

Revista del Foro Canario

91

Las Palmas de Gran Canaria, 1995



Portada: Foto cortesía de El Museo Canario

IMPRIME: IMPRENTA PÉREZ GALDÓS, S.L.
PROFESOR LOZANO, 25 - EL CEBADAL
35008 LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

DEPÓSITO LEGAL: G.C. 258/80

I.S.S.N.: 0211-0903

REFLEXIONES SOBRE EL DECRETO 103/1994, DE 10 DE JUNIO, POR EL QUE SE REGULAN LOS PROCEDIMIENTOS Y REGISTROS DE LA ADOPCIÓN Y DE LAS FORMAS DE PROTECCIÓN DE MENORES EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS

ANTONIO DOMINGO AZNAR

**DOCTOR EN DERECHO. PROFESOR ASOCIADO DE DERECHO CIVIL
DE LA UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA
ABOGADO**

Como cuestión previa debe tenerse en cuenta la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores, cuyo artículo 172 dispone que “la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores tiene por ministerio de la Ley la tutela de los que se encuentren en situación de desamparo”. La Ley de referencia se refiere a la actuación de la entidad pública que corresponda en relación con el ejercicio de la potestad de guarda de menores (arts. 172 a 174 del Código Civil, en adelante CC), así como también en relación con expedientes de adopción (art. 176.2 CC).

Con carácter preliminar, según la exposición de motivos de la norma autonómica, el objeto del Decreto es, fundamentalmente disponer las normas de procedi-

miento “correspondientes a las distintas formas de protección y a la adopción..., a tenor de lo dispuesto en el artículo 149.1.18ª de la Constitución española, en adelante CE, y artículos 32.2 y 3 del Estatuto de Autonomía”, relativos, respectivamente, a los límites y al contenido de la competencia autonómica en materia de procedimiento administrativo derivado de las especialidades del régimen administrativo canario.

Este Decreto de la Comunidad Autónoma de Canarias consta de cincuenta artículos, tres disposiciones adicionales, cuatro disposiciones transitorias y tres disposiciones finales, que, a su vez, son redistribuidos en seis Títulos (Preliminar, disposiciones generales; Primero, de la tutela y guarda de menores; Segundo, del acogimiento familiar; Tercero, de la atención de los menores en centros de acogida; Cuarto, de la adopción; Quinto, de los registros; y Sexto, de la colaboración con la Administración de Justicia).

El análisis de sus contenidos exige, sin embargo, efectuar unas *consideraciones en relación con el alcance y fin de la Ley estatal de aplicación preferente al caso y delimitadora siempre del ejercicio de la competencia autonómica.*

1. La primera consideración es que la Ley de referencia es expresión cualificada de la legislación del Estado en materia Civil (art. 149.1.8ª, CE) en su concreción de Derecho de Familia; concretamente, procede a modificar determinados aspectos del Libro primero, de las personas, en aspectos relativos al punto de conexión en las relaciones personales, a la guarda y acogimiento de menores, la adopción, las relaciones paterno-filiales, los bienes de los hijos y su administración y la tutela, al margen de las modificaciones que se introducen en la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo que respecta a las cuestiones de índole adjetiva o procesal relativas a los procesos que se sustancien sobre conflictos dimanantes de, o en relación con las relaciones personales antes señaladas; competencia que la Constitución reconoce con carácter exclusivo siendo el Código Civil su expresión normativa más cualificada. Interesa matizar esto porque la Ley citada, además de incorporar al Código Civil, por modificación, determinados contenidos, regula en sus dos disposiciones adicionales ciertos requisitos de procedibilidad que deberán ser de obligado respeto por parte de las entidades públicas a las que se les ha encomendado la protección de menores con ocasión del desarrollo reglamentario de la Ley; de lo que se infiere que tales criterios son expresivos de ciertas reglas de procedimiento fijadas por el Estado que inciden directamente en la competencia autonómica en la materia, pero no tienen carácter de norma de Derecho Civil, por lo que, respetando sus determinaciones, la Comunidad Autónoma podrá desarrollar, si tuviera competencias para ello, mediante aprobación del oportuno Reglamento ejecutivo, los preceptos legales de referencia.

La Ley 21/87, según se desprende de su exposición de motivos, manifiesta expresamente que la modificación por ella articulada vino motivada por el hecho de

que la legislación anterior no satisfizo plenamente la “función social” que debía cumplir, toda vez que había una falta casi absoluta de control de las actuaciones que preceden a la adopción, necesario si se quiere que ésta responda a su verdadera finalidad social de protección de los menores privados de una vida familiar normal..., ausencia de control que permitía en ocasiones el odioso tráfico de niños... y daba lugar, otras veces a una inadecuada selección de los adoptantes”. La evitación de tales males es lo que determinó la incorporación al Código Civil de la regulación de determinadas instituciones o técnicas de protección de menores de suerte que se traba así una especie de trabazón encadenada, siendo cada eslabón una técnica protectora diferente que concluye con la adopción de un menor desamparado; adopción que muchas veces se perjudicaba por la ausencia precisamente de control que había en los momentos preadoptivos en los que muchas veces el contenido dominante de la relación era estrictamente económico o mercantilista y no familiar o protector de los menores desamparados.

La Ley reconoce (art. 239 CC) la tutela *ex lege* de los menores desamparados de las entidades públicas que tienen encomendada la protección de menores (art.172 CC), entidades que son los organismos del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales a las que, con arreglo a las Leyes, corresponden en el territorio respectivo la protección de menores (disposición adicional primera, Ley 21/87) siendo determinante para la incoación y conclusión del expediente de tutela administrativa que exista una situación de desamparo. Declarada la situación tutelar, la entidad