

La situación de riesgo en la legislación estatal y autonómica gallega: estudio jurisprudencial y doctrinal



& **Resumen/Abstract:** *En el ordenamiento jurídico estatal y autonómico gallego se regula la declaración de riesgo, como medida de protección para los menores que se encuentren inmersos en una situación de conflictividad familiar o social que no alcanza la gravedad suficiente como para separar al menor de su entorno. Dada la incompleta regulación legal de la figura, los distintos pronunciamientos judiciales y doctrinales han ido perfilando los aspectos básicos de esta institución cuya finalidad es la superación de la problemática familiar mediante programas de apoyo desarrollados por los entes públicos competentes. No obstante, si los factores de riesgo no pueden ser suprimidos o atenuados, la entidad pública deberá proceder a la declaración de desamparo del menor. &*

& **Palabras clave:** protección, menor de edad, riesgo, desamparo, reunificación familiar.

SUMARIO

I. Introducción	96
II. La regulación de la situación de riesgo en el ámbito estatal	97
1. Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores	97
2. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor	97
3. Anteproyecto de Ley de Actualización de la Legislación sobre Protección a la Infancia	98
III. La regulación de la situación de riesgo en el ámbito autonómico gallego	101
1. Introducción	101
2. La regulación del riesgo en la normativa derogada por la Ley 3/2011 de 30 de junio, Ley de Apoyo a la Familia y a la Convivencia de Galicia	102
3. La actual regulación de la situación de riesgo en la normativa en vigor	102
IV. Consideraciones jurisprudenciales sobre la situación de riesgo	103
V. Conclusiones	105
Bibliografía	111

I. INTRODUCCIÓN

La protección del menor y, en particular, la referida a los menores en situación de riesgo o conflicto social ha sido objeto de una especial preocupación por los organismos internacionales que se ha plasmado en la promulgación de diversas normas que regulan dicha problemática. Durante el pasado siglo fueron distintos los documentos que reconocieron la autonomía personal, social y jurídica del menor:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (París, 10 de diciembre de 1948).
- La Declaración Universal de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Nueva York, 20 de noviembre de 1959).
- La Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Nueva York, 20 de noviembre de 1989). Fue ratificada por más de 90 estados, entre ellos España el 30 de noviembre de 1990¹. Su extraordinaria significación deviene, por su consideración, como un verdadero código universal sobre el menor, donde se enuncian exhaustivamente los derechos que se le reconocen². Su aprobación fue el punto de partida que permitió el reconocimiento de la necesidad de procurar una protección especializada a un ámbito de la población caracterizado por su vulnerabilidad. Su influjo se ha sentido en la restante normativa promulgada en los distintos órdenes: internacional, comunitaria, estatal, autonómica...

Con posterioridad, y en el mismo sentido, se aprobó la Resolución A3-012/92, que aprueba la Carta Europea de los Derechos del Niño³ y el Convenio de la Haya de 1993 sobre adopciones internacionales⁴.

La influencia de los textos internacionales anteriormente mencionados se aprecia de forma nítida en las normas aprobadas a nivel estatal y autonómico. Si bien es cierto que la protección al menor de edad en situación de abandono ha sido objeto de atención por parte del legislador español desde la promulgación del Código Civil hasta nuestros días, en la normativa promulgada en los últimos lustros se aprecia el influjo de las normas internacionales citadas, pues se busca una protección activa e integral del menor.

Además, en el capítulo III del título I de la Constitución Española donde se regulan los principios rectores de la política social y económica, se recoge la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores, concretamente en el artículo 39. El cumplimiento de este mandato constitucional impelió al poder legislativo a la promulgación de la normativa precisa para superar las situaciones de desprotección de los menores de edad.

Fue, sin duda, la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modifica el Código Civil, y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores⁵, la que produjo una significativa renovación del régimen protector del menor de edad imperante hasta ese momento. Con posterioridad, la aprobación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁶, vigente en la actualidad, apuntaló este cambio normativo, subsanando ciertas deficiencias de la norma anterior⁷.

En el ámbito gallego, la legislación aprobada en materia de protección de menores se realizó de conformidad con la estatal, regulándose ciertos aspectos prácticos del sistema a través de los diversos decretos promulgados. La Ley 2/2006, de 14 de junio⁸, de Derecho Civil de Galicia, ha

introducido, respecto a la normativa anterior, alguna modificación en determinadas cuestiones, pero cabe afirmar que no ha supuesto una ruptura con la regulación precedente⁹, y la recientemente publicada Ley 3/2011, de 30 de junio, de Apoyo a la Familia y a la Convivencia de Galicia¹⁰ ha modificado y completado ciertos preceptos de la citada norma jurídica.

II. LA REGULACIÓN DE LA SITUACIÓN DE RIESGO EN EL ÁMBITO ESTATAL

1. Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores.

Como se expuso, dos son las normativas básicas aprobadas en el derecho territorial estatal en materia de protección de menores. En relación con la situación de riesgo, hay que señalar que no fue recogida en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que, por el contrario, sí reguló la declaración de desamparo que suponía la asunción de forma automática de la tutela *ex lege* del menor por parte de la entidad pública y la separación de su familia de origen.

La aplicación práctica de la citada norma puso de manifiesto que en determinadas ocasiones la declaración de desamparo de un menor, cuando la problemática familiar no era lo suficientemente grave, provocaba efectos muy perjudiciales en las relaciones familiares, pudiendo incluso suponer el alejamiento definitivo de aquél de su entorno familiar. Por tanto, puede considerarse la *ratio legis* de la situación de riesgo el intento por parte del legislador de evitar el rigor derivado de la declaración de desamparo, regulando una medida que permite ayudar a los progenitores en la superación de sus problemas sin ser preciso separar al menor de su familia.

2. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el preámbulo de la Ley Orgánica 1/1996 se establece que las situaciones de riesgo se caracterizan por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente como para justificar su separación del núcleo familiar. No realiza la norma una regulación expresa de la figura, aunque dedica los artículos 12 a 18 a ciertos aspectos de ésta.

Así, el artículo 12 dispone que las entidades públicas quedarán obligadas a prevenir y reparar las situaciones de riesgo, y en aquellos supuestos en que exista un daño físico o moral, real o potencial para el menor, será procedente la declaración de desamparo, asumiendo la entidad pública su tutela.

La ley determina que los poderes públicos deben velar para que los padres, tutores o guardadores ejerzan adecuadamente sus responsabilidades, facilitando los servicios necesarios en todas las áreas para el adecuado desarrollo del menor, entendiendo cierta doctrina que este postulado puede presuponer la intromisión de los poderes públicos en el ejercicio de la patria potestad o tutela¹¹. Asimismo, se impone de forma expresa a la ciudadanía, especialmente a aquellos que por su profesión o función tengan mayor conocimiento, la comunicación a la autoridad competente de cualquier situación de riesgo o posible desamparo de un menor, sin perjuicio de prestarles el auxilio inmediato necesario.

Además, los órganos públicos competentes quedan obligados a investigar y comprobar las denuncias recibidas y prestar la asistencia necesaria en cada caso específico. Como se

dispone en el artículo 15, en toda intervención se procurará contar con la colaboración del menor y de su familia en la toma de decisiones sobre las medidas adecuadas, evitando, en lo posible, la interferencia en su ámbito escolar, social o laboral.

De forma más concreta, el artículo 17, sin estipular una conceptualización específica de la situación de riesgo, establece sus notas definitorias y cuál ha de ser la actuación del ente público en estos supuestos.

“En situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia.

Una vez apreciada la situación de riesgo, la entidad pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento de la evolución del menor en la familia”.

