

De estas diferentes capacidades se deriva la diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, siendo la primera la capacidad de ser titular de derechos y obteniéndose con el nacimiento, de acuerdo con el artículo 29 del Código Civil Español; y siendo la segunda la capacidad de ejercitar estos derechos de los que son titulares por sí mismos, sin necesidad de representante, que se adquiere con la mayoría de edad⁸⁸, de acuerdo con el artículo 322 de la misma norma. Esta distinción se hace necesaria dado que los actos solo deben producir efectos jurídicos plenos, de forma general, cuando quien los realiza tiene un grado de discernimiento acorde con la importancia jurídico-social del acto jurídico que está llevando a cabo, es decir, el grado mínimo de discernimiento opera como un requisito de eficacia del acto⁸⁹. En el caso de los menores de edad, para que sus actos sean efectivos deberá hacerse a través de un tercero que se cualifique como garante, sean los padres, los tutores o las administraciones públicas⁹⁰.

Las condiciones de madurez del menor son dinámicas, es decir, parten de una situación de completa invalidez y paulatinamente adquieren mayor madurez hasta poder valerse por sí mismos en todos los órdenes de la vida, logrando el pleno y libre desarrollo de la personalidad

⁸⁵ Julieta MORENO-TORRES SANCHEZ, Aplicación práctica del principio del interés del menor en el sistema de protección de menores, p. 12 a 14.

⁸⁶ José María RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, El concepto de menor. En: MARTÍNEZ GARCÍA, Clara (Coordinadora). Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia, p. 159 a 162.

⁸⁷ José María RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, El concepto de menor. En: MARTÍNEZ GARCÍA, Clara (Coordinadora). Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia, p. 159 a 162.

⁸⁸ Ángeles DE PALMA DEL TESO, Administraciones públicas y protección de la infancia, p. 96 a 98.

⁸⁹ José María RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, El concepto de menor. En: MARTÍNEZ GARCÍA, Clara (Coordinadora). Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia, p. 159.

⁹⁰ Ángeles DE PALMA DEL TESO, Administraciones públicas y protección de la infancia, p. 94 a 96.

que le hace un individuo autónomo⁹¹. Por ello, no se aplican las mismas restricciones de capacidad de obrar a todos los menores, sino que se tiene en cuenta su edad para determinar cuáles son los actos que puede realizar. Asimismo, el hecho de que el menor no disponga de plena capacidad de obrar no implica que todas las decisiones que le atañen queden siempre a cargo de aquellos que les representen: el menor tiene capacidad de obrar, pero limitada, variable y progresiva⁹². Además, y de acuerdo con los artículos 2.1.2 de la LOPJM y 17.2 de la LDOIA, las limitaciones de la capacidad de obrar de los menores en el ámbito de las medidas de protección deben ser interpretadas de forma restrictiva y de acuerdo con el interés superior del menor.

El Código Civil, concretamente regula la capacidad de obrar de los menores en sus artículos 162.2.1º, 1263.1 y 1264. De esta forma, el artículo 1263 del Código Civil Español establece que los menores no emancipados pueden prestar consentimiento por sí mismos en aquellos contratos «relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales». Concretamente, en relación con el matrimonio, el artículo 46.1 del Código Civil Español establece que «No pueden contraer matrimonio: 1º Los menores de edad no emancipados», habiéndose suprimido mediante la Disposición final primera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria la dispensa de matrimonio al mayor de 14 años pero menor de edad. En relación con las medidas para la protección de los menores que pueden realizar por sí mismos, en el ámbito civil, el Código Civil Español regula que el menor que tenga una capacidad bastante puede solicitar al Juez medidas para su protección propia, tanto en el plano personal como en el patrimonial (artículos 158 y 167), así como puede pedir la remoción de su guarda (artículo 173.3) y la remoción de su tutor (art. 248)⁹³. Asimismo, en el marco jurídico-civil de Catalunya, la capacidad de obrar está regulada en los artículos 211-5 y 211-6, que establecen cuales son los actos que puede hacer un menor según su madurez y su edad⁹⁴.

