

# A situación de risco na lexislación estatal e autonómica galega: estudo xurisprudencial e doutrinal



**&** **Resumo/Abstract:** *No ordenamento xurídico estatal e autonómico galego regúlase a declaración de risco como medida de protección para os menores que se atopen inmersos nunha situación de conflitividade familiar ou social que non alcanza a gravidade suficiente como para separar o menor do seu contorno. Dada a incompleta regulación legal da figura, os distintos pronunciamentos xudiciais e doutrinais foron perfilando os aspectos básicos desta institución cuxa finalidade é a superación da problemática familiar mediante programas de apoio desenvolvidos polos entes públicos competentes. Non obstante, se os factores de risco non poden ser suprimidos ou atenuados, a entidade pública deberá proceder á declaración de desamparo do menor. &*

**&** **Palabras clave:** protección, menor de idade, risco, desamparo, reunificación familiar.



## SUMARIO

I. Introducción	96
II. A regulación da situación de risco no ámbito estatal	97
1. Lei 21/1987, do 11 de novembro, que modifica o Código civil e a Lei de axuízamento civil en materia de adopción e outras formas de protección de menores	97
2. Lei orgánica 1/1996, do 15 de xaneiro, de protección xurídica do menor	97
3. Anteproxecto de Lei de actualización da lexislación sobre protección á infancia	98
III. A regulación da situación de risco no ámbito autonómico galego	101
1. Introducción	101
2. A regulación do risco na normativa derrogada pola Lei 3/2011, do 30 de xuño, Lei de apoio á familia e á convivencia de Galicia	102
3. A actual regulación da situación de risco na normativa en vigor	102
IV. Consideracións xurisprudenciais sobre a situación de risco	103
V. Conclusións	105
Bibliografía	111

## I. INTRODUCCIÓN

A protección do menor e, en particular, a referida aos menores en situación de risco ou conflito social foi obxecto dunha especial preocupación polos organismos internacionais que se plasmou na promulgación de diversas normas que regulan a dita problemática. Durante o pasado século foron distintos os documentos que recoñeceron a autonomía persoal, social e xurídica do menor:

- A Declaración Universal dos Dereitos Humanos, proclamada pola Asemblea Xeral das Nacións Unidas (París, 10 de decembro de 1948).
- A Declaración Universal dos Dereitos do Neno, proclamada pola Asemblea Xeral das Nacións Unidas (Nova York, 20 de novembro de 1959).
- A Convención dos Dereitos do Neno, adoptada pola Asemblea Xeral das Nacións Unidas (Nova York, 20 de novembro de 1989). Foi ratificada por máis de 90 estados, entre eles España o 30 de novembro de 1990<sup>1</sup>. A súa extraordinaria significación devén, pola súa consideración, como un verdadeiro código universal sobre o menor, onde se enuncian exhaustivamente os dereitos que se lle recoñecen<sup>2</sup>. A súa aprobación foi o punto de partida que permitiu o recoñecemento da necesidade de procurar unha protección especializada a un ámbito da poboación caracterizado pola súa vulnerabilidade. O seu influxo sentiuse na restante normativa promulgada nas distintas ordes: internacional, comunitaria, estatal, autonómica...

Con posterioridade, e no mesmo sentido, aprobouse a Resolución A3-012/92, que aproba a Carta Europea dos Dereitos do Neno<sup>3</sup> e o Convenio da Haia de 1993 sobre adopcións internacionais<sup>4</sup>.

A influencia dos textos internacionais anteriormente mencionados apréciase de forma nítida nas normas aprobadas a nivel estatal e autonómico. Malia ser certo que a protección ao menor de idade en situación de abandono foi obxecto de atención por parte do lexislador español desde a promulgación do Código civil ata os nosos días, na normativa promulgada nos últimos lustros apréciase o influxo das normas internacionais citadas, xa que se busca unha protección activa e integral do menor.

Ademais, no capítulo III do título I da Constitución española onde se regulan os principios reitores da política social e económica, recóllese a obriga dos poderes públicos de aseguraren a protección social, económica e xurídica da familia e, dentro desta, con carácter singular, a dos menores, concretamente no artigo 39. O cumprimento deste mandato constitucional impeleu o poder lexislativo á promulgación da normativa precisa para superar as situacións de desprotección dos menores de idade.

Foi, sen dúbida, a Lei 21/1987, do 11 de novembro, que modifica o Código civil, e a Lei de axuízamento civil en materia de adopción e outras formas de protección de menores<sup>5</sup>, a que produciu unha significativa renovación do réxime protector do menor de idade imperante ata ese momento. Con posterioridade, a aprobación da Lei orgánica 1/1996, do 15 de xaneiro, de protección xurídica do menor e de modificación parcial do Código civil e da Lei de axuízamento civil<sup>6</sup>, vixente na actualidade, apuntalou este cambio normativo, corrixindo certas deficiencias da norma anterior<sup>7</sup>.

No ámbito galego, a lexislación aprobada en materia de protección de menores realizouse de conformidade coa estatal, regulándose certos aspectos prácticos do sistema a través dos diversos decretos promulgados. A Lei 2/2006, do 14 de xuño<sup>8</sup>, de dereito civil de

Galicia, introduciu, respecto á normativa anterior, algunha modificación en determinadas cuestións, pero cabe afirmar que non supuxo unha ruptura coa regulación precedente<sup>9</sup>, e a recentemente publicada Lei 3/2011, do 30 de xuño, de apoio á familia e á convivencia de Galicia<sup>10</sup> modificou e completou certos preceptos da citada norma xurídica.

## II. A REGULACIÓN DA SITUACIÓN DE RISCO NO ÁMBITO ESTATAL

1. Lei 21/1987, do 11 de novembro, que modifica o Código civil e a Lei de axuízamento civil en materia de adopción e outras formas de protección de menores.

Como se expuxo, dúas son as normativas básicas aprobadas no dereito territorial estatal en materia de protección de menores. En relación coa situación de risco, hai que sinalar que non foi recollida na Lei 21/1987, do 11 de novembro, que, pola contra, si regulou a declaración de desamparo que supuña a asunción de forma automática da tutela *ex lege* do menor por parte da entidade pública e a separación da súa familia de orixe.

A aplicación práctica da citada norma puxo de manifesto que en determinadas ocasións a declaración de desamparo dun menor, cando a problemática familiar non era o suficientemente grave, xeraba efectos moi prexudiciais nas relacións familiares, podendo mesmo supor o afastamento definitivo daquel do seu contorno familiar. Entón, pódese considerar a *ratio legis* da situación de risco o intento por parte do lexislador de evitar o rigor derivado da declaración de desamparo, regulando unha medida que permite axudarlles aos proxenitores na superación dos seus problemas sen ser preciso separar o menor da súa familia.

2. Lei orgánica 1/1996, do 15 de xaneiro, de protección xurídica do menor e de modificación parcial do Código civil e da Lei de axuízamento civil.

No preámbulo da Lei orgánica 1/1996 establécese que as situacións de risco se caracterizan pola existencia dun prexuízo para o menor que non alcanza a gravidade suficiente como para xustificar a súa separación do núcleo familiar. Non realiza a norma unha regulación expresa da figura, aínda que dedica os artigos 12 a 18 a certos aspectos desta.

Así, o artigo 12 dispón que as entidades públicas quedarán obrigadas a previr e reparar as situacións de risco, e naqueles supostos en que exista un dano físico ou moral, real ou potencial para o menor, será procedente a declaración de desamparo, asumindo a entidade pública a súa tutela.

A lei determina que os poderes públicos deben velar para que os pais, tutores ou gardadores exerzan adecuadamente as súas responsabilidades, facilitando os servizos necesarios en todas as áreas para o axeitado desenvolvemento do menor, entendendo certa doutrina que este postulado pode presupor a intromisión dos poderes públicos no exercicio da patria potestade ou tutela<sup>11</sup>. Así mesmo, impónselle de forma expresa á cidadanía, especialmente a aqueles que pola súa profesión ou función teñan maior coñecemento, a comunicación á autoridade competente de calquera situación de risco ou posible desamparo dun menor, sen prexuízo de prestarlles o auxilio inmediato necesario.