De la redacción del artículo, cabe realizar las siguientes matizaciones; en primer lugar, se hace inevitable afirmar que el precepto es escasamente explícito sobre las situaciones que pueden provocar una declaración de riesgo, lo que puede suponer su aplicación en un significativo número de supuestos¹². Esta generalización crea, indudablemente, importantes dificultades de interpretación, otorgando a la entidad pública un amplio margen de discrecionalidad en la apreciación de una hipotética situación de riesgo¹³, pudiendo, en ocasiones, considerar como tal la existencia en el ambiente familiar de situaciones de precariedad laboral o económica que no impliquen desatención ni perjuicio importante para el menor¹⁴.

Por otro lado, tampoco es expresa la normativa estatal sobre la naturaleza de las medidas a aplicar para la superación de estas circunstancias, aspecto que ha tenido un tratamiento desigual en el resto de las legislaciones de las Comunidades Autónomas –a excepción de Galicia, que será objeto de análisis en las líneas siguientes–. Sólo en algunas se ha regulado con rigurosidad esta cuestión, enumerando explícitamente las diversas actuaciones que ha de efectuar la entidad pública para superar la crisis¹⁵.

3. Anteproyecto de Ley de Actualización de la Legislación sobre Protección a la Infancia.

En este contexto, el 8 de julio de 2011 se aprobó el Anteproyecto de Ley de Actualización de la Legislación sobre Protección a la Infancia. En este punto del trabajo parece interesante exponer los preceptos más importantes de su contenido, aclarando, no obstante, que a día de hoy no se han iniciado los trámites parlamentarios para su conversión en ley, por lo que actualmente su contenido carece de validez legal.

El objetivo del citado anteproyecto es la mejora de la protección de los menores en nuestro país, evitando las situaciones de desamparo y potenciando el acogimiento familiar frente al ingreso en centros de acogida, especialmente para los menores de seis años. En este sentido, se establece expresamente que los menores de tres años no ingresarán en centros asistenciales, salvo que existiese imposibilidad muy justificada.

En la propia exposición de motivos del citado anteproyecto, se estipula que los importantes cambios sociales producidos desde la aprobación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, exigen una actualización de los instrumentos de protección jurídica a la infancia.

A través de la citada ley de actualización se pretenden introducir las modificaciones necesarias para permitir la mejora de las instituciones protectoras de la infancia y adolescencia, así como conseguir la unificación del sistema de protección al menor en el territorio estatal, postulándose como el marco de referencia jurídico de las legislaciones de las distintas Comunidades Autónomas, siguiendo *las propuestas formuladas por el Defensor del Pueblo, por la Fiscalía General del Estado o por el Comité de los Derechos del Niño, y en las conclusiones y recomendaciones de la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines.*

En referencia a estas últimas, es importante recordar que, con fecha de 1 de octubre de 2008, el Pleno del Senado acordó, por unanimidad de los senadores presentes, la creación de una Comisión Especial del Senado para analizar la problemática de la adopción nacional y los temas afines relacionados con ella, como el desamparo y el acogimiento familiar y residencial.

El origen de este acuerdo del Senado se sitúa en un escrito de 19 de septiembre de 2008 dirigido a la Mesa del Senado en el que, al amparo del artículo 59 del reglamento del citado órgano, veinticinco senadores solicitaban la creación de una comisión especial sobre esta materia con la finalidad de estudiar «la forma en que las Comunidades Autónomas están solventando los principales problemas que plantea; su relación con la adopción internacional, para conocer si el impacto de su crecimiento en los últimos años ha podido condicionarla; la situación y perspectivas de institucionalización de menores desamparados; la eficacia de las diferentes modalidades de acogimiento; la cooperación entre las distintas administraciones competentes; los efectos de la dilatada institucionalización de los menores en su desarrollo personal; la suficiencia de la normativa actual para hacer frente a los procesos de acogimiento y adopción nacional; y cuantos aspectos afecten directa o indirectamente al interés superior del menor, bien jurídico fundamental a proteger»¹⁶.

La mesa y los portavoces de la comisión elaboraron un cuestionario tipo para su remisión a cada uno de los comparecientes¹⁷; entre los meses de marzo de 2009 y junio de 2010 se celebraron 21 sesiones, con un total de 39 comparencias.

En la última sesión de la comisión, que tuvo lugar el día 15 de noviembre de 2010, fue aprobado, por unanimidad, el citado informe sobre la problemática de la adopción nacional y otros temas afines. En él se recogen las principales cuestiones abordadas y propuestas planteadas por los intervinientes, estableciéndose al final las conclusiones y recomendaciones de la propia comisión¹⁸.

El anteproyecto consta de tres artículos que modifican las principales leyes que regulan las instituciones jurídicas para la protección de menores. El primer artículo modifica la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, en el segundo se recogen las modificaciones que afectan al Código Civil y en el tercero las correspondientes a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A los efectos del presente estudio, únicamente se comentarán las modificaciones que el citado anteproyecto introduce en el artículo 17 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, mediante su artículo primero, apartado tres.

1. En situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia.

2. La intervención en la situación de riesgo corresponde a la administración pública competente conforme a lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica aplicable y en coordinación con los centros y unidades escolares, sociales y sanitarias del respectivo ámbito territorial.

3. La valoración de la situación de riesgo conllevará la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención social concreto, que deberá recoger las actuaciones y recursos necesarios para su eliminación, manteniendo al menor en su entorno familiar.

4. Los padres, tutores, guardadores o acogedores, dentro de sus respectivas funciones, colaborarán activamente, según su capacidad, en la ejecución de las medidas indicadas en la resolución de la situación de riesgo. La omisión de esta colaboración podrá dar lugar a la declaración de desamparo, si así lo requiere la evolución de la situación de riesgo y la protección del menor.

5. La declaración de situación de riesgo deberá formalizarse por medio de una resolución administrativa con notificación formal a los representantes legales del menor, cuando se observen indicadores de riesgo significativos de desamparo, se inicie un programa de preservación familiar para evitar la separación de la familia, y no exista la suficiente colaboración de la familia. Esta resolución será susceptible de recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

6. Cuando la administración pública competente para apreciar y corregir la situación de riesgo estime que existe una situación de desprotección que puede requerir la separación del menor de su ámbito familiar o cuando, concluido el período previsto en el plan de intervención, no se hayan conseguido cambios en el desempeño de los deberes de guarda que garanticen que el menor cuenta con la necesaria asistencia moral o material, lo pondrá en conocimiento de la entidad pública a fin de que valore la procedencia de declarar el desamparo y lo comunicará al Ministerio Fiscal.

7. Cuando en los supuestos señalados en el apartado 6 anterior la entidad pública considere que no procede declarar el desamparo, lo pondrá en conocimiento del órgano que haya declarado el riesgo y del Ministerio Fiscal. En todo caso, el Ministerio Fiscal hará una supervisión de la situación del menor.

8. El órgano competente para la declaración de riesgo adoptará, en colaboración con los servicios de salud correspondientes, las medidas adecuadas de prevención, apoyo y seguimiento, de las situaciones de posible riesgo prenatal, a los efectos de evitar una eventual posterior declaración de riesgo o desamparo del recién nacido. A tales efectos, se entiende por situación de riesgo prenatal la falta de cuidado del propio cuerpo, o la ingestión de drogas o sustancias psicotrópicas por parte de la mujer durante el proceso de gestación, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por ésta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades físicas o psíquicas al recién nacido.

Como se observa, se procede a una regulación más completa de la situación de riesgo, así como de las medidas que se deben adoptar para disminuir los factores de la misma y promover la protección del menor en su entorno. El legislador considera que la intervención de los servicios sociales en estos supuestos es crucial, dado que es el primer eslabón del sistema de protección, por lo que se intentará aportar soluciones para superar esta situación y evitar así la adopción en el futuro de decisiones más traumáticas para el menor y su familia.