Sin embargo, la capacidad de obrar del menor ante las administraciones públicas diverge a la considerada en ámbito civil. Concretamente, la capacidad de obrar en los procedimientos administrativos viene regulada en los artículos 3 a 12 de la LPAC, estableciendo el primero la capacidad de obrar como necesaria para poder actuar ante las Administraciones. No obstante, existe normativa sectorial que establece provisiones específicas que permiten a los menores de edad el ejercicio y la defensa de sus derechos cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico actuar por si mismos ante la Administración Pública, sin necesidad de asistencia de su representante, en ese sector concreto, y no de forma general. En el caso que más nos interesa,

⁹¹ José María RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, El concepto de menor. En: MARTÍNEZ GARCÍA, Clara (Coordinadora). Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia, p. 159 a 162.

⁹² Almudena GONZÁLEZ GARCÍA, La capacidad de obrar de los menores ante las administraciones públicas, p. 912 a 913

⁹³ José María RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, El concepto de menor. En: MARTÍNEZ GARCÍA, Clara (Coordinadora). Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia, p. 176 a 184.

⁹⁴ Almudena GONZÁLEZ GARCÍA, La capacidad de obrar de los menores ante las administraciones públicas, p. 915

el de la protección administrativa de los menores, la LDOIA, en su artículo 17, permite a los niños y adolescentes ejercer y defender ellos mismos sus derechos. El apartado 3 de este mismo artículo también les permite dirigirse personalmente a las administraciones públicas encargadas de su atención y protección, al Ministerio Fiscal (artículo 124.1 de la Constitución Española en relación con el artículo 3.7 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) o al Síndic de Greuges para «pedir información, asesoramiento, orientación o asistencia». Asimismo, el artículo 123 de esta misma norma, reconoce al menor la capacidad para impugnar la resolución administrativa de protección que le afecte de forma directa⁹⁵.

Esta capacidad de obrar en la actuación administrativa tiene plena correlación con la capacidad procesal de los menores cuando se actúa en la jurisdicción contencioso-administrativa. No obstante, dicha correlación no se produce cuando se actúa en el orden civil, jurisdicción que conoce de las impugnaciones de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores⁹⁶.

2.2.9. Derecho del menor a ser escuchado

El legislador establece que para poder determinar cuál es el interés superior del menor, se deberán tener en cuenta sus posturas y anhelos. Es, por tanto, de este interés superior del menor del que se deriva el derecho del menor a ser oído y escuchado: la necesaria audiencia del menor antes de adoptar una decisión que les afecte deriva de la obligación de nuestro ordenamiento de respetar su personalidad⁹⁷.

El derecho del menor a ser escuchado está establecido en el artículo 12 de la Convención sobre los derechos del niño, cuando establece que

«1. Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional».

También se encuentra establecido en los artículos 9 de la LOPJM y en el artículo 7 de la LDOIA. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño, mediante su Observación General Número 12, ha desarrollado y concretado el contenido de este artículo 12, completándose mediante la

⁹⁵ Almudena GONZÁLEZ GARCÍA, La capacidad de obrar de los menores ante las administraciones públicas, p. 918 a 920.

⁹⁶ Almudena GONZÁLEZ GARCÍA, La capacidad de obrar de los menores ante las administraciones públicas, p. 924 a 928.

⁹⁷ Ángeles DE PALMA DEL TESO, Administraciones públicas y protección de la infancia, p. 118 a 122.

Observación General Número 14 que habla, como ya hemos comentado, del Interés Superior del Menor.

El derecho del menor de la forma planteada en la Convención conlleva una doble vía de participación en el procedimiento: la audiencia del menor en todo procedimiento tanto judicial como administrativo y su derecho de expresar su opinión en todos los asuntos que le afecten (derecho de participación)⁹⁸. Por todo ello, es un derecho renunciabile y se debe ejercer con libertad y sin presiones⁹⁹, siendo preferente la participación de expertos.