Ademais, os órganos públicos competentes quedan obrigados a investigar e comprobar as denuncias recibidas e a prestar a asistencia necesaria en cada caso específico. Como se dispón no artigo 15, en toda intervención, procurarase contar coa colaboración do menor e da súa familia na toma de decisións sobre as medidas adecuadas, evitando, no posible, a interferencia no seu ámbito escolar, social ou laboral.

De forma máis concreta, o artigo 17, sen estipular unha conceptualización específica da situación de risco, establece as súas notas definitorias e cal debe ser a actuación do ente público nestes supostos.

*“En situacións de risco de calquera índole que prexudiquen o desenvolvemento persoal ou social do menor, que non requiran a asunción da tutela por ministerio da lei, a actuación dos poderes públicos deberá garantir en todo caso os dereitos que o asisten e orientarse a diminuír os factores de risco e dificultade social que incidan na situación persoal e social en que se encontra e a promover os factores de protección do menor e a súa familia.*

*Unha vez apreciada a situación de risco, a entidade pública competente en materia de protección de menores porá en marcha as actuacións pertinentes para reducila e realizará o seguimento da evolución do menor na familia”.*

Da redacción do artigo, cabe realizar as seguintes matizacións; en primeiro lugar, é inevitable afirmar que o precepto é escasamente explícito sobre as situacións que poden xerar unha declaración de risco, o que pode supor a súa aplicación nun significativo número de supostos<sup>12</sup>. Esta xeneralización xera, indubidablemente, importantes dificultades de interpretación, outorgándolle á entidade pública unha ampla marxe de discrecionalidade na apreciación dunha hipotética situación de risco<sup>13</sup>, podendo, en ocasións, considerar como tal a existencia no ambiente familiar de situacións de precariedade laboral ou económica que non impliquen desatención nin prexuízo importante para o menor<sup>14</sup>.

Por outro lado, tampouco é expresa a normativa estatal sobre a natureza das medidas que cómpre aplicar para a superación destas circunstancias, aspecto que tivo un tratamento desigual no resto das lexislacións das comunidades autónomas –a excepción de Galicia, que será obxecto de análise nas liñas seguintes–. Só nalgunhas se regulou con rigorosidade esta cuestión, enumerando explicitamente as diversas actuacións que debe efectuar a entidade pública para superar a crise<sup>15</sup>.

### 3. Anteproxecto de Lei de actualización da lexislación sobre protección á infancia.

Neste contexto, o 8 de xullo de 2011 aprobouse o Anteproxecto de Lei de actualización da lexislación sobre protección á infancia. Neste punto do traballo parece interesante expor os preceptos máis importantes do seu contido, aclarando, non obstante, que a día de hoxe non se iniciaron os trámites parlamentarios para a súa conversión en lei, polo que actualmente o seu contido carece de validez legal.

O obxectivo do citado anteproxecto é a mellora da protección dos menores no noso país, evitando as situacións de desamparo e potenciando o acollemento familiar fronte ao ingreso en centros de acollida, en especial para os menores de seis anos. Neste sentido, establécese expresamente que os menores de tres anos non ingresarán en centros asistenciais, agás que existise imposibilidade moi xustificada.

Na propia exposición de motivos do citado anteproxecto, estipúlase que os importantes cambios sociais producidos desde a aprobación da Lei orgánica 1/1996, do 15 de xaneiro, exixen unha actualización dos instrumentos de protección xurídica á infancia. A través da citada lei de actualización preténdense introducir as modificacións necesarias para permitir a mellora das institucións protectoras da infancia e a adolescencia, así como conseguir a unificación do sistema de protección ao menor no territorio estatal, postulándose como o marco de referencia xurídico das lexislacións das distintas comunidades autónomas, seguindo

*as propostas formuladas polo Defensor do Pobo, pola Fiscalía Xeral do Estado ou polo Comité dos Dereitos do Neno, e nas conclusións e recomendacións da Comisión Especial do Senado de estudo da problemática da adopción nacional e outros temas afíns.*

En referencia a estas últimas, é importante lembrar que, con data do 1 de outubro de 2008, o Pleno do Senado acordou, por unanimidade dos senadores presentes, a creación dunha Comisión Especial do Senado para analizar a problemática da adopción nacional e os temas afíns relacionados con ela, como o desamparo e o acollemento familiar e residencial.

A orixe deste acordo do Senado sitúase nun escrito do 19 de setembro de 2008 dirixido á Mesa do Senado no que, ao abeiro do artigo 59 do regulamento do citado órgano, vinte e cinco senadores solicitaban a creación dunha comisión especial sobre esta materia coa finalidade de estudar «a forma en que as comunidades autónomas están a resolver os principais problemas que xera; a súa relación coa adopción internacional, para coñecer se o impacto do seu crecemento nos últimos anos puido condicionala; a situación e perspectivas de institucionalización de menores desamparados; a eficacia das diferentes modalidades de acollemento; a cooperación entre as distintas administracións competentes; os efectos da dilatada institucionalización dos menores no seu desenvolvemento persoal; a suficiencia da normativa actual para facer fronte aos procesos de acollemento e adopción nacional; e cantos aspectos afecten directa ou indirectamente ao interese superior do menor, ben xurídico fundamental que se debe protexer»<sup>16</sup>.

A mesa e os portavoces da comisión elaboraron un cuestionario tipo para a súa remisión a cada un dos comparecentes<sup>17</sup>; entre os meses de marzo de 2009 e xuño de 2010 realizáronse 21 sesións, cun total de 39 comparecencias.

Na última sesión da comisión, que tivo lugar o día 15 de novembro de 2010, foi aprobado, por unanimidade, o citado informe sobre a problemática da adopción nacional e outros temas afíns. Nel recóllense as principais cuestións abordadas e propostas presentadas polos intervinientes, establecéndose ao final as conclusións e recomendacións da propia comisión<sup>18</sup>.

O anteproxecto consta de tres artigos que modifican as principais leis que regulan as institucións xurídicas para a protección de menores. O primeiro artigo modifica a Lei orgánica de protección xurídica do menor; no segundo recóllense as modificacións que afectan ao Código civil e, no terceiro, as correspondentes á Lei de axuízamento civil.

Para os efectos deste estudo, só se comentarán as modificacións que o citado anteproxecto introduce no artigo 17 da Lei orgánica de protección xurídica do menor, mediante o seu artigo primeiro, apartado tres.

*1. En situacións de risco de calquera índole que prexudiquen o desenvolvemento persoal ou social do menor, que non requiran a asunción da tutela por ministerio da lei, a actuación dos poderes públicos deberá garantir en todo caso os dereitos que o asisten e orientarse a diminuír os factores de risco e dificultade social que incidan na situación persoal e social en que se atopa e a promover os factores de protección do menor e a súa familia.*

*2. A intervención na situación de risco correspóndelle á Administración pública competente, conforme o disposto na lexislación estatal e autonómica aplicable e en coordinación cos centros e unidades escolares, sociais e sanitarias do respectivo ámbito territorial.*

*3. A valoración da situación de risco levará consigo a elaboración e posta en marcha dun proxecto de intervención social concreto, que deberá recoller as actuacións e os recursos necesarios para a súa eliminación, mantendo o menor no seu ámbito familiar.*

4. Os pais, titores, gardadores ou acolledores, dentro das súas respectivas funcións, colaborarán activamente, segundo a súa capacidade, na execución das medidas indicadas na resolución da situación de risco. A omisión desta colaboración poderá dar lugar á declaración de desamparo, se así o require a evolución da situación de risco e a protección do menor.

5. A declaración de situación de risco deberase formalizar por medio dunha resolución administrativa con notificación formal aos representantes legais do menor, cando se observen indicadores de risco significativos de desamparo, se inicie un programa de preservación familiar para evitar a separación da familia e non exista a suficiente colaboración da familia. Esta resolución será susceptible de recurso conforme o disposto no artigo 780 da Lei de axuízamento civil.