En primer lugar, se destaca que la actuación en el ámbito familiar será realizada por la entidad pública competente en colaboración con los centros escolares, sociales y sanitarios. Declarada la situación de riesgo, el órgano público deberá elaborar y ejecutar un plan de intervención social concreto, estipulando el modo de ejecución y los recursos a emplear para superar dicha situación y mantener al menor en su entorno.

La declaración de la situación de riesgo corresponde al órgano público competente. Esta declaración deberá realizarse mediante resolución administrativa, cuando existan indicadores

de riesgo significativos de desamparo o bien cuando se inicie un programa de preservación familiar para evitar la separación de la familia y no exista la suficiente colaboración por parte de ésta. Esta decisión será recurrible judicialmente.

Declarada la situación de riesgo, si la entidad pública competente considera que el menor debe ser separado de su entorno o, finalizado el período establecido para la recuperación de la familia, no se aprecian cambios significativos en el comportamiento de los progenitores, el órgano competente adoptará las medidas pertinentes, valorando la posible declaración de desamparo del menor.

En el último punto se dispone la aplicación de las medidas adecuadas de prevención, apoyo y seguimiento de las posibles situaciones de riesgo prenatal –entre otras, falta de cuidado del propio cuerpo de la embarazada, ingesta de sustancias estupefacientes durante la gestación...– para evitar la eventual declaración de riesgo o declaración de desamparo del recién nacido.

En síntesis, el legislador perfila una regulación integral de la situación de riesgo pero se observa que ha obviado estipular de forma precisa las líneas de actuación que las entidades públicas han de seguir en estos supuestos, dejando a su criterio las medidas a aplicar en función de las necesidades familiares y cuya tipología dependerá de los problemas existentes en el ámbito familiar. No obstante, como se advirtió, carece de vinculación legal lo dispuesto en el Anteproyecto de Ley de Actualización de la Legislación sobre Protección a la Infancia; en materia de protección jurídica de menores sigue vigente el contenido de la Ley Orgánica 1/1996.

III. LA REGULACIÓN DE LA SITUACIÓN DE RIESGO EN EL ÁMBITO AUTONÓMICO GALLEGO

Introducción.

Dispone el artículo 148.20 de la C.E. que las Comunidades Autónomas, en sus respectivos territorios, podrán asumir la competencia en materia de asistencia social. Por otro lado, se recoge en la disposición final vigesimoprimeras de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, la supletoriedad de esta norma en relación con la legislación aprobada en este ámbito en las distintas CC.AA., sin perjuicio de la competencia exclusiva del Estado en las materias enumeradas en el artículo 149 de la C.E.

La aprobación del Estatuto de Autonomía de Galicia legitima la actuación legislativa de la Comunidad Autónoma gallega en el campo de la protección de la familia, de la infancia y de la adolescencia, recogida, específicamente, en los títulos competenciales genéricos de asistencia social y de promoción del desarrollo comunitario¹⁹. El primero de ellos dio lugar a las transferencias a la misma de las funciones en las materias de servicios y asistencia social²⁰ y de instituciones de protección y tutela de menores²¹.

El ejercicio de tales competencias propició la promulgación de una legislación profusa en materia de protección de menores, siendo la primera de ellas la Ley 3/1997, de 9 de junio, Gallega de la Familia, de la Infancia y de la Adolescencia²². El desarrollo ejecutivo de la citada norma implicó la aprobación de numerosos decretos ya derogados²³. El número de disposiciones promulgadas provocó una dispersión normativa sobre la materia que aconsejó su unificación y refundición en un único texto legal, en el que además se incluyeran las adaptaciones necesarias que la evolución social y jurídica había puesto de manifiesto desde la aprobación de la ley. En este contexto, se promulga el Decreto 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia en el ámbito territorial gallego²⁴.

Con posterioridad, se aprueba la Ley de Derecho Civil de Galicia 2/2006, de 14 junio, que, al contrario que su predecesora, incorpora en su articulado la protección jurídica de menores, concretamente en el título I. Por otro lado, la reciente publicación de la Ley 3/2011, de 30 de junio, Ley de Apoyo a la Familia y a la Convivencia de Galicia, ha introducido importantes cambios en la legislación vigente en esta materia en el territorio autonómico gallego, dado que ha modificado, mediante su disposición adicional 3ª, los artículos 6, 25 y 26 de la LDCG. Asimismo, la disposición derogatoria única declara derogadas cualquier norma de igual e inferior rango que se opongan a lo establecido en la citada ley y, en concreto, la Ley 3/1997, de 9 de junio; el capítulo V del título I de la Ley 7/2004, de 16 de julio, para la Igualdad de Mujeres y Hombres²⁵, y el título III del Decreto 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia.

2. La regulación del riesgo en la normativa derogada por la Ley 3/2011, de 30 de junio, Ley de Apoyo a la Familia y a la Convivencia de Galicia.

La regulación de la declaración de riesgo ha sido incluida en todas las normas territoriales gallegas de protección a la infancia y adolescencia, aunque su tratamiento jurídico ha sido distinto. De forma breve, y a efectos meramente expositivos, hay que señalar que la Ley 3/1997, dada su cercanía temporal y normativa con la Ley Orgánica 1/1996, establecía una definición similar a la incluida en la citada ley orgánica, al determinar que el menor sería declarado en riesgo cuando existiesen circunstancias que pudieran ocasionarle un menoscabo en su desarrollo integral, y como novedad estipulaba las medidas necesarias para su prevención²⁶.

En el Decreto 42/2000 se delimitaba de forma más concreta esta situación, al establecer en su artículo 27.1 que *“será aquella en que pueda encontrarse el menor cuando, a causa de sus circunstancias personales, familiares o por influencias de su entorno, se esté perjudicando su desarrollo personal o social, sin alcanzar la gravedad suficiente como para justificar la declaración de desamparo y la separación del menor de su familia. En las situaciones de riesgo, la actuación administrativa se dirigirá a procurar las necesidades básicas del menor, mejorando su medio familiar y eliminando los factores de riesgo”*, siendo procedente la aplicación de las medidas anteriormente citadas.

3. La actual regulación de la situación de riesgo en la normativa en vigor.

En virtud de lo establecido en las líneas anteriores y dada la derogación de las anteriores normativas, la regulación de la situación de riesgo actualmente en vigor se recoge en el artículo 26 de la LDCG, que, como se dijo, ha sido modificada y completada por la Ley 3/2011 (artículos 48-51).

Así, el citado artículo considera como situación de riesgo:

1. *“La que se produce de hecho cuando la persona menor de edad, sin estar privada en su ámbito familiar de la necesaria asistencia moral o material, se ve afectada por cualquier circunstancia que perjudique su desarrollo personal, familiar, social o educativo y que permita razonablemente temer que en el futuro pueda estar incurso en una situación de desamparo, inadaptación o de exclusión social.*

2. *En tales casos, la actuación de los poderes públicos se orientará a la prevención del desamparo y a la reparación de la situación de riesgo que pudiera afectar a la persona menor».*

Del tenor del precepto, cabe extraer las siguientes conclusiones: es una situación de hecho que se caracteriza por provocar un perjuicio al desarrollo personal, familiar, social o educativo del menor. Es importante incidir en que el menor no se encuentra privado de la necesaria asistencia moral o material en su ámbito familiar, puesto que en tal caso sería procedente la declaración de desamparo. Y, por último, debe existir un temor fundado a que, de mantenerse esta situación, derive en el desamparo del menor o bien en su inadaptación o exclusión social.