De acuerdo con la Observación General Número 12 del Comité de los Derechos del niño, el menor debe recibir, en un lenguaje comprensible, información sobre cuál es el objetivo de la escucha, cuáles son las cuestiones que se van a abordar y las consecuencias de las decisiones que pueden adoptarse en consecuencia, siempre en un entorno amigable. Es necesario hablar con el niño, para que conozca su derecho de expresar su opinión, las modalidades y las consecuencias, y el lugar, el tiempo y la forma en que se va a dar la escucha. La audiencia debe ser en un contexto propicio y que inspire confianza, de forma confidencial y en forma de conversación. Además, solo se debe escuchar a un niño que se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio, determinándose caso por caso, es decir, sin límite de edad, no siendo necesario que el niño tenga conocimiento de todos los aspectos del problema, sino que basta con una comprensión suficiente de éste. Finalmente, se le deben comunicar los resultados para que pueda mostrar su opinión al respecto y para que pueda hacer aclaraciones, así como establecer vías de recurso para los casos en que el niño considere que su derecho a ser escuchado no ha sido satisfecho o que no se han tenido en cuenta sus opiniones.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre cómo debe llevarse a cabo la exploración judicial del menor mediante la Sentencia 64/2019, de 9 de mayo, estableciendo que la audiencia de los menores se debe hacer en presencia del Ministerio Fiscal y en ausencia de las partes implicadas en el procedimiento, normalmente, los progenitores. La documentación que se entregue posteriormente a las partes, a discreción del juez, se hará mediante un acta cuyo contenido «únicamente deberá detallar aquellas manifestaciones del menor imprescindibles por significativas, y por ello estrictamente relevantes, para la decisión del expediente», para proteger el derecho a la intimidad del menor. Además, la Fiscalía General del Estado, publicó la Circular número 3/2009, de 10 de noviembre de 2009, sobre protección de los menores víctimas y testigos, donde se establecen una serie de pautas sobre el interrogatorio de los menores y la valoración de la declaración del menor como testigo¹⁰⁰.

⁹⁸ Carmen SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, El sistema de protección a la infancia y la adolescencia, p. 96 a 98.

⁹⁹ Sara DíEZ RIAZA, El derecho del menor a ser oído en el proceso. En: MARTÍNEZ GARCÍA, Clara (Coordinadora). Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia, p. 561 a 568.

¹⁰⁰ Sara DíEZ RIAZA, El derecho del menor a ser oído en el proceso. En: MARTÍNEZ GARCÍA, Clara (Coordinadora). Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia, p. 561 a 568.

3. CONCLUSIONES

Tras la elaboración del análisis jurídico, y en aras a poder emitir el dictamen que servirá de base a la Administración Pública para tomar las decisiones que estime pertinentes, se han obtenido las siguientes conclusiones:

I. La protección del menor y su regulación legal. Los derechos de los menores derivan tanto del ordenamiento internacional, del estatal, del autonómico y del local. Concretamente, en las actuaciones relativas a la protección del menor, y en Cataluña, existe un sistema mixto de protección del menor en el que participan tanto las familias como las administraciones públicas, cuyas competencias se dividen entre los servicios sociales básicos, pertenecientes a los entes locales, que tratan los casos de riesgo, y los servicios sociales especializados en infancia y adolescencia, pertenecientes a la Generalitat de Catalunya y que se encargan de los casos de desamparo.

II. Legitimación para poner en conocimiento de los servicios sociales la situación de desprotección en la que se encuentre un menor. Todos los ciudadanos tienen el deber de comunicar, intervenir y denunciar a los servicios sociales básicos casos que consideren que ponen en peligro a un menor. No obstante, existen profesionales, como los del ámbito de la educación, que, dadas las características de sus trabajos, tienen un contacto mayor con menores y, por tanto, pueden detectar casos de riesgo o desamparo en mayor abundancia. Por ello, se les impone una obligación mayor de comunicación de estos casos, siguiendo los protocolos aprobados en los diferentes ámbitos profesionales y en los diferentes ámbitos territoriales, que les dan pautas sobre cuál debe ser su actuación concreta según el nivel de desprotección en los que se encuentre el menor.

III. Naturaleza de la actuación administrativa de la protección de la infancia y la adolescencia. La actuación administrativa en el ámbito de protección a la infancia y la adolescencia es automática y en consideración de poder público, disponiendo, por lo tanto, sus resoluciones, de autotutela tanto declarativa como ejecutiva. Por ello, se reconocen ciertas garantías en sus actuaciones: el seguimiento de un procedimiento legalmente establecido, el sometimiento al principio de legalidad y la utilización de los principios reguladores de la actividad de protección de menores, que se concretan en el interés superior del menor, la preeminencia de la familia biológica, la diversidad y proporcionalidad de las medidas protectoras y la doble instancia administrativa y judicial. En base a estos principios, la actuación administrativa debe tener en cuenta siempre cuál es el interés del menor concreto sobre el que se están aplicando las medidas y dichas medidas deben ir orientadas de forma progresiva: en primer lugar, a ayudar a la familia y, en segundo lugar y únicamente cuando no sea posible otra solución, separar al menor de su núcleo familiar.