6. Cando a Administración pública competente para apreciar e corrixir a situación de risco estime que existe unha situación de desprotección que pode requirir a separación do menor do seu ámbito familiar ou cando, concluído o período previsto no plan de intervención, non se conseguisen cambios no desempeño dos deberes de garda que garantan que o menor conta coa necesaria asistencia moral ou material, porao en coñecemento da entidade pública co fin de que valore a procedencia de declarar o desamparo e comunicarllo ao Ministerio Fiscal.

7. Cando nos supostos sinalados no apartado 6 anterior a entidade pública considere que non procede declarar o desamparo, porao en coñecemento do órgano que declarase o risco e do Ministerio Fiscal. En todo caso, o Ministerio Fiscal fará unha supervisión da situación do menor.

8. O órgano competente para a declaración de risco adoptará, en colaboración cos servizos de saúde correspondentes, as medidas adecuadas de prevención, apoio e seguimento, das situacións de posible risco prenatal, para os efectos de evitar unha eventual posterior declaración de risco ou desamparo do recém nacido. Para tales efectos, enténdese por situación de risco prenatal a falta de coidado do propio corpo, ou a inxestión de drogas ou substancias psicotrópicas por parte da muller durante o proceso de xestación, así como calquera outra acción propia da muller, ou de terceiros tolerada por esta, que prexudique o normal desenvolvemento ou lle poida xerar enfermidades físicas ou psíquicas ao recém nacido.

Como se observa, procédese a unha regulación máis completa da situación de risco, así como das medidas que se deben adoptar para diminuír os factores desta e promover a protección do menor no seu contorno. O lexislador considera que a intervención dos servizos sociais nestes supostos é crucial, dado que é o primeiro elo do sistema de protección, polo que se intentará achegar solucións para superar esta situación e evitar así a adopción no futuro de decisións máis traumáticas para o menor e a súa familia.

En primeiro lugar, destácase que a actuación no ámbito familiar será realizada pola entidade pública competente en colaboración cos centros escolares, sociais e sanitarios. Declarada a situación de risco, o órgano público deberá elaborar e executar un plan de intervención social concreto, estipulando o modo de execución e os recursos a empregar para superar esa situación e manter o menor no seu contorno.

A declaración da situación de risco correspóndelle ao órgano público competente. Esta declaración deberase realizar mediante resolución administrativa, cando existan indicadores de risco significativos de desamparo ou ben cando se inicie un programa de preservación familiar para evitar a separación da familia e non exista a suficiente colaboración por parte desta. Esta decisión será recorrible xudicialmente.

Declarada a situación de risco, se a entidade pública competente considera que o menor debe ser separado do seu contorno ou, finalizado o período establecido para a recuperación da familia, non se aprecian cambios significativos no comportamento dos proxenitores, o



órgano competente adoptará as medidas pertinentes, valorando a posible declaración de desamparo do menor.

No último punto dispónse a aplicación das medidas adecuadas de prevención, apoio e seguimento das posibles situacións de risco prenatal –entre outras, falta de coidado do propio corpo da embarazada, inxestión de substancias estupefacientes durante a xestación...– para evitar a eventual declaración de risco ou declaración de desamparo do recém nacido.

En síntese, o lexislador perfila unha regulación integral da situación de risco pero obsérvase que obviou estipular de forma precisa as liñas de actuación que as entidades públicas deben seguir nestes supostos, deixando ao seu criterio as medidas que hai que aplicar en función das necesidades familiares e cuxa tipoloxía dependerá dos problemas existentes no ámbito familiar. Non obstante, como se advertiu, carece de vinculación legal o disposto no Anteproxecto de Lei de actualización da lexislación sobre protección á infancia; en materia de protección xurídica de menores segue vixente o contido da Lei orgánica 1/1996.

### **III. A REGULACIÓN DA SITUACIÓN DE RISCO NO ÁMBITO AUTONÓMICO GALEGO**

#### **1. Introducción**

Dispón o artigo 148.20 da CE que as comunidades autónomas, nos seus respectivos territorios, poderán asumir a competencia en materia de asistencia social. Por outra banda, recóllese na disposición derradeira vixésimo primeira da Lei orgánica 1/1996, do 15 de xaneiro, a supletoriedade desta norma en relación coa lexislación aprobada neste ámbito nas distintas comunidades autónomas, sen prexuízo da competencia exclusiva do Estado nas materias enumeradas no artigo 149 da CE.

A aprobación do Estatuto de Autonomía de Galicia lexitima a actuación lexislativa da Comunidade Autónoma galega no campo da protección da familia, da infancia e da adolescencia, recollida, especificamente, nos títulos competenciais xenéricos de asistencia social e de promoción do desenvolvemento comunitario<sup>19</sup>. O primeiro deles deu lugar ás transferencias a esta das funcións nas materias de servizos e asistencia social<sup>20</sup> e de institucións de protección e tutela de menores<sup>21</sup>.

O exercicio de tales competencias propiciou a promulgación dunha lexislación profusa en materia de protección de menores, sendo a primeira delas a Lei 3/1997, do 9 de xuño, galega da familia, da infancia e da adolescencia<sup>22</sup>. O desenvolvemento executivo da citada norma implicou a aprobación de numerosos decretos xa derogados<sup>23</sup>. O número de disposicións promulgadas xerou unha dispersión normativa sobre a materia que aconsellou a súa unificación e refundición nun único texto legal, no que ademais se inclúsen as adaptacións necesarias que a evolución social e xurídica puxera de manifesto desde a aprobación da lei. Neste contexto, promúlgase o Decreto 42/2000, do 7 de xaneiro, polo que se refunde a normativa reguladora vixente en materia de familia, infancia e adolescencia no ámbito territorial galego<sup>24</sup>.

Con posterioridade, apróbase a Lei de dereito civil de Galicia 2/2006, do 14 xuño, que, ao contrario que a súa predecesora, incorpora no seu articulado a protección xurídica de menores, concretamente no título I. Por outro lado, a recente publicación da Lei 3/2011, do 30 de xuño, Lei de apoio á familia e á convivencia de Galicia, introduciu importantes cambios

na lexislación vixente nesta materia no territorio autonómico galego, dado que modificou, mediante a súa disposición adicional 3ª, os artigos 6, 25 e 26 da LDCG. Así mesmo, a disposición derogatoria única declara derogada calquera norma de igual e inferior rango que se opoña ao establecido na citada lei e, en concreto, a Lei 3/1997, do 9 de xuño; o capítulo V do título I da Lei 7/2004, do 16 de xullo, para a igualdade de mulleres e homes<sup>25</sup>, e o título III do Decreto 42/2000, do 7 de xaneiro, polo que se refunde a normativa reguladora vixente en materia de familia, infancia e adolescencia.

## 2. A regulación do risco na normativa derogada pola Lei 3/2011, do 30 de xuño, Lei de apoio á familia e á convivencia de Galicia.

A regulación da declaración de risco foi incluída en todas as normas territoriais galegas de protección á infancia e adolescencia, aínda que o seu tratamento xurídico foi distinto. De forma breve, e para efectos meramente expositivos, hai que sinalar que a Lei 3/1997, dada a súa proximidade temporal e normativa coa Lei orgánica 1/1996, establecía unha definición similar á incluída na citada lei orgánica, ao determinar que o menor sería declarado en risco cando existisen circunstancias que lle puidesen ocasionar un menoscabo no seu desenvolvemento integral, e como novidade estipulaba as medidas necesarias para a súa prevención<sup>26</sup>.

No Decreto 42/2000 delimitábase de forma máis concreta esta situación, ao establecer no seu artigo 27.1 que *“será aquela en que se poida atopar o menor cando, a causa das súas circunstancias persoais, familiares ou por influencias do seu contorno, se estea prexudicando o seu desenvolvemento persoal ou social, sen alcanzar a gravidade suficiente como para xustificar a declaración de desamparo e a separación do menor da súa familia. Nas situacións de risco, a actuación administrativa dirixirase a procurar as necesidades básicas do menor, mellorando o seu medio familiar e eliminando os factores de risco”*, sendo procedente a aplicación das medidas anteriormente citadas.