El legislador gallego, para evitar la indeterminación de los factores de riesgo, establece en el artículo 49 de la Ley 3/2011 las situaciones generadoras del mismo:

“a) La falta de atención física o intelectual de la persona menor de edad por parte de sus padres, madres, tutores, tutoras, guardadores o guardadoras que suponga perjuicio leve para su salud física o emocional, descuido no grave de sus necesidades principales u obstaculización para el ejercicio de sus derechos, cuando se estime, por su naturaleza o la repetición de los episodios, la posibilidad de su persistencia o el agravamiento de sus efectos.

b) La dificultad sería que las personas referidas en el apartado anterior tengan para dispensar adecuadamente al niño o niña o adolescente la referida atención física e intelectual, no obstante su voluntad de hacerlo, cuando ello suponga los efectos descritos en dicho apartado.

c) La utilización del castigo físico o emocional sobre la o el menor que, sin constituir episodio severo o patrón crónico de violencia, perjudique su desarrollo.

d) Las carencias de todo orden que, no pudiendo ser compensadas adecuadamente en el ámbito familiar, ni impulsadas desde el mismo para su tratamiento a través de los servicios y recursos esenciales y/o normalizadores, puedan propiciar la exclusión social, inadaptación o desamparo de la o del menor.

e) El conflicto abierto y permanente entre los padres, madres, tutores, tutoras, guardadores o guardadoras, o entre cualquiera de ellos y la persona menor, cuando pueda perjudicar el desarrollo personal o social de la misma.

f) Cualesquiera otras situaciones, además de las contempladas en este artículo, que, de persistir, pudieran evolucionar y derivar en desamparo de la o el menor”.

En estos supuestos, el ente público debe prevenir el desamparo y la reparación de la situación de riesgo mediante la detección, valoración e intervención, activando sus propios recursos, en colaboración con las demás administraciones y servicios públicos y privados, como se dispone en el artículo 50 de la citada norma.

Por otro lado, en el artículo 51 se estipulan los objetivos a conseguir por la entidad pública ante las situaciones de riesgo; entre otros, la mejora del medio familiar con la colaboración de los responsables del menor y el propio menor, la idoneidad de las condiciones sociales, económicas, culturales de los menores, la eliminación o disminución de los factores de riesgo mediante la capacitación de los progenitores, proporcionándoles los medios y la ayuda necesaria para permitir la permanencia del menor en el hogar y la satisfacción de las necesidades principales de los menores.

De igual modo a lo establecido en el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia, la norma gallega no determina de forma concreta las medidas que se deben aplicar cuando una familia es declarada en riesgo, disponiendo únicamente la consecución de los objetivos mencionados en las líneas anteriores y dejando al arbitrio del órgano competente la toma de decisiones sobre el procedimiento a aplicar.

IV. CONSIDERACIONES JURISPRUDENCIALES SOBRE LA SITUACIÓN DE RIESGO

Tras la exposición de la regulación legal de la situación de riesgo en el ámbito estatal y autonómico gallego, analizaremos en las siguientes líneas la interpretación judicial sobre los distintos aspectos de esta medida de protección, así como la estipulación, a través de los distintos pronunciamientos jurisprudenciales, de las directrices básicas que deben guiar las actuaciones administrativas en estos supuestos.

En un primer sentido, y dada la indeterminación jurídica del concepto de riesgo, la jurisprudencia ha intentado aproximar su conceptualización. A título ilustrativo, traemos a colación la SAP de Lérida de 25 de octubre de 2004²⁷, en la que se determinan de forma específica aquellas situaciones consideradas como “nivel de alto riesgo”, citando textualmente la “falta de medidas de salud e higiene (tanto de la madre como del menor), en parte derivados de la falta de domicilio en condiciones, la falta de sustento económico, la desestructuración del núcleo familiar, y otras derivadas,(...), falta de estímulos del menor...”.

Del mismo modo a lo establecido en los textos legales, el sector judicial establece que la situación existente no alcanza la gravedad suficiente como para separar al menor de su entorno familiar, por lo que la actuación de los poderes públicos se dirigirá a satisfacer las necesidades básicas del menor, promoviendo las medidas de protección de éste y de su familia, y eliminando así los factores que lo desencadenan. Es la medida administrativa más respetuosa con el menor y su familia.

En este sentido, consideran los órganos judiciales que, declarada la situación de riesgo, la entidad pública debe elaborar y poner en marcha un proyecto de intervención social e individual de carácter temporal con la familia afectada, al objeto de solventar sus dificultades e intentar mantener al menor en su entorno²⁸. Se exige una implicación fehaciente por parte de la Administración en la rehabilitación de los progenitores haciendo un seguimiento constante de su evolución e interviniendo cuando las circunstancias lo requieran, dado que, como en numerosas ocasiones se ha puesto de manifiesto, el éxito o fracaso de los programas de ayuda dependen en gran medida de la actuación administrativa. Es, por tanto, una función atribuida al ente público adoptar las medidas oportunas para reducir o anular los factores de riesgo y dificultad social en que se encuentren los menores²⁹ y evitar así la declaración de desamparo del menor y su consecuente salida del núcleo de origen³⁰.

En relación con la tipología de las medidas que se deben aplicar para evitar la disgregación familiar, y dado el silencio del legislador estatal al respecto, la doctrina ha determinado que pueden ser de tipo económico, psicológicas, sociales, terapéuticas, educativas, intervención técnica, asistencia domiciliaria³¹... No obstante, como se declara en numerosos pronunciamientos jurisprudenciales, si tras la aplicación de las distintas medidas no existe posibilidad de remoción de los obstáculos existentes y los padres no consiguen rehabilitarse, bien por no haber seguido las directrices marcadas por la entidad pública o por agravarse las condiciones iniciales, la protección del menor exige que sea retirado de su entorno de forma inmediata para evitar se le ocasionen mayores perjuicios³².

Así, se exige a la Administración que intente de forma fehaciente y rigurosa el mantenimiento del menor en su familia de origen, utilizando para ello todos los medios disponibles que deben ser aplicados siempre en virtud del interés superior del menor. El principio de integración familiar sólo puede ser quebrado cuando los esfuerzos realizados en ese sentido por el ente público competente sean infructuosos e ineficaces y se hayan agotado todas las vías medidas para su consecución, derivando la situación en un evidente riesgo lesivo para el menor³³.

Por último, y en relación con la trascendental decisión de separar a un menor de su entorno, los órganos judiciales exigen que se sustente en un análisis riguroso y objetivo de la situación familiar, sin que tenga cabida ningún otro argumento más para decretar el alejamiento que la salvaguarda de su situación emocional y física³⁴. Incluso ciertos órganos judiciales han aplicado con rigor esta premisa al decretar el mantenimiento de la convivencia familiar en tanto existan dudas razonables sobre la conveniencia de su suspensión³⁵. En todo caso, la verificación de este principio se plasma en la exigencia a la Administración para que demuestre que ha aplicado todas las medidas posibles para mantener al menor en su familia originaria antes de proceder a su separación³⁶, dado que, como declara el Tribunal Constitucional³⁷, la declaración de desamparo exige una interpretación restrictiva precisamente por la importancia de los efectos, a veces irreversibles, que sobre los miembros de la familia provoca esta situación³⁸.

V. CONCLUSIONES

Conforme a lo dispuesto en la normativa estatal y autonómica gallega, la declaración administrativa de riesgo procede cuando en el entorno familiar del menor existen circunstancias que supongan un perjuicio físico o moral para ese menor sin alcanzar la gravedad suficiente como para declarar la separación de su familia. La importancia de esta medida de protección es manifiesta por cuanto intenta la subsanación de la problemática familiar manteniendo al menor en su entorno, tratando de evitar la toma de decisiones drásticas que, en numerosas ocasiones, la práctica ha evidenciado que suponen la irreversibilidad de la reunificación familiar. La tipología de las medidas a aplicar en estos supuestos difiere en función de las necesidades y carencias familiares, cuya finalidad última es la eliminación de los factores desencadenantes de esta situación.