IV. Procedimientos de riesgo y desamparo. De acuerdo con este principio de proporcionalidad de las medidas protectoras es necesario establecer diferentes medidas de acuerdo con el grado de desprotección con el que se pueda encontrar el menor. Se diferencia, por ello, entre las situaciones de riesgo, que no conllevan la separación del menor de la familia, y las de desamparo, que sí que la conllevan. Por ello, en las situaciones de riesgo, se trabaja con

la familia, mediante la asunción de un compromiso socioeducativo en el que deben colaborar tanto la familia como los servicios sociales, para reducir y eliminar esa situación de desprotección, sin ser necesaria una resolución administrativa para completar el procedimiento. En cambio, en las situaciones de desamparo, la gravedad de la desprotección implica la necesidad de una resolución administrativa, posterior a un procedimiento administrativo que debe cumplir con todas las garantías (participación de los interesados y control judicial), por la que el menor o la menor es separado o separada de su núcleo familiar y su tutela es asumida por la DGAIA.

V. Tipos de riesgo y desamparo. Se pueden diferenciar diferentes tipologías de riesgo y desamparo según la gravedad e inminencia del peligro para el menor. Concretamente, existen dos tipos diferentes de riesgo, (grave y leve o moderado), según la gravedad del riesgo para el desarrollo del menor; la situación de desamparo, en la que el peligro es grave pero no es necesaria una protección inminente; y la situación crítica, en que el peligro es grave e inminente. Cada una de estas situaciones conlleva un tipo de actuación distinta por parte de la administración.

VI. Matrimonios forzados. Un matrimonio forzado infantil es aquel tipo de violencia machista y maltrato, considerada como tipo de trata de seres humanos, por el que se produce la unión de dos personas en matrimonio cuando, al menos una de ellas, no ha dado su libre y pleno consentimiento y cuando al menos una de las partes es menor de 18 años. La regulación civil declara nulos dichos matrimonios por no cumplir con los requisitos de edad y consentimiento, así como típica como delito penal el uso de intimidación grave o violencia para obligar a dicho acto, imponiendo una pena mayor cuando se trata de menores de edad. Si un menor está sometido a dicha actuación puede encontrarse en una situación de desprotección.

VII. Situación ante la que se encuentra la menor. Una niña de 12 años que está en peligro de ser llevada a su país de origen para someterla a un matrimonio forzoso se encuentra en una situación de desprotección. En caso de que nos encontramos en un tiempo lejos del momento en que va a ser trasladada, se podría tratar como una situación de riesgo teniendo en cuenta los diversos factores de la familia y la opinión de la menor. En cambio, si la fecha fuera cercana al mes de agosto o la familia no colaborara con la administración, se debería declarar su desamparo. No obstante, partiendo del hecho que los servicios sociales han intentado intervenir en la familia y que la familia se niega a que se realice ningún tipo de seguimiento, aunque inicialmente se pudiera calificar la situación como riesgo, tras dicha negativa la situación debería pasar a calificarse como desamparo.

En caso de declaración de desamparo, debería ser valorada cual es la mejor opción de guarda en interés superior del menor. Teniendo en cuenta que existe una tía que la lleva a los servicios sociales y que, por tanto, está en contra de la realización de dicho matrimonio forzado, se podría plantear si tiene las características y situación familiar, económica, de vivienda, emocional, etc., adecuadas para poder cuidar de su sobrina, mediante la figura del acogimiento en familia extensa. Para ello, se valorarán las habilidades y la capacitación de la tía para ser considerada apta para el cuidado de la menor de edad, es decir, se comprobará que, cuando se encuentre bajo su cuidado, la menor de edad no estará expuesta a ningún tipo de riesgo y se encontrará

protegida por dicha acogedora. Siempre que sea posible, se intentará mantener a la menor de edad en la red familiar.