## 3. A actual regulación da situación de risco na normativa en vigor.

En virtude do establecido nas liñas anteriores, e dada a derogación das anteriores normativas, a regulación da situación de risco actualmente en vigor recóllese no artigo 26 da LDCG, que, como se dixo, foi modificada e completada pola Lei 3/2011 (artigos 48-51).

Así, o citado artigo considera como situación de risco:

1. *“A que se produce de feito cando a persoa menor de idade, sen estar privada no seu ámbito familiar da necesaria asistencia moral ou material, se ve afectada por calquera circunstancia que prexudique o seu desenvolvemento persoal, familiar, social ou educativo e que permita razoablemente temer que no futuro poida estar incurso nunha situación de desamparo, inadaptación ou de exclusión social.*

2. *En tales casos, a actuación dos poderes públicos orientarase á prevención do desamparo e á reparación da situación de risco que lle puidese afectar á persoa menor».*

Do teor do precepto, pódense extraer as seguintes conclusións: é unha situación de feito que se caracteriza por xerar un prexuízo ao desenvolvemento persoal, familiar, social ou educativo do menor. É importante incidir en que o menor non se encontra privado da necesaria asistencia moral ou material no seu ámbito familiar, posto que en tal caso sería procedente a declaración de desamparo. E, por último, debe existir un temor fundado a que, de se manter esta situación, derive no desamparo do menor ou ben na súa inadaptación ou exclusión social.

O lexislador galego, para evitar a indeterminación dos factores de risco, establece no artigo 49 da Lei 3/2011 as situacións xeradoras deste:

*“a) A falta de atención física ou intelectual da persoa menor de idade por parte dos seus pais, nais, titores, titoras, gardadores ou gardadoras que supoña prexuízo leve para a súa saúde física ou emocional, descoído non grave das súas necesidades principais ou obstaculización para o exercicio dos seus dereitos, cando se estime, pola súa natureza ou a repetición dos episodios, a posibilidade da súa persistencia ou o agravamento dos seus efectos.*

*b) A dificultade seria que as persoas referidas no apartado anterior teñan para lle dispensar adecuadamente ao neno ou nena ou adolescente a referida atención física e intelectual, malia a súa vontade de facelo, cando iso supoña os efectos descritos no dito apartado.*

*c) A utilización do castigo físico ou emocional sobre a ou o menor que, sen constituír episodio severo ou patrón crónico de violencia, prexudique o seu desenvolvemento.*

*d) As carencias de toda orde que, non podendo ser compensadas adecuadamente no ámbito familiar, nin impulsadas desde este para o seu tratamento a través dos servizos e recursos esenciais e/ou normalizadores, poidan propiciar a exclusión social, inadaptación ou desamparo da ou do menor.*

*e) O conflito aberto e permanente entre os pais, nais, titores, titoras, gardadores ou gardadoras, ou entre calquera deles e a persoa menor, cando poida prexudicar o desenvolvemento persoal ou social desta.*

*f) Calquera outras situacións, ademais das consideradas neste artigo, que, de persistiren, puidesen evolucionar e derivar en desamparo da ou do menor”.*

Nestes supostos, o ente público debe previr o desamparo e a reparación da situación de risco mediante a detección, valoración e intervención, activando os seus propios recursos, en colaboración coas demais administracións e servizos públicos e privados, como se dispón no artigo 50 da citada norma.

Por outro lado, no artigo 51 estipúlanse os obxectivos que debe conseguir a entidade pública ante as situacións de risco; entre outros, a mellora do medio familiar coa colaboración dos responsables do menor e o propio menor, a idoneidade das condicións sociais, económicas, culturais dos menores, a eliminación ou diminución dos factores de risco mediante a capacitación dos proxenitores, proporcionándolles os medios e a axuda necesarios para permitir a permanencia do menor no fogar e a satisfacción das necesidades principais dos menores.

De igual modo ao establecido no Anteproxecto de Lei de protección á infancia, a norma galega non determina de forma concreta as medidas que se deben aplicar cando unha familia é declarada en risco, dispoñendo unicamente a consecución dos obxectivos mencionados nas liñas anteriores e deixando ao arbitrio do órgano competente a toma de decisións sobre o procedemento a aplicar.

#### **IV. CONSIDERACIÓNS XURISPRUDENCIAIS SOBRE A SITUACIÓN DE RISCO**

Tras a exposición da regulación legal da situación de risco no ámbito estatal e autonómico galego, analizaremos nas seguintes liñas a interpretación xudicial sobre os distintos aspectos desta medida de protección, así como a estipulación, a través dos diferentes pronunciamentos xurisprudenciais, das directrices básicas que deben guiar as actuacións administrativas nestes supostos.

Nun primeiro sentido, e dada a indeterminación xurídica do concepto de risco, a xurisprudencia intentou aproximar a súa conceptualización. A título ilustrativo, traemos a

colación a SAP de Lleida do 25 de outubro de 2004<sup>27</sup>, na que se determinan de forma específica aquelas situacións consideradas como “nivel de alto risco”, citando textualmente a “falta de medidas de saúde e hixiene (tanto da nai como do menor), en parte derivadas da falta de domicilio en condicións, a falta de sustento económico, a desestruturación do núcleo familiar, e outras derivadas (...), falta de estímulos do menor...”

Do mesmo modo ao establecido nos textos legais, o sector xudicial sinala que a situación existente non alcanza a gravidade suficiente como para separar o menor do seu eido familiar, polo que a actuación dos poderes públicos se dirixirá a satisfacer as necesidades básicas do menor, promovendo as medidas de protección deste e da súa familia, e eliminando así os factores que o desencadean. É a medida administrativa máis respectuosa co menor e a súa familia.

Neste sentido, consideran os órganos xudiciais que, declarada a situación de risco, a entidade pública debe elaborar e pór en marcha un proxecto de intervención social e individual de carácter temporal coa familia afectada, co obxecto de solucionar as súas dificultades e intentar manter o menor no seu contorno<sup>28</sup>. Exíxese unha implicación fiel por parte da Administración na rehabilitación dos proxenitores facendo un seguimento constante da súa evolución e intervindo cando as circunstancias o requiran, dado que, como en numerosas ocasións se puxo de manifesto, o éxito ou fracaso dos programas de axuda dependen en gran medida da actuación administrativa. É, polo tanto, unha función atribuída ao ente público adoptar as medidas oportunas para reducir ou anular os factores de risco e dificultade social en que se atopen os menores<sup>29</sup> e evitar así a declaración de desamparo do menor e a súa consecuente saída do núcleo de orixe<sup>30</sup>.

En relación coa tipoloxía das medidas que se deben aplicar para evitar a disgregación familiar, e dado o silencio do lexislador estatal ao respecto, a doutrina determinou que poden ser de tipo económico, psicolóxicas, sociais, terapéuticas, educativas, intervención técnica, asistencia domiciliaria...<sup>31</sup> Non obstante, como se declara en numerosos pronunciamentos xurisprudenciais, se, tras a aplicación das distintas medidas, non existe posibilidade de remoción dos obstáculos existentes e os pais non conseguen rehabilitarse, ben por non seguiren as directrices marcadas pola entidade pública ou por se agravaren as condicións iniciais, a protección do menor exige que sexa retirado do seu contorno de forma inmediata para evitar que se lle ocasionen maiores prexuízos<sup>32</sup>.

Así, exíxeselle á Administración que intente, rigorosamente e de forma que faga fe, o mantemento do menor na súa familia de orixe, utilizando para iso todos os medios dispoñibles, que deben ser aplicados sempre en virtude do interese superior do menor. O principio de integración familiar só pode ser quebrado cando os esforzos realizados nese sentido polo ente público competente sexan infrutuosos e ineficaces e se esgotasen todas as vías e medidas para a súa consecución, derivando a situación nun evidente risco lesivo para o menor<sup>33</sup>.