Por otro lado, e incidiendo en las diferencias observadas en la regulación de ambas normativas, se observa que en el ámbito autonómico gallego se ha procedido a regular de forma más completa esta institución jurídica, estipulando el legislador aquellos supuestos que pueden generar una declaración de riesgo y los objetivos a conseguir por el ente público en estos casos, hecho que, como hemos observado, no se ha producido en el derecho común. Es inevitable apuntar como una de las causas de esta diferencia legal el desfase temporal en la publicación de ambas normas, más reciente la gallega y que sin duda ha seguido la corriente legislativa en materia de protección de menores plasmada en las restantes legislaciones autonómicas del Estado español y de los demás países de nuestro entorno, circunstancia que no se ha producido en el ordenamiento estatal, pues a pesar de la aprobación del Anteproyecto de Ley de Actualización de la Legislación sobre Protección a la Infancia, que sí incluye una regulación más acorde con los principios imperantes actualmente en materia de protección de menores, así como una necesaria actualización y mejora de los instrumentos y medidas protectoras de la infancia, actualmente carece de eficacia legal debido a que no se han iniciado los trámites parlamentarios para su conversión en ley.

Dada esta situación, ha sido la doctrina judicial y científica la que, a través de sus distintos pronunciamientos, ha ido perfilando los aspectos básicos de esta figura, estipulando las situaciones generadoras de una declaración de riesgo y estableciendo las directrices básicas que deben guiar las actuaciones administrativas en estos supuestos. Acorde con lo establecido en los textos legales, el objetivo último de la intervención familiar es la superación de la problemática existente en la familia para que el menor no deba ser separado de su entorno de origen y conseguir así el cumplimiento del principio establecido por el ordenamiento jurídico de que el menor crezca y se desarrolle en su núcleo familiar. Sin embargo, este principio no es absoluto, pues, como determinan los órganos judiciales, si los progenitores no consiguen rehabilitarse o los factores de riesgo no pueden ser reducidos, la entidad pública debe declarar el desamparo del menor, asumir su tutela *ex lege* y, consecuentemente, proceder a la separación familiar.

Notas

1 Este texto de rango internacional reconoce que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales.

En la misma línea, considera a la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, y que debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Es necesario, para el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad del menor, crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Afirma que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

2 ALONSO PÉREZ, Mariano (1997), "La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras", *Actualidad Civil* n.º 1, pp. 17-40. Respecto a este Convenio, RAVETLLAT BALLESTÉ, Inmaculada, (2007), "Protección a la infancia en la legislación española. Especial incidencia en los malos tratos (Parte General)", *Revista de Derecho UNED* n.º 2, pp. 77-94, destaca dos novedades frente a la Declaración de los Derechos del Niño aprobada en 1959 y la denominada Declaración de Ginebra de 1924, "en primer lugar, no es ya un texto meramente declarativo de principios genéricos –la Declaración de Ginebra enumeraba cinco, y la Declaración de 1959 incluía diez–, sino un instrumento jurídico vinculante; en segundo lugar, la concepción exclusivamente tuitiva es sustituida por una nueva y distinta concepción que afirma que el niño es sujeto de derechos. El niño es, para la Convención, un sujeto en desarrollo, pero un sujeto de derechos, y no sólo de derechos pasivos, es decir, derechos a recibir prestaciones de los adultos, sino también derechos activos como la libertad de conciencia, pensamiento y religión, la libertad de expresión e información, la libertad de asociación y reunión o el derecho de participación. En otras palabras, cabe decir que la Convención termina con aquella vieja concepción del niño/a de ser visto como los aún-no –aún-no adultos, aún-no responsables, aún-no capaces, aún-no competentes, aún-no fiables, aún-no con los mismos derechos, aún-no dignos de ser escuchados–, frente a la categoría de los adultos, representada por la idea de los ya-sí".

3 *DOCE* de 21 de septiembre de 1992, n.º C 241.

4 *BOE* de 1 de agosto de 1995, n.º 182. Es de destacar la repercusión que tuvo la aprobación del Convenio de la Haya número XXXIII, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993. Su importancia reside en la consecución de un procedimiento común a nivel internacional en materia de adopción. En él se reconoce que, para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión, y se recuerda que cada Estado debería tomar con carácter prioritario medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen.

Además de la consecución de la unicidad del procedimiento internacional de la adopción, que supuso la obtención de un marco jurídico de mayor transparencia y, por tanto, seguridad en dichos procesos, su aprobación apuntaló los principios recogidos en la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas –anteriormente citada– como lo haría la legislación aprobada con posterioridad a la misma. Fue ratificado por España el 30 de junio de 1995, *BOE* de 1 de agosto de 1995, n.º 182.

5 *BOE* de 17 de noviembre de 1987, n.º 275.

6 *BOE* de 17 de enero de 1996, n.º 15.

7 *Vid.* NORIEGA RODRÍGUEZ, Lydia (2011), "Comentario a la distinta normativa de protección jurídica de menores promulgada en el ámbito estatal y autonómico gallego", *Actualidad Civil*, n.º 14, pp. 1-24.

8 *DOG* de 29 de junio de 2006, n.º 124.

9 Así, LORENZO MERINO, Fernando José (2006), *Prólogo a la Ley de Derecho Civil de Galicia*, segunda edición, ed. Tecnos, Madrid, pp. 31 y ss, estima que procede, básicamente, de lo regulado por las distintas normas existentes en el ámbito autonómico gallego, y que, a su vez, procedían de la normativa que sobre la materia se había promulgado en el ámbito estatal, vía la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

10 *DOG* de 13 de julio de 2011, n.º 134.

11 En este sentido, *vid.* GULLÓN BALLESTEROS, Antonio (1996), "Sobre la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor", *La Ley* n.º 1, pp. 1690-1693.

12 Entre otros, dificultades económicas de la familia, problemas de salud o desavenencias conyugales...

13 GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, (1996), se refiere a esta situación como la "omnímoda discrecionalidad de la Administración", "Sobre la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor", *ob. cit.*

14 NÚÑEZ MUÑOZ, Carmen (1996), "Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor", *La Ley* n.º 1, pp. 1483-1490.

15 Entre otras, Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía, *BOE* de 24 de junio de 1998 n.º 150 (art. 20); Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y Adolescencia de Aragón, *BOE* de 8 de junio de 2001 n.º 189 (art. 47); Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor de Asturias, *BOE* de 20 de abril de 1995 n.º 94 (arts. 24-30); Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores, de Canarias, *BOE* de 14 de marzo de 1997, n.º 63 (art. 16); Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha, *BOE* de 25 de mayo de 1999, n.º 124 (art. 32); Ley 17/2006, de 13 de noviembre, Integral de la Atención y de los Derechos de la Infancia y Adolescencia de Islas Baleares, *BOE* de 13 de diciembre de 2006 n.º 297 (art. 61.2); Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección del Menor, de La Rioja, *BOE* de 23 de marzo de 2006, n.º 70 (arts. 38-44); Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia, *BOE* de 2 de junio de 1995, n.º 95 (art. 42.2).

Nos parece de interés transcribir el artículo 20 de la ley andaluza por el amplio abanico de medidas preventivas y de ayuda a las familias declaradas en situación de riesgo que en él se recogen.

“Artículo 20. Medidas de prevención y apoyo a la familia.

Se promoverán planes integrales dirigidos a la promoción de la infancia y a la prevención de las situaciones de riesgo.

Las medidas de apoyo a la familia podrán ser de carácter técnico y económico.

El apoyo técnico consistirá en intervenciones de carácter social y terapéutico a favor del menor y su propia familia, y tenderá a la prevención de situaciones de desarraigo familiar, así como a la reinserción del menor en ella.