VIII. Capacidad jurídica y de obrar de los menores. La diferencia entre la capacidad jurídica del menor, que se obtiene con el nacimiento, y la capacidad de obrar plena, que se obtiene con la mayoría de edad, tiene su base en la capacidad dinámica, variable y progresiva de las personas. Sin embargo, la capacidad de obrar del menor ante las administraciones públicas diverge a la considerada en ámbito civil, dada la existencia de normativa sectorial administrativa que permite a los menores de edad el ejercicio de sus derechos por sí mismos ante las administraciones públicas, tal como sucede en el ámbito de la protección de menores en Cataluña donde la LDOIA permite a los menores dirigirse personalmente a las administraciones públicas encargadas de su atención y protección, al Ministerio Fiscal o al Síndic de Greuges, así como les reconoce al menor la capacidad para impugnar la resolución administrativa de protección que le afecte de forma directa. Estos derechos tienen una correlación en su actuación delante de la jurisdicción contencioso-administrativa, no siendo así en la civil, que es la que conoce de las impugnaciones de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

IX. Interés superior del menor y su derecho a ser escuchado. El interés superior del menor es configurado desde una triple perspectiva: como una norma de derecho sustantivo directamente invocable ante los tribunales, como un principio general de carácter interpretativo sobre el que se deben basar todas las decisiones administrativas y judiciales; y como una norma de procedimiento; y debe ser determinado caso por caso según la situación concreta en la que se encuentra el menor y sus características específicas. Concretamente, en el ámbito de protección de menores, el uso de dicho principio parte de la idea de previsibilidad de la actuación administrativa, del principio de confianza legítima, de la motivación de las decisiones y de la aplicación del principio de igualdad ante la ley, siendo la Administración Pública la promotora de dicho interés.

Uno de los aspectos a tener en cuenta para determinar cuál es el interés superior del menor concreto es la opinión de dicho menor y, de ello se deriva el derecho del menor a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, siempre de acuerdo con la capacidad natural del menor, en un entorno amigable y respetando su intimidad.

4. EMISIÓN DEL DICTAMEN

En este caso, la Administración Pública, concretamente los servicios sociales del municipio en el que reside la menor, consultan si deben o no llevar a cabo alguna actuación y de qué naturaleza. Atendiendo a la petición de los servicios sociales donde reside la menor de edad procedo a la emisión del dictamen fundamentado en el estudio de profundización realizado en los apartados anteriores.

En este punto debemos basarnos totalmente en los hechos y detalles importantes del caso: (1) El núcleo familiar está formado por una madre, un padre y una hija de 12 años; (2) La menor pone en conocimiento de su profesor que su padre la quiere casar cuando marchen en agosto de vacaciones a su país de origen; (3) El profesor informa a los servicios sociales; (4) Los servicios

sociales inician un seguimiento a la familia, pero los progenitores se niegan a colaborar; y (5) La menor comparece, acompañada de su tía, en las dependencias municipales con una petición de ser escuchada.

Ante estos hechos, en primer lugar, debemos calificar en que tipo de situación de desprotección se encuentra la menor. Aunque en un primer momento la situación pudiera haber sido calificada como una situación de riesgo, si el momento del viaje se hubiera encontrado lejos del momento del aviso, dado que la consulta se realiza por la administración una vez los padres ya han dado su negativa a la colaboración con los servicios sociales, dicha situación de desprotección ya no puede ser calificada como riesgo, por tratarse de una **práctica discriminatoria por parte de los progenitores contra la menor que conlleva un perjuicio para su bienestar y salud mental**, independientemente del momento en que se produzca la comunicación y de la cercanía del viaje, dado que la **situación y la falta de colaboración de la familia pone en peligro la seguridad de la menor y su desarrollo**. Por ello, se deberá calificar la desprotección como desamparo mediante un procedimiento de naturaleza administrativa que se detallará a continuación.