Por último, e en relación coa transcendental decisión de separar un menor do seu contorno, os órganos xudiciais exigen que se sustente nunha análise rigorosa e obxectiva da situación familiar, sen que teña cabida ningún outro argumento máis para decretar o afastamento que a salvagarda da súa situación emocional e física<sup>34</sup>. Mesmo certos órganos xudiciais aplicaron con rigor esta premisa ao decretaren o mantemento da convivencia familiar mentres existan dúbidas razoables sobre a conveniencia da súa suspensión<sup>35</sup>. En todo caso, a verificación deste principio plásmase na existencia á Administración de que demostre que aplicou todas as medidas posibles para manter o menor na súa familia orixinaria antes de proceder á súa separación<sup>36</sup>, dado que, como declara o Tribunal Constitucional<sup>37</sup>, a declaración de desamparo exige unha interpretación restritiva precisamente pola importancia dos efectos, ás veces irreversibles, que sobre os membros da familia xera esta situación<sup>38</sup>.

## V. CONCLUSIÓNS

Conforme o disposto na normativa estatal e autonómica galega, a declaración administrativa de risco procede cando no ámbito familiar do menor existan circunstancias que supoñan un prexuízo físico ou moral para ese menor sen alcanzar a gravidade suficiente como para declarar a separación da súa familia. A importancia desta medida de protección é manifesta por canto intenta a emenda da problemática familiar mantendo o menor no seu contorno, tratando de evitar a toma de decisións drásticas que, en numerosas ocasións, a práctica evidenciou que supoñen a irreversibilidade da reunificación familiar. A tipoloxía das medidas que cómpre aplicar nestes supostos difire en función das necesidades e carencias familiares, cuxa finalidade última é a eliminación dos factores desencadeantes desta situación.

Por outro lado, e incidindo nas diferenzas observadas na regulación de ambas as normativas, obsérvase que no ámbito autonómico galego se procedeu a regular de forma máis completa esta institución xurídica, estipulando o lexislador aqueles supostos que poden xerar unha declaración de risco e os obxectivos a conseguir polo ente público nestes casos, feito que, como observamos, non se produciu no dereito común. É inevitable apuntar como unha das causas desta diferenza legal o desfase temporal na publicación de ambas as normas, máis recente a galega e que, sen dúbida, seguiu a corrente lexislativa en materia de protección de menores plasmada nas restantes lexislacións autonómicas do Estado español e dos demais países do noso contorno, circunstancia que non se produciu no ordenamento estatal, pois, malia a aprobación do Anteproxecto de Lei de actualización da lexislación sobre protección á infancia, que si inclúe unha regulación máis acorde cos principios imperantes actualmente en materia de protección de menores, así como unha necesaria actualización e mellora dos instrumentos e medidas protectoras da infancia, nestes momentos carece de eficacia legal debido a que non se iniciaron os trámites parlamentarios para a súa conversión en lei.

Dada esta situación, foi a doutrina xudicial e científica a que, a través dos seus distintos pronunciamentos, perfilou os aspectos básicos desta figura, estipulando as situacións xeradoras dunha declaración de risco e establecendo as directrices básicas que deben guiar as actuacións administrativas nestes supostos. Acorde co establecido nos textos legais, o obxectivo último da intervención familiar é a superación da problemática existente na familia para que o menor non deba ser separado do seu contorno de orixe e conseguir así o cumprimento do principio establecido polo ordenamento xurídico de que o menor medre e se desenvolva no seu núcleo familiar. Non obstante, este principio non é absoluto, pois, como determinan os órganos xudiciais, se os proxenitores non conseguen rehabilitarse ou os factores de risco non poden ser reducidos, a entidade pública debe declarar o desamparo do menor, asumir a súa tutela *ex lege* e, consecuentemente, proceder á separación familiar.

## Notas

1 Este texto de rango internacional recoñece que a infancia ten dereito a coidados e asistencia especiais.

Na mesma liña, considera a familia como grupo fundamental da sociedade e medio natural para o crecemento e o benestar de todos os seus membros, e en particular dos nenos, e que debe recibir a protección e a asistencia necesarias para poder asumir plenamente as súas responsabilidades dentro da comunidade.

Cómpre, para o pleno e harmonioso desenvolvemento da personalidade do menor, crecer no seo da familia, nun ambiente de felicidade, amor e comprensión.

Afirma que o neno debe estar plenamente preparado para unha vida independente en sociedade e ser educado no espírito dos ideais proclamados na Carta das Nacións Unidas e, en particular, nun espírito de paz, dignidade, tolerancia, liberdade, igualdade e solidariedade.

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 dúas novidades fronte á Declaración dos Dereitos do Neno aprobada en 1959 e a denominada Declaración de Xenebra de 1924, "en primeiro lugar, non é xa un texto meramente declarativo de principios xenéricos –a Declaración de Xenebra enumeraba cinco, e a Declaración de 1959 incluía dez–, senón un instrumento xurídico vinculante; en segundo lugar, a concepción exclusivamente tuitiva é substituída por unha nova e distinta concepción que afirma que o neno é suxeito de dereitos. O neno é, para a Convención, un suxeito en desenvolvemento, pero un suxeito de dereitos, e non só de dereitos pasivos, é dicir, dereitos a recibir prestacións dos adultos, senón tamén dereitos activos como a liberdade de conciencia, pensamento e relixión, a liberdade de expresión e información, a liberdade de asociación e reunión ou o dereito de participación. Noutras palabras, cabe dicir que a Convención remata con aquela vella concepción do neno/a de ser visto como os aínda-non –aínda-non adultos, aínda-non responsables, aínda-non capaces, aínda-non competentes, aínda-non fiables, aínda-non cos mesmos dereitos, aínda-non dignos de seren escoitados–, fronte á categoría dos adultos, representada pola idea dos xa-sí".

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

4 *BOE* do 1 de agosto de 1995, n.º 182. Cómpre destacar a repercusión que tivo a aprobación do Convenio da Haia número XXXIII, relativo á protección do neno e á cooperación en materia de adopción internacional, do 29 de maio de 1993. A súa importancia reside na consecución dun procedemento común a nivel internacional en materia de adopción. Nel recoñécese que, para o desenvolvemento harmónico da súa personalidade, o neno debe crecer nun medio familiar, nun clima de felicidade, amor e comprensión, e lémbrese que cada Estado debería tomar con carácter prioritario medidas adecuadas que permitan manter o neno na súa familia de orixe.

Ademais da consecución da unicidade do procedemento internacional da adopción, que supuxo a obtención dun marco xurídico de maior transparencia e, polo tanto, seguridade nos ditos procesos, a súa aprobación apuntalou os principios recollidos na Convención dos Dereitos do Neno das Nacións Unidas –anteriormente citada– como o faría a lexislación aprobada con posterioridade a esta. Foi ratificado por España o 30 de xuño de 1995, *BOE* do 1 de agosto de 1995, n.º 182.

5 *BOE* do 17 de novembro de 1987, n.º 275.

6 *BOE* do 17 de xaneiro 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* do 29 de xuño 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 e ss, estima que procede, basicamente, do regulado polas distintas normas existentes no ámbito autonómico galego, e que, pola súa vez, procedían da normativa que sobre a materia se promulgara no ámbito estatal, vía a Lei 21/1987, do 11 de novembro, e a Lei orgánica 1/1996, do 15 de xaneiro.

10 *DOG* do 13 de xullo de 2011, n.º 134.

11 Neste 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 outros, dificultades económicas da familia, problemas de saúde ou desavinzas conxugais...

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

14 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.