El apoyo económico a las familias que carezcan de recursos suficientes se concretará a través de ayudas económicas de carácter preventivo y temporal para la atención de las necesidades básicas de los menores de ellas dependientes.

Se desarrollarán programas de integración social del menor con dificultades especiales, dirigidos a procurar la eliminación de aquellas barreras físicas y de comunicación que les impidan su propio desarrollo personal y su integración educativa y social.

Se promoverán programas de información y sensibilización sobre el menor y sus problemáticas particulares, incentivando la colaboración ciudadana en la denuncia de posibles situaciones o circunstancias que pongan en peligro la integridad del menor o de su desarrollo personal.

Se desarrollarán programas formativos de garantía social dirigidos a ofrecer a los adolescentes alternativas a situaciones de rechazo del sistema escolar ordinario, fracaso y absentismo, proporcionándoles una formación profesional que favorezca una próxima incorporación laboral.

Las medidas anteriormente mencionadas se llevarán a la práctica con la colaboración y de forma coordinada con los servicios sociales comunitarios correspondientes.

16 BOCG del Senado, serie I, 17 de noviembre de 2010, n.º 545, p. 1.

17 “1. ¿Considera acertado el actual modelo de gestión de protección al menor que existe en nuestro país, tanto el previsto en las CCAA como en el Estado?

2. ¿Considera que la protección efectiva del menor se lleva a cabo de modo similar en todas las CCAA?

3. En su opinión, ¿resuelve adecuadamente nuestro ordenamiento jurídico el conflicto entre el interés de los padres biológicos y el interés superior del menor?

4. En su opinión, ¿qué reformas habría que introducir para que se ampliara el número de adopciones nacionales?

5. En su criterio, ¿responde al interés superior del menor el actual sistema de institucionalización?

6. De considerarlo oportuno, ¿qué modificaciones introduciría en dicho sistema de institucionalización?

7. ¿Considera el acogimiento como una de las medidas más importantes en nuestro actual sistema de protección del menor? En caso afirmativo, ¿propondría alguna modificación para hacerlo más eficaz?

8. ¿Qué opinión le merece el tiempo de duración real de los acogimientos y cómo influye en el menor?

9. ¿Considera adecuada y suficiente la normativa actual relativa a adopción nacional y acogimiento? Señale ventajas, inconvenientes y posibles modificaciones que introduciría.

10. En concreto, ¿considera necesaria una revisión de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor?”.

BOCG del Senado, serie I, 17 de noviembre de 2010, n.º 545, p. 2.

18 BOCG del Senado, serie I, 17 de noviembre de 2010, n.º 545, pp. 3-20.

19 *Vid.*, en este sentido, el artículo 27 contenido en el capítulo II de la Ley Orgánica 1/1981, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Galicia, que reza así: “en el marco del presente Estatuto corresponde a la Comunidad Autónoma gallega la competencia exclusiva de las siguientes materias: Organización de sus instituciones de autogobierno. Organización y régimen jurídico de las comarcas y parroquias rurales como entidades locales propias de Galicia, alteraciones de términos municipales comprendidos dentro de su territorio y, en general, las funciones que sobre el régimen local correspondan a la Comunidad Autónoma al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución y su desarrollo. Ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda. Conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del derecho civil gallego. Las normas procesales y procedimientos administrativos que se deriven del específico derecho gallego o de la organización propia de los poderes públicos gallegos. Estadísticas para los fines de la Comunidad Autónoma gallega. Obras públicas que no tengan la calificación legal de interés general del Estado o cuya ejecución o explotación no afecte a otra Comunidad Autónoma o provincia. Ferrocarriles y carreteras no incorporados a la red del Estado y cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma y, en los mismos términos, el transporte llevado a cabo por estos medios o por cable. Los puertos, aeropuertos y helipuertos no calificados de interés general por el Estado y los puertos de refugio y puertos y aeropuertos deportivos. Montes, aprovechamientos forestales, vías pecuarias y pastos sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.23 de la Constitución. Régimen jurídico de los montes vecinales en mano común. Aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos cuando las aguas discurren íntegramente dentro del territorio de la Comunidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.22 de la Constitución. Instalaciones de producción, distribución y transporte de energía eléctrica cuando este transporte no salga de su territorio y su aprovechamiento no afecte a otra provincia o Comunidad Autónoma, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.22 y 25 de la Constitución. Las aguas minerales y termales. Las aguas subterráneas sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.22 de la Constitución, y en el número siete del presente artículo. La pesca en las rías y demás aguas interiores, el marisqueo, la acuicultura, la caza, la pesca fluvial y la ecuestre. Las ferias y mercados interiores. La artesanía. Patrimonio histórico, artístico, arquitectónico, arqueológico, de interés de Galicia, sin perjuicio de lo que dispone el artículo 149.1.28 de la Constitución; archivos, bibliotecas y museos de interés para la Comunidad Autónoma, y que no sean de titularidad estatal, conservatorios de música y servicios de bellas artes de interés para la Comunidad. El fomento de la cultura y de la investigación en Galicia, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 149.2 de la Constitución. La promoción y la enseñanza de la

lengua gallega. La promoción y la ordenación del turismo dentro de la Comunidad. La promoción del deporte y la adecuada utilización del ocio. Asistencia social. La promoción del desarrollo comunitario. La creación de una policía autónoma de acuerdo con lo que disponga la Ley Orgánica prevista en el artículo 149.1.29 de la Constitución. El régimen de las fundaciones de interés gallego. Casinos, juegos y apuestas con exclusión de las apuestas mutuas deportivo-benéficas. Los centros de contratación de mercancías y valores de conformidad con las normas generales de derecho mercantil. Cofradías de pescadores, cámaras de la propiedad agrarias, de comercio, industria y navegación y otras de naturaleza equivalente, sin perjuicio de lo que dispone el artículo 149 de la Constitución. Normas adicionales sobre protección del medio ambiente y del paisaje en los términos del artículo 149.1.23. Publicidad sin perjuicio de las normas dictadas por el Estado para sectores y medios específicos. Las restantes materias que, con este carácter y mediante ley orgánica, sean transferidas por el Estado.

20 Por el Real Decreto 2411/1982, de 24 de julio, se trasladaron las competencias y funciones del Estado en materia de servicios y asistencia sociales a la Xunta de Galicia, traspasándose, asimismo, los correspondientes servicios e instituciones y medios personales, materiales y presupuestarios precisos para el ejercicio de aquéllas.

21 Mediante el Real Decreto 1108/1984, de 29 de febrero, se produjo el traspaso de las funciones del Estado en materia de protección de menores a la Comunidad Autónoma de Galicia, así como los correspondientes servicios e instituciones y medios personales, materiales y presupuestarios precisos para el ejercicio de aquéllas.

22 DOG de 20 de junio de 1997, n.º 118.

23 Entre otros, los siguientes:

- Decreto 202/1997, de 24 de julio, por el que se crea el Observatorio Gallego de la Familia, DOG de 7 de agosto de 1997, n.º 151, modificado por el Decreto 186/1998, de 11 de junio, DOG de 29 de junio de 1998, n.º 123.

- Decreto 279/1997, de 1 de octubre, por el que se regulan los gabinetes de orientación familiar, DOG de 9 de octubre de 1997, n.º 195.

- Decreto 172/1998, de 5 de junio, por el que se desarrolla la Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega de la familia, de la infancia y de la adolescencia, en lo relativo al régimen sancionador, DOG de 18 de junio de 1998, n.º 116.

- Decreto 169/1999, de 14 de mayo, por el que se regulan las medidas de protección de menores y adopción, DOG de 8 de junio de 1999, n.º 108.