Los servicios sociales, antes de obtener esta negativa, como dice el propio caso, iniciaron el seguimiento de la familia, es decir, y aunque no se especifica esta información, entiendo que se abrió un expediente de riesgo, lo comunicaron a la DGAIA, se acordó su inicio y se comunicó a la familia, al profesor (por haber sido él el que derivó el caso a los servicios sociales) y a la menor. Los servicios sociales se pusieron en contacto con los progenitores para ofrecerles el tipo de ayuda que necesitan, a lo que ellos se negaron, así como se negaron a prestar colaboración. Posteriormente, la menor acudió a dichos servicios sociales **pidiendo ser escuchada, petición que dichos servicios deberán aceptar**, dado ésta tiene derecho a pedir información, asesoramiento, orientación o asistencia directamente a las administraciones públicas encargadas de su atención y protección, sin necesidad de que sus padres lo conozcan.

Ante la negativa de los padres a la colaboración y por el posible desamparo de la menor, **los servicios sociales deberán derivar el caso al EAIA**, que realizará una evaluación de la situación en la que se encuentra la menor. En este caso, y dada la negativa de los padres a colaborar de ninguna forma con los servicios sociales y el posible peligro para la integridad que este hecho puede conllevar, el EAIA puede detectar una situación de desamparo, por lo que **deberá hacer la propuesta técnica de desamparo y la medida de protección**.

A partir de este momento se incoa el procedimiento de desamparo, del que es competente la DGAIA, inicio que deberá ser notificado a los progenitores. Previamente a dicha incoación pueden, los servicios sociales especializados dependientes de la DGAIA, si el mes en el que se produce la consulta es cercano al mes de agosto y puede producirse el viaje de forma inminente, dictar una medida cautelar y separar a la menor de su núcleo familiar, mediante resolución motivada, e iniciar el procedimiento de desamparo.

Una vez incoado el procedimiento administrativo de desamparo, se debe iniciar la etapa de instrucción, donde comparecerán los equipos técnicos y los progenitores para realizar las alegaciones oportunas y proponer las pruebas que consideren pertinentes, así como se practicarán aquellas pruebas propuestas por los progenitores y las que el tribunal considere

adecuadas de oficio, y se debe **escuchar a la menor**, de acuerdo con su madurez y en un entorno adecuado. Cuando ya se hayan practicado todas estas pruebas, se debe proceder a la terminación del procedimiento por **resolución motivada**, donde se **deberá declarar la situación de desamparo de la menor, que conllevará la asunción automática de su tutela por parte de la administración y su separación de su núcleo familiar**. Dicha resolución **puede ser recurrida** tanto por los progenitores como por la menor, en sede administrativa.

En este momento, la administración deberá valorar cual es la mejor solución para la menor: un acogimiento por su tía, si esta cumple las condiciones adecuadas para ello (de lo que nos falta información y debería obtenerse), un acogimiento en otro tipo de familia extensa, un acogimiento en otra familia o un acogimiento en centro.

Posteriormente, es necesario informar a los servicios sociales que dicha resolución administrativa podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil por parte de los progenitores y del Ministerio Fiscal que actúe en defensa del menor, así como por la propia DGAIA.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- DE PALMA DEL TESO, Ángeles. *Administraciones públicas y protección de la infancia*. Primera Edición. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2006. 484 p. ISBN: 978-84-7351-258-9
- GENERALITAT DE CATALUNYA, DEPARTAMENT D'ACCIÓ SOCIAL I CIUTADANIA, SECRETARIA D'INFÀNCIA I ADOLESCÈNCIA. *Expedients administratius de protecció a la infància i l'adolescència*. Barcelona: 2009. P. 1-35
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Primera Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. 139 p. ISBN: 978-84-9053-614-8.
- LÓPEZ SAN LUIS, Rocío (directora) y BASTANTE GRANELL, Víctor (coordinador). *La protección del menor: situación y cuestiones actuales*. Primera Edición. Granada: Editorial Comares, S.L., 2019. 324 p. ISBN: 978-84-9045-726-9.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Clara (Coordinadora). *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*. Primera Edición. Navarra: Editorial Aranzadi, 2016. 888 p. ISBN: 978-84-9098-378-2
- MAYORAL SIMÓN, Joan. *El sistema de protección a la infancia i l'adolescència en la Llei 14/2010, de 27 de maig, de drets i oportunitats en la infancia i l'adolescència (LDOIA)*. Barcelona: 31 de enero de 2011. P. 1-158
- MORENO-TORRES SANCHEZ, Julieta. *Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia Guía para profesionales y agentes sociales*. Málaga: 2015. P. 1-66.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *El interés del menor*. Segunda Edición. Madrid: Dykinson, S.L., 2007. 329 p. ISBN: 978-84-9849-014-5.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen. *El sistema de protección a la infancia y la adolescencia*. Primera Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. 366 p. ISBN: 978-84-9143-928-8