15 Entre outras, Lei 1/1998, do 20 de abril, dos dereitos e a atención ao menor de Andalucía, *BOE* do 24 de xuño de 1998, n.º 150 (art. 20); Lei 12/2001, do 2 de xullo, da infancia e adolescencia de Aragón, *BOE* do 8 de xuño de 2001, n.º 189 (art. 47); Lei 1/1995, do 27 de xaneiro, de protección do menor de Asturias, *BOE* do 20 de abril de 1995, n.º 94 (arts. 24-30); Lei 1/1997, do 7 de febreiro, de atención integral aos menores, de Canarias, *BOE* do 14 de marzo de 1997, n.º 63 (art. 16); Lei 3/1999, do 31 de marzo, do menor de Castela-A Mancha, *BOE* do 25 de maio de 1999, n.º 124 (art. 32); Lei 17/2006, do 13 de novembro, integral da atención e dos dereitos da infancia e adolescencia das Illas Baleares, *BOE* do 13 de decembro de 2006, n.º 297 (art. 61.2); Lei 1/2006, do 28 de febreiro, de protección do menor, da Rioxa, *BOE* do 23 de marzo de 2006, n.º 70 (arts. 38-44); Lei 3/1995, do 21 de marzo, da infancia da Rexión de Murcia, *BOE* do 2 de xuño de 1995, n.º 95 (art. 42.2).

Parécenos de interese transcribir o artigo 20 da lei andaluz polo amplo abano de medidas preventivas e de axuda ás familias declaradas en situación de risco que nel se recollen.

“Artigo 20. Medidas de prevención e apoio á familia.

1. Promoveranse plans integrais dirixidos á promoción da infancia e á prevención das situacións de risco.
2. As medidas de apoio á familia poderán ser de carácter técnico e económico.
3. O apoio técnico consistirá en intervencións de carácter social e terapéutico a favor do menor e a súa propia familia, e tenderá á prevención de situacións de desarraigo familiar, así como á reinserción do menor nela.
4. O apoio económico ás familias que carezan de recursos suficientes concretarase a través de axudas económicas de carácter preventivo e temporal para a atención das necesidades básicas dos menores delas dependentes.
5. Desenvolveranse programas de integración social do menor con dificultades especiais, dirixidos a procurar a eliminación daquelas barreiras físicas e de comunicación que lles impidan o seu propio desenvolvemento persoal e a súa integración educativa e social.
6. Promoveranse programas de información e sensibilización sobre o menor e as súas problemáticas particulares, incentivando a colaboración cidadá na denuncia de posibles situacións ou circunstancias que poñan en perigo a integridade do menor ou do seu desenvolvemento persoal.
7. Desenvolveranse programas formativos de garantía social dirixidos a lles ofrecer aos adolescentes alternativas a situacións de rexeitamento do sistema escolar ordinario, fracaso e absentismo, proporcionándolles unha formación profesional que favoreza unha próxima incorporación laboral.
8. As medidas anteriormente mencionadas levaranse á práctica coa colaboración e de forma coordinada cos servizos sociais comunitarios correspondentes.

16 BOCG do Senado, serie I, do 17 de novembro de 2010, n.º 545, p. 1.

17 “1. ¿Considera acertado o actual modelo de xestión de protección ao menor que existe no noso país, tanto o previsto nas comunidades autónomas como no Estado?

2. ¿Considera que a protección efectiva do menor se leva a cabo de modo similar en todas as comunidades autónomas?
3. Na súa opinión, ¿resolve adecuadamente o noso ordenamento xurídico o conflito entre o interese dos pais biolóxicos e o interese superior do menor?
4. Na súa opinión, ¿que reformas habería que introducir para que se ampliase o número de adopcións nacionais?
5. No seu criterio, ¿responde ao interese superior do menor o actual sistema de institucionalización?
6. De consideralo oportuno, ¿que modificacións introduciría no dito sistema de institucionalización?
7. ¿Considera o acollemento como unha das medidas máis importantes no noso actual sistema de protección do menor? En caso afirmativo, ¿proponía algunha modificación para facelo máis eficaz?
8. ¿Que opinión lle merece o tempo de duración real dos acollementos e como inflúe no menor?
9. ¿Considera adecuada e suficiente a normativa actual relativa á adopción nacional e ao acollemento? Sinala vantaxes, inconvenientes e posibles modificacións que introduciría.
10. En concreto, ¿considera necesaria unha revisión da Lei orgánica 1/1996, de protección xurídica do menor?”

BOCG do Senado, serie I, do 17 de novembro de 2010, n.º 545, p. 2.

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

19 *Vid.*, neste sentido, o artigo 27 contido no capítulo II da Lei orgánica 1/1981, pola que se aproba o Estatuto de autonomía de Galicia, que reza así: “no marco do presente Estatuto correspóndelle á comunidade autónoma galega a competencia exclusiva das seguintes materias: organización das súas institucións de autogoberno. Organización e réxime xurídico das comarcas e parroquias rurais como entidades locais propias de Galicia, alteracións de termos municipais comprendidos dentro do seu territorio e, en xeral, as funcións que sobre o réxime local lle correspondan á comunidade autónoma ao abeiro do artigo 149.1.18 da Constitución e o seu desenvolvemento. Ordenación do territorio e do litoral, urbanismo e vivenda. Conservación, modificación e desenvolvemento das institucións do dereito civil galego. As normas procesuais e procedementos administrativos que deriven do específico dereito galego ou da organización propia dos poderes públicos galegos. Estatísticas para os fins da comunidade autónoma galega. Obras públicas que non teñan a cualificación legal de interese xeral do Estado ou cuxa execución ou explotación non afecte a outra comunidade autónoma ou provincia. Ferrocarrís e estradas non incorporados á rede do Estado e cuxo itinerario se desenvolva integramente no territorio da comunidade autónoma e, nos mesmos termos, o transporte levado a cabo por estes medios ou por cable. Os portos, aeroportos e heliportos non cualificados de interese xeral polo Estado e os portos de refuxio e portos e aeroportos deportivos. Montes, aproveitamentos forestais, vías pecuarias e pastos sen prexuízo do disposto no artigo 149.1.23 da Constitución. Réxime xurídico dos montes veciñais en man común. Aproveitamentos hidráulicos, canles e regadíos cando as augas discorran integramente dentro do territorio da comunidade, sen prexuízo do disposto no artigo 149.1.22 da Constitución. Instalacións de produción, distribución e transporte de enerxía eléctrica cando este transporte non saia do seu territorio e o seu aproveitamento non afecte a outra provincia ou comunidade autónoma, sen prexuízo do disposto no artigo 149.1.22 e 25 da Constitución. As augas minerais e termais. As augas subterráneas sen prexuízo do disposto no artigo 149.1.22 da Constitución, e no número sete deste artigo. A pesca nas rías e demais augas interiores, o marisqueo, a acuicultura, a caza, a pesca fluvial e a ecuestre. As feiras e mercados interiores. A artesanía. Patrimonio histórico, artístico, arquitectónico, arqueolóxico, de interese de Galicia, sen prexuízo do que dispón o artigo 149.1.28 da Constitución; arquivos, bibliotecas e museos de interese para a comunidade autónoma, e que non sexan de titularidade estatal, conservatorios de música e servizos de belas artes de interese para a comunidade. O fomento da cultura e da investigación en Galicia, sen prexuízo do establecido no artigo 149.2 da Constitución. A promoción e o ensino da lingua galega. A promoción e a ordenación do turismo dentro da comunidade. A promoción do deporte e a adecuada utilización do