24 DOG de 6 de marzo de 2000, n.º 45.

25 DOG de 3 de agosto de 2004, n.º 149.

26 Art. 15. Entre otras, se promoverán las siguientes medidas de prevención:

“El apoyo a la infancia y a la adolescencia a través de medidas económicas o técnicas como principal recurso de carácter preventivo, que se dirigirá a cubrir sus necesidades básicas y mejorar el entorno familiar, con el fin de garantizar el derecho a desarrollarse, siempre que sea posible, en el seno de su propia familia.

El conocimiento y fomento de los recursos destinados a la atención de la infancia y adolescencia, procurando que los menores dispongan de los medios necesarios para su desarrollo integral.

La realización de programas de prevención, detección y seguimiento del absentismo escolar.

La elaboración de programas de prevención del riesgo, maltrato o explotación infantil.

El desarrollo de programas de integración social de la infancia y de la adolescencia con dificultades especiales, dirigidos a procurar la eliminación de las barreras físicas y de comunicación que les impidan su pleno desarrollo personal y su integración educativa y social.

La promoción de programas de información y sensibilización sobre la infancia y adolescencia y sus problemáticas particulares, incentivando la colaboración ciudadana en la denuncia de las posibles situaciones o circunstancias que pongan en peligro la integridad de los niños y niñas y de los adolescentes y de las adolescentes en su desarrollo personal.

El desarrollo de programas formativos de garantía social dirigidos a ofrecer a los adolescentes alternativas a la situación de rechazo del sistema escolar ordinario, fracaso o absentismo escolar, ofreciéndoles una formación preprofesional que favorezca una próxima incorporación laboral”.

27 Ponente POCINO MOGA, JUR. 2005, marg. 7910.

28 Vid. expresamente la SAP de Barcelona de 19 de noviembre de 2003, ponente ANGALDA FORS, E., JUR. 2004, marg. 5232, en la que se disponen de forma taxativa las medidas a cumplir por la progenitora para que su hijo permanezca en el seno de la familia. En caso de incumplimiento, la sala determina que, en atención del principio fundamental del *favor filii*, el juez competente, en ejecución de sentencia, podrá adoptar las disposiciones que considere oportunas para evitar cualquier perjuicio al menor.

29 En este sentido se manifiesta el AAP de Tarragona de 23 de octubre de 1997, ponente JAREÑO CORTIJO, F., A.C. 1997, marg. 2277, cuando afirma que se ha de intentar “(...) la atención y cuidado en la propia familia del menor, con ayudas de soporte psicosocial, de aspecto personal o económico de la Administración, procurándose, siempre que sea posible, aplicar medidas que no comporten la separación del menor de su hogar y del entorno familiar natural, si conviene al interés del menor”. En la misma línea de entendimiento se sitúan, entre otras, AAP de Vizcaya de 3 de febrero de 1999, ponente AYALA GARCÍA, J. M., A.C. 1999, marg. 3911; AAP de Cádiz de 8 de junio de 2001, ponente RODRÍGUEZ ROSALES, P. M., JUR. 2001, marg. 237044; AAP de Valencia de 18 de julio de 2003, ponente MANZANA LAGUARDA, M. P., JUR. 2003, marg. 52132.

30 Como se recoge en las *Conclusiones de las Jornadas sobre Derecho de Familia de los Fiscales de Menores* en relación con la problemática suscitada por la correcta aplicación de los principios que inspiran la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor (de diciembre de 2000).

31 Vid. CAPARRÓS CIVERA, Neus, y JIMÉNEZ-AYBAR, Iván, (2001), *El acogimiento familiar. Aspectos jurídicos y sociales*, ed. Rialp, Madrid, pp. 150-151.

32 Vid. AAP de Soria de 14 de diciembre de 2000, ponente CARNICERO GIMÉNEZ DE AZCÁRATE, R. M., JUR. 2001, marg. 79466. El resumen de los hechos pone de manifiesto que la Administración advirtió las deficientes condiciones de salubridad e higiene de la vivienda

de los demandantes y el aspecto sucio y descuidado de los niños, presentando los más pequeños retraso pondoestatural con desnutrición y deficiente aseo, manifestada clínicamente por problemas de dermatitis, eczemas e infección de hongos. Basándose en estas circunstancias, se incluyó a la familia en un Programa de Intervención Familiar y se comprometió con la Administración a alcanzar unos objetivos en un plazo concreto de tiempo, especificándose que los menores permanecerían en el hogar familiar siempre que se cubrieran sus necesidades básicas. Sin embargo, se siguió constatando negligencia física –alimentación inadecuada y escasa, falta de higiene personal, escasos cuidados médicos–, vivienda con escasas condiciones de habitabilidad debido a las malas condiciones higiénicas, desorden, falta de ventilación y de luz natural y deterioro general, estimándose que en general los padres no eran capaces de cuidar y atender adecuadamente a sus hijos, es decir, no asumían sus responsabilidades. Por estas razones se declaró a los menores en desamparo y se procedió a su ingreso en un centro asistencial, decisión recurrida por los progenitores y revocada parcialmente por el tribunal, que impuso a la entidad pública intentar el retorno de los menores con sus padres mediante oportunos programas de información, educación y asistencia, ampliándose asimismo el horario de visitas entre ellos para fomentar e incentivar la relación paterno-filial. En el mismo sentido, SAP de Valencia de 9 de junio de 2004, ponente MANZANA LAGUARDA, M.P., A.C. 2004, marg. 2237.

- 33 Como resalta la SAP de Ourense de 31 de marzo de 2004, ponente CARVAJELES SANTA EUFEMIA, JUR. 2004, marg. 142323, la actividad administrativa debe operar en pro de la posibilidad de la integración familiar biológica. Pero cuando el estado del abandono es objetivamente valorado y la integración familiar se hace imposible, las entidades públicas correspondientes deben, inexcusablemente, adoptar las medidas de protección necesarias para la guarda y buen desarrollo del menor, dentro de un sistema acorde con la estabilidad emocional que, por dignidad de la persona, exige su evolución formativa.

En este sentido se manifiesta la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, cuando en su artículo 9 dispone “los Estados partes velarán para que el niño no se vea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”. A propósito de la protección que el derecho internacional ofrece al menor frente a los abusos que pueda infligirle su propia familia, *vid.* el interesante estudio realizado por TRINIDAD NÚÑEZ, Pilar (2004), “La cara oscura de las relaciones familiares: la protección internacional del niño frente a los miembros de su propia familia”, *La Ley* nº 3, pp. 1783-1794.

- 34 Dada la parquedad del legislador sobre esta cuestión, la doctrina jurisprudencial ha aproximado los supuestos prácticos en los que cabe colegir una situación de desamparo. Se afirma que, para proceder a la declaración de desamparo de un menor, deben ser apreciadas dos circunstancias; una causal: el inadecuado ejercicio de los deberes de protección –que debe ser interpretado en el sentido de no atender debidamente las necesidades mínimas de los menores, conforme a los niveles común y socialmente exigibles– y otra de resultado: la desatención moral o material del menor. Así pues, el incumplimiento de las funciones asignadas a los titulares de la patria potestad o tutela –con independencia de que éste sea voluntario o no, o incluso meramente negligente– tiene que colocar al menor en una situación de desprotección física o psicológica para que sea procedente su declaración de desamparo, SAP de Cantabria de 4 de febrero de 2003, ponente DE LA HOZ DE LA ESCALERA, J., A.C. 2003, marg. 1345.

“La experiencia nos enseña que las situaciones determinantes del desamparo son aquellas en que se ha comprobado que los niños carecían de los cuidados, materiales y afectivos, necesarios, siendo indicios de esa falta de atención, entre otros, la falta de higiene de los propios niños o del hogar familiar, la falta de asistencia regular al colegio, la mendicidad, dejar solos a los niños en la vivienda y, desde luego, la existencia de malos tratos”, SAP de Granada de 24 de marzo de 2004, ponente JIMÉNEZ BURKHARDT, J. M., JUR. 2004, marg. 128284.