Revistas

- ALLUEVA AZNAR, Laura. Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores. En: *InDret Catalán*. Barcelona: 2011, InDret 4/2014, 25 p. ISSN: 1698-739X.
- DE PALMA DEL TESO, Ángeles. Las competencias de la Generalitat de Cataluña en materia de protección pública de menores. En: *Revista d'estudis autonòmics i federals*. Barcelona: 2007, REAF - 5/2007, p. 413-445. ISSN: 2014-8658, 1886-2632
- DE PALMA DEL TESO, Ángeles. El derecho de los menores a recibir protección: El papel de la familia y de las administraciones públicas. La actuación de las administraciones públicas

- en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores. En: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. Madrid: 2011, núm. 15. P. 185-215. ISSN: 1575-8427.
- ESQUINAS VALVERDE, Patricia. El delito de matrimonio forzado (art. 172 bis CP) y sus relaciones concursales con otros tipos delictivos. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Granada: 2018. P. 1-47. ISSN: 1695-0194
- GONZÁLEZ GARCÍA, Almudena. La capacidad de obrar de los menores ante las administraciones públicas. En: *Revista jurídica de Catalunya*. Barcelona: 2017, Vol. 116, Nº 4, 2017. P. 909-928. ISSN: 1575-0078.
- MORENO-TORRES SANCHEZ, Julieta. Aplicación práctica del principio del interés del menor en el sistema de protección de menores. En: *Nudos Servicios Sociales*. Jaén: diciembre de 2007. P. 9-15. ISSN: 1887-0252.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. Protección a la infancia en la legislación española. Especial incidencia en los malos tratos (parte general). En: *REVISTA DE DERECHO UNED*. Madrid: 2007, núm. 2, p. 77 a 94. ISSN: 2255-3436.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. La protección de las personas menores de edad en la legislación civil catalana. En: *InDret Catalán*. Barcelona: 2014, InDret 2/2014, 41 p. ISSN: 1698-739X.

Conferencias

- SOCIETAT CATALANA D'ADVOCATS DE FAMÍLIA. *XVII Jornades de Dret de Família. Algunes qüestions teòriques i altres molt practiques*. Barcelona: Octubre 2019.

ANEXOS

Anexo 1 - Esquema del Protocolo de Actuación entre los Departamentos de Bienestar Social y Familia y de Educación, de Detección y Notificación, Derivación y Coordinación de las Situaciones de Maltrato Infantil y Adolescente en el ámbito educativo

Esquema del Protocolo de Actuación entre los Departamentos de Bienestar Social y Familia y de Educación, de Detección y Notificación, Derivación y Coordinación de las Situaciones de Maltrato Infantil y Adolescente en el ámbito educativo

Fuente: XTEC (Xarxa Telemàtica Educativa de Catalunya)

<http://xtec.gencat.cat/ca/centres/projeducatiu/convivencia/protocols/maltractament-infantil-adolescent/index.html>

PROTOCOL DE PREVENIÓ, DETECCIÓ, NOTIFICACIÓ, DERIVACIÓ I COORDINACIÓ DE LES SITUACIONS DE MALTRACTAMENT INFANTIL I ADOLESCENT EN L'ÀMBIT EDUCATIU

Introducció i objectius

Maltractament infantil i juvenil

Situació en què un infant o adolescent és objecte de violència, física o psicològica, sexual i/o emocional, o privació dels seus drets i del seu benestar, per acció o per omissió, per part dels pares i/o cuidadors, les persones de qui generalment depèn per al seu desenvolupament correcte o per part de qualsevol altra persona.