- ocio. Asistencia social. A promoción do desenvolvemento comunitario. A creación dunha policía autónoma de acordo co que dispoña a Lei orgánica prevista no artigo 149.1.29 da Constitución. O réxime das fundacións de interese galego. Casinos, xogos e apostas con exclusión das apostas mutuas deportivo-benéficas. Os centros de contratación de mercadorías e valores de conformidade coas normas xerais de dereito mercantil. Confrarías de pescadores, cámaras da propiedade agrarias, de comercio, industria e navegación e outras de natureza equivalente, sen prexuízo do que dispón o artigo 149 da Constitución. Normas adicionais sobre protección do medio ambiente e da paisaxe nos termos do artigo 149.1.23. Publicidade sen prexuízo das normas ditadas polo Estado para sectores e medios específicos. As restantes materias que, con este carácter e mediante lei orgánica, sexan transferidas polo Estado.
- 20 Polo Real decreto 2411/1982, do 24 de xullo, foron transferidas as competencias e funcións do Estado en materia de servizos e asistencia sociais á Xunta de Galicia, traspasándose, así mesmo, os correspondentes servizos e institucións e medios persoais, materiais e orzamentarios precisos para o exercicio daquelas.
- 21 Mediante o Real decreto 1108/1984, do 29 de febreiro, produciuse o traspaso das funcións do Estado en materia de protección de menores á Comunidade Autónoma de Galicia, así como os correspondentes servizos e institucións e medios persoais, materiais e orzamentarios precisos para o exercicio daquelas.
- 22 *DOG* do 20 de xuño de 1997, n.º 118.
- 23 Entre outros, os seguintes:
- Decreto 202/1997, do 24 de xullo, polo que se crea o Observatorio Galego da Familia, *DOG* do 7 de agosto de 1997, n.º 151, modificado polo Decreto 186/1998, do 11 de xuño, *DOG* do 29 de xuño de 1998, n.º 123.
  - Decreto 279/1997, do 1 de outubro, polo que se regulan os gabinetes de orientación familiar, *DOG* do 9 de outubro de 1997, n.º 195.
  - Decreto 172/1998, do 5 de xuño, polo que se desenvolve a Lei 3/1997, do 9 de xuño, galega da familia, da infancia e da adolescencia, no relativo ao réxime sancionador, *DOG* do 18 de xuño de 1998, n.º 116.
  - Decreto 169/1999, do 14 de maio, polo que se regulan as medidas de protección de menores e adopción, *DOG* do 8 de xuño de 1999, n.º 108.
- 24 *DOG* do 6 de marzo de 2000, n.º 45.
- 25 *DOG* do 3 de agosto de 2004, n.º 149.
- 26 Art. 15. Entre outras, promoveranse as seguintes medidas de prevención:
- a- *“O apoio á infancia e á adolescencia a través de medidas económicas ou técnicas como principal recurso de carácter preventivo, que se dirixirá a cubrir as súas necesidades básicas e mellorar o ámbito familiar, co fin de garantir o dereito a desenvolverse, sempre que sexa posible, no seo da súa propia familia.*
  - b- *O coñecemento e fomento dos recursos destinados á atención da infancia e adolescencia, procurando que os menores dispoñan dos medios necesarios para o seu desenvolvemento integral.*
  - c- *A realización de programas de prevención, detección e seguimento do absentismo escolar.*
  - d- *A elaboración de programas de prevención do risco, maltrato ou explotación infantil.*
  - e- *O desenvolvemento de programas de integración social da infancia e da adolescencia con dificultades especiais, dirixidos a procurar a eliminación das barreiras físicas e de comunicación que lles impidan o seu pleno desenvolvemento persoal e a súa integración educativa e social.*
  - f- *A promoción de programas de información e sensibilización sobre a infancia e adolescencia e as súas problemáticas particulares, incentivando a colaboración cidadá na denuncia das posibles situacións ou circunstancias que poñan en perigo a integridade dos nenos e nenas e dos adolescentes e das adolescentes no seu desenvolvemento persoal.*
  - g- *O desenvolvemento de programas formativos de garantía social dirixidos a lles ofrecer aos adolescentes alternativas á situación de rexeitamento do sistema escolar ordinario, fracaso ou absentismo escolar, ofrecéndolles unha formación preprofesional que favoreza unha próxima incorporación laboral”.*
- 27 Relator POCINO MOGA, *XUR. 2005*, marx. 7910.
- 28 *Vid.* expresamente a SAP de Barcelona do 19 de novembro de 2003, relator ANGALDA FORNS, E., *XUR. 2004*, marx. 5232, na que se dispoñen de forma taxativa as medidas que debe cumprir a proxenitora para que o seu fillo permaneza no seo da familia. En caso de incumprimento, a sala determina que, en atención do principio fundamental do *favor filii*, o xuíz competente, en execución de sentenza, poderá adoptar as disposicións que considere oportunas para evitar calquera prexuízo ao menor.
- 29 Neste sentido maniféstase o AAP de Tarragona do 23 de outubro de 1997, relator JAREÑO CORTIJO, F., A.C. 1997, marx. 2277, cando afirma que se debe intentar “(...) a atención e coidado na propia familia do menor, con axudas de soporte psicosocial, de aspecto persoal ou económico da Administración, procurándose, sempre que sexa posible, aplicar medidas que non comporten a separación do menor do seu fogar e do contorno familiar natural, se convén ao interese do menor”. Na mesma liña de entendemento sitúanse, entre outras, AAP de Bizkaia do 3 de febreiro de 1999, relator AYALA GARCÍA, J. M., A.C. 1999, marx. 3911; AAP de Cádiz do 8 de xuño de 2001, relator RODRÍGUEZ ROSALES, P. M., *XUR. 2001*, marx. 237044; AAP de Valencia do 18 de xullo de 2003, relator MANZANA LAGUARDA, M. P., *XUR. 2003*, marx. 52132.
- 30 Como se recolle nas *Conclusiones de las Jornadas sobre Derecho de Familia de los Fiscales de Menores* en relación coa problemática suscitada pola correcta aplicación dos principios que inspiran a Lei 1/1996 de protección xurídica do menor (de decembro de 2000).
- 31 *Vid.*, CAPARRÓS CIVERA, Neus, e JIMÉNEZ-AYBAR, Iván, (2001), *El acogimiento familiar. Aspectos jurídicos y sociales*, ed. Rialp, Madrid, pp. 150-151.
- 32 *Vid.*, AAP de Soria do 14 de decembro de 2000, relator CARNICERO GIMÉNEZ DE AZCÁRATE, R. M., *XUR. 2001*, marx. 79466. O resumo dos feitos pon de manifesto que a Administración advertiu as deficientes condicións de salubridade e hixiene da vivenda dos demandantes e o aspecto sucio e descoidado dos nenos, presentando os máis pequenos atraso pondoestatural con desnutrición e deficiente aseo,



manifestada clinicamente por problemas de dermatite, eccemas e infección de fungos. Baseándose nestas circunstancias, incluíuse a familia nun Programa de Intervención Familiar e comprometeuse coa Administración a acadar uns obxectivos nun prazo concreto de tempo, especificándose que os menores permanecerían no fogar familiar sempre que se cubrisen as súas necesidades básicas. Porén, seguíuse constatando negligencia física –alimentación inadecuada e escasa, falta de hixiene persoal, escasos coidados médicos–, vivenda con escasas condicións de habitabilidade debido ás malas condicións hixiénicas, desorde, falta de ventilación e de luz natural e deterioración xeral, estimándose que, en xeral, os pais non eran capaces de coidar e atender adecuadamente os seus fillos, é dicir, non asumían as súas responsabilidades. Por estas razóns, declarouse os menores en desamparo e procedeuse ao seu ingreso nun centro asistencial, decisión contra a que recorreron os proxenitores e revogada parcialmente polo tribunal, que lle impuxo á entidade pública intentar o retorno dos menores cos seus pais mediante oportunos programas de información, educación e asistencia, ampliándose así mesmo o horario de visitas entre eles para fomentar e incentivar a relación paterno-filial. No mesmo sentido, SAP de Valencia do 9 de xuño de 2004, relator MANZANA LAGUARDA, M.P., A.C. 2004, marx. 2237.

33 Como resalta a SAP de Ourense do 31 de marzo de 2004, relator CARVAJELES SANTA EUFEMIA, XUR. 2004, marx. 142323, a actividade administrativa debe operar a prol da posibilidade da integración familiar biolóxica. Pero, cando o estado do abandono é obxectivamente valorado e a integración familiar resulta imposible, as entidades públicas correspondentes deben, inescusablemente, adoptar as medidas de protección necesarias para a garda e bo desenvolvemento do menor, dentro dun sistema acorde coa estabilidade emocional que, por dignidade da persoa, exige a súa evolución formativa.