“...ya sea por ignorancia, imposibilidad, defecto de aptitudes sociales, incultura, marginación o cualquier otra razón que se quiera buscar, incluidas el posible alcoholismo, enfermedad mental (epilepsia), etc., sin que la sala entienda que los progenitores han producido o buscado a propósito tales circunstancias, lo único cierto es que la menor lleva desde hace muchos años, o en realidad desde que nació, en una situación de absoluta desatención material y moral, que justifica cumplidamente la adopción de la tutela automática y la declaración de desamparo, que, se repite una vez más, ha de obedecer a circunstancias objetivas, aunque no sean maliciosas o intencionadas...”, SAP de Valencia de 7 de junio de 2004, ponente DE MOTTA GARCÍA-ESPAÑA, J. E., A.C. 2004, marg. 2236. En el mismo sentido se manifiesta la SAP de Barcelona de 22 de noviembre de 2005, ponente BLASA NOBLEJAS NEGRILLO, M., JUR., 2006, marg. 48965, al confirmar la declaración de desamparo emitida por la entidad pública competente debido a la falta de socialización y aprendizaje que presenta el padre, así como las dificultades existentes para conectar con las necesidades educacionales de sus hijos. Asimismo, SAP de Pontevedra de 27 de octubre de 2006, ponente DE MARTÍN VELÁZQUEZ, M. I., JUR. 2006, marg. 25040; SAP de Barcelona de 19 de enero de 2006, ponente ANGLADA FORS, E., JUR. 2006, marg. 84461.

- 35 En esta línea de principio resuelve el AAP de Santa Cruz de Tenerife de 25 de junio de 2004, ponente PADILLA MÁRQUEZ, M. C., J.U.R., 2004, marg. 197499, al sostener que la separación del menor de su familia sólo deberá producirse en casos en los que las circunstancias imperantes así lo determinen, sin que ninguna otra consideración pueda determinar la aplicación de esta medida. En el procedimiento judicial, la acogedora solicita que se deje sin efecto la sentencia que aprobaba la revocación de la situación de desamparo de la menor y el cese del acogimiento familiar que venía ejerciendo. La actora alega que se ha obviado el interés de la menor, pues la madre ha abandonado e infringido malos tratos a la menor. Pone de manifiesto el peligro al que se la expone al ser entregada a su progenitora y el nulo interés mostrado por ésta para recuperarla. No considera probados estos hechos el tribunal, por lo que desestima la demanda, pues “en suma, y ante una situación en la que, ciertamente, no es fácil valorar todos los elementos en conflicto, la Audiencia Provincial hace prevalecer con acierto el derecho inalienable de todo menor a ser cuidado por sus padres, máxime cuando ninguno de los argumentos apuntados hacen a la madre inidónea para ejercer el cuidado de la menor”. En similar sentido se manifiesta la SAP de Barcelona de 15 de mayo de 2008, ponente GARCÍA ESQUIUS, A. M., JUR. 2008, marg. 267266, cuando desestima el recurso de apelación interpuesto por la entidad pública competente contra la resolución del juzgado de primera instancia correspondiente, que mantenía la situación de desamparo declarada administrativamente pero otorgaba la guarda y custodia de los menores a su madre. Entendía el órgano administrativo que la progenitora no había cumplido los planes de mejora propuestos y que, por lo tanto, no se encontraba en condiciones de asumir el cuidado de los niños. En primera instancia se llegaba a distinta conclusión tras la evaluación psicológica del estado mental y emocional de la madre. Además, un aspecto a destacar por el juzgado a *quo* era la buena relación y el fuerte vínculo existente entre ellos puesta de manifiesto en las visitas –cumplidas rigurosamente por la progenitora–. Considera, por tanto, la sala que

es preciso que se mantenga a los menores en el seno de su familia natural y que se realice un control y seguimiento de su situación “para asegurarles una eficaz protección tanto en el aspecto material como en el desarrollo de sus hábitos educativos, sanitarios, etc., que son imprescindibles para su correcto desarrollo integral”. Porque el acogimiento de un menor en una familia ajena no ha de ser un objetivo en sí mismo, sino únicamente la solución para resolver una situación familiar crítica, mientras que el trabajo de apoyo a la familia biológica, cuando se pueda esperar razonablemente que con este apoyo consiga resolver algunos de sus problemas, es la mejor solución no sólo a corto plazo, sino especialmente de cara al futuro tanto de los niños implicados como de sus familias de origen y de todos los miembros que las componen”.

36 En numerosos pronunciamientos judiciales se observa este proceder. Así, AAP de Málaga de 16 de marzo de 1999, ponente TORRES CUELLAR, M. J., A.C. 1999, marg. 4996; AAP de Málaga de 16 de abril de 2001, ponente HERNÁNDEZ BAREA, H., A.C. 2001, marg. 1843; SAP de Granada de 9 de febrero de 2002, ponente DE VALDIVIA Y PIZCUETA, A.C. 2002, marg. 625; SAP de Asturias de 26 de mayo de 2003, ponente RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, JUR. 2003, marg. 233599; AAP de Barcelona de 11 de febrero de 2002, ponente NOBLEJAS NEGRILLO, JUR. 2002, marg. 125478; AAP de Barcelona de 11 de febrero de 2002, ponente NOBLEJAS NEGRILLO, M.B., JUR. 2002, marg. 135478.

37 Entre otras, STC 26 de septiembre de 1990, ponente LEGUINA VILLA, J., R.T.C. 1990, marg. 143 y STC de 18 de octubre de 1993, ponente CRUZ VILLALÓN, P., R.T.C. 1993, marg. 298.

38 SAP de Cádiz de 20 de marzo de 2003, ponente ERCILLA LABARTA, C., JUR., 2003, marg. 77029; SAP de Valencia de 7 de junio de 2004, ponente DE MOTA GARCÍA-ESPAÑA, J. E., A.C. 2004, marg. 2.236; SAP de Badajoz de 21 de enero de 2003, ponente GÓMEZ Y FLORES, J. M., JUR. 2003, marg. 131621; SAP de Jaén de 10 de enero de 2002, ponente JURADO CABRERA, M. J., A.C. 2002, marg. 166.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, Mariano (1997), "La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras", *Actualidad Civil*, n.º 2, pp. 17-40.
- CAPARRÓS CIVERA, Neus, e JIMÉNEZ-AYBAR, Iván (2001), *El acogimiento familiar. Aspectos jurídicos y sociales*, Ed. Rialp, Madrid.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio (1996), "Sobre la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor", *La Ley* n.º 1, pp. 1690-1693.
- LORENZO MERINO, Fernando José (2006), *Prólogo a la Ley de Derecho Civil de Galicia*, segunda edición, Ed. Tecnos, Madrid.
- NORIEGA RODRÍGUEZ, Lydia (2011), "Comentario a la distinta normativa de protección jurídica de menores promulgada en el ámbito estatal y autonómico gallego", *Actualidad Civil*, n.º 14, pp. 1-24.
- NÚÑEZ MUÑIZ, Carmen (1996), "Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor", *La Ley* n.º 1, pp. 1483-1490.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Inmaculada (2007), "Protección a la infancia en la legislación española. Especial incidencia en los malos tratos (Parte General)", *Revista de Derecho UNED*, n.º 2, pp. 77-94.
- TRINIDAD NÚÑEZ, Pilar (2004), "La cara oscura de las relaciones familiares: la protección internacional del niño frente a los miembros de su propia familia", *La Ley* n.º 3, pp. 1783-1794.