Per saber-ne més

- Tipologia de maltractaments
- Àmbit d'aplicació
- Principis d'actuació
- Indicacions per a l'aplicació i per a la implementació
- Paper de l'àmbit educatiu en la detecció del maltractament infantil
- Normativa bàsica
- Protocol Marc d'actuacions en casos d'abusos sexuals i altres maltractaments greus a menors
- Protocol de prevenció, detecció, notificació, derivació de les situacions de maltractament infantil i

PREVENIÓ

- ### Elements de prevenció davant situacions d'abús sexual o altres maltractaments en l'àmbit educatiu
- Informació sobre abusos sexuals
 - Educació afectiva i sexual
 - Educació socioemocional
 - Clima comunicatiu en l'àmbit escolar
 - Actituds relacionals entre els professionals dels centres educatius i els infants per evitar situacions no desitjables
 - Orientació a les famílies
 - Recull d'activitats didàctiques per a la prevenció d'abusos sexuals. Educació primària
 - Recull d'activitats didàctiques per a la prevenció d'abusos sexuals. Educació secundària

DETECCIÓ

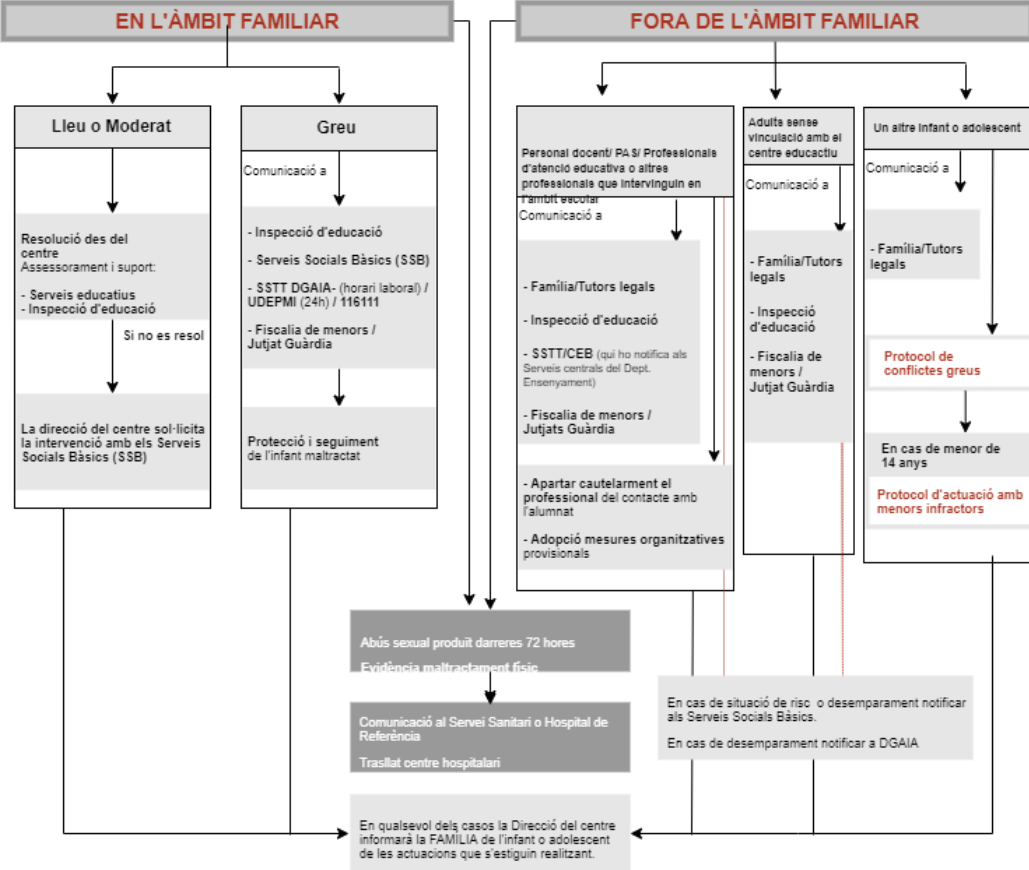
Indicadors de maltractament

Simulador del Mòdul de Suport a la GEStió del risc (SMSGR)

DIRECCIÓ

OBSERVACIÓ O per part d'un membre de la comunitat escolar

VALORACIÓ I INTERVENCIÓ



Col·laboració dels serveis i centres educatius amb la DGAIA i EAIA per valorar situacions de risc i desemparament

Recollida d'un infant en situació de desemparament i sota les funcions tutelars de la DGAIA al centre educatiu