Neste sentido maniféstase a Convención dos Dereitos do Neno adoptada pola Asemblea das Nacións Unidas o 20 de novembro de 1989, cando no seu artigo 9 dispón “os Estados partes velarán para que o neno non se vexa separado dos seus pais contra a vontade destes, excepto cando, a reserva de revisión xudicial, as autoridades competentes determinen, de conformidade coa lei e os procedementos aplicables, que tal separación é necesaria no interese superior do neno”. A propósito da protección que o dereito internacional lle ofrece ao menor fronte aos abusos que lle poida inflixir a súa propia familia, *vid.* o interesante estudo 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 a sobriedade do lexislador sobre esta cuestión, a doutrina xurisprudencial aproximou os supostos prácticos nos que cabe colixir unha situación de desamparo. Afírmase que, para proceder á declaración de desamparo dun menor, deben ser apreciadas dúas circunstancias; unha causal: o inadecuado exercicio dos deberes de protección –que debe ser interpretado no sentido de non atender debidamente as necesidades mínimas dos menores, conforme os niveis común e socialmente exhibibles– e outra de resultado: a desatención moral ou material do menor. Así pois, o incumprimento das funcións asignadas aos titulares da patria potestade ou tutela –con independencia de que este sexa voluntario ou non, ou mesmo meramente negligente– ten que colocar o menor nunha situación de desprotección física ou psicolóxica para que sexa procedente a súa declaración de desamparo, SAP de Cantabria do 4 de febreiro de 2003, relator DE LA HOZ DE LA ESCALERA, J., A.C. 2003, marx. 1345.

“A experiencia ensínanos que as situacións determinantes do desamparo son aquelas en que se comprobou que os nenos carecían dos coidados, materiais e afectivos, necesarios, sendo indicios desa falta de atención, entre outros, a falta de hixiene dos propios nenos ou do fogar familiar, a falta de asistencia regular ao colexio, a mendicidade, deixar sós os nenos na vivenda e, desde logo, a existencia de malos tratos”, SAP de Granada do 24 de marzo de 2004, relator JIMÉNEZ BURKHARDT, J. M., XUR. 2004, marx. 128284.

“...xa sexa por ignorancia, imposibilidade, defecto de aptitudes sociais, incultura, maxxinación ou calquera outra razón que se queira buscar, incluídos o posible alcoholismo, enfermidade mental (epilepsia), etc., sen que a sala entenda que os proxenitores produciron ou buscaron a propósito tales circunstancias, o único certo é que a menor leva desde hai moitos anos, ou en realidade desde que naceu, nunha situación de absoluta desatención material e moral, que xustifica cumpridamente a adopción da tutela automática e a declaración de desamparo, que, repítese unha vez máis, debe obedecer a circunstancias obxectivas, aínda que non sexan maliciosas ou intencionadas...”, SAP de Valencia do 7 de xuño de 2004, relator DE MOTTA GARCÍA-ESPAÑA, J. E., A.C. 2004, marx. 2236. No mesmo sentido maniféstase a SAP de Barcelona do 22 de novembro de 2005, relator BLASA NOBLEJAS NEGRILLO, M., XUR., 2006, marx. 48965, ao confirmar a declaración de desamparo emitida pola entidade pública competente debido á falta de socialización e aprendizaxe que presenta o pai, así como as dificultades existentes para conectar coas necesidades educacionais dos seus fillos. Así mesmo, SAP de Pontevedra do 27 de outubro de 2006, relator DE MARTÍN VELÁZQUEZ, M. I., XUR. 2006, marx. 25040; SAP de Barcelona do 19 de xaneiro de 2006, relator ANGLADA FORS, E., XUR. 2006, marx. 84461.

35 Nesta liña de principio resolve o AAP de Santa Cruz de Tenerife do 25 de xuño de 2004, relator PADILLA MÁRQUEZ, M. C., J.U.R. 2004, marx. 197499, ao soste que a separación do menor da súa familia só se deberá producir en casos nos que as circunstancias imperantes así o determinen, sen que ningunha outra consideración poida determinar a aplicación desta medida. No procedemento xudicial, a acolledora solicita que se deixe sen efecto a sentenza que aprobaba a revogación da situación de desamparo da menor e o cesamento do acollemento familiar que viña exercendo. A actora alega que se obviou o interese da menor, pois a nai abandonou a menor e infrinxilulle malos tratos. Pon de manifesto o perigo ao que se a expón ao ser entregada á súa proxenitora e o nulo interese mostrado por esta para recuperala. Non considera probados estes feitos o tribunal, polo que desestima a demanda, pois “en suma, e ante unha situación en que, certamente, non é fácil valorar todos os elementos en conflito, a Audiencia Provincial fai prevalecer con acerto o dereito inalienable de todo menor a ser coidado polos seus pais, máxime cando ningún dos argumentos apuntados fan a nai inidónea para exercer a garda da menor”. En similar sentido, maniféstase a SAP de Barcelona do 15 de maio de 2008, relator GARCÍA ESQUIUS, A. M., XUR. 2008, marx. 267266, cando desestima o recurso de apelación interposto pola entidade pública competente contra a resolución do xulgado de primeira instancia correspondente, que mantiña a situación de desamparo declarada administrativamente pero lle outorgaba a garda e custodia dos menores á súa nai. Entendía o órgano administrativo que a proxenitora non cumprira os plans de mellora propostos e que, polo tanto, non se atopaba en condicións de asumir o coidado dos nenos. En primeira instancia chegábase a distinta conclusión tras a avaliación psicolóxica do estado mental e emocional da nai. Ademais, un aspecto a destacar polo xulgado a *quo* era a boa relación e o forte vínculo existente entre eles posta de manifesto nas visitas –cumpridas rigorosamente pola proxenitora–. Considera, polo tanto, a sala que é preciso que se manteña os menores no seo da súa familia natural e que se realice un control e seguimento da súa situación “para asegurarlles unha eficaz protección tanto no aspecto material como no desenvolvemento dos seus hábitos educativos, sanitarios, etc., que son imprescindibles para o seu correcto desenvolvemento integral”. Porque o acollemento dun menor nunha familia

allea non debe ser un obxectivo en si mesmo, senón unicamente a solución para resolver unha situación familiar crítica, mentres que o traballo de apoio á familia biolóxica, cando se poida esperar razoablemente que con este apoio consiga resolver algúns dos seus problemas, é a mellor solución non só a curto prazo, senón especialmente de cara ao futuro tanto dos nenos implicados como das súas familias de orixe e de todos os membros que as compoñen”.

36 En numerosos pronunciamentos xudiciais obsérvase este proceder. Así, AAP de Málaga do 16 de marzo de 1999, relator TORRES CUELLAR, M. J., A.C. 1999, marx. 4996; AAP de Málaga do 16 de abril de 2001, relator HERNÁNDEZ BAREA, H., A.C. 2001, marx. 1843; SAP de Granada do 9 de febreiro de 2002, relator DE VALDIVIA Y PIZCUETA, A.C. 2002, marx. 625; SAP de Asturias do 26 de maio de 2003, relator RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, XUR. 2003, marx. 233599; AAP de Barcelona do 11 de febreiro de 2002, relator NOBLEJAS NEGRILLO, XUR. 2002, marx. 125478; AAP de Barcelona do 11 de febreiro de 2002, relator NOBLEJAS NEGRILLO, M.B., XUR. 2002, marx. 135478.

37 Entre outras, STC do 26 de setembro de 1990, relator LEGUINA VILLA, J., R.T.C. 1990, marx. 143 e STC do 18 de outubro de 1993, relator CRUZ VILLALÓN, P., R.T.C. 1993, marx. 298.

38 SAP de Cádiz do 20 de marzo de 2003, relator ERCILLA LABARTA, C., XUR., 2003, marx. 77029; SAP de Valencia do 7 de xuño de 2004, relator DE MOTA GARCÍA-ESPAÑA, J. E., A.C. 2004, marx. 2.236; SAP de Badajoz do 21 de xaneiro de 2003, relator GÓMEZ Y FLORES, J. M., XUR. 2003, marx. 131621; SAP de Jaén do 10 de xaneiro de 2002, relator JURADO CABRERA, M. J., A.C. 2002, marx. 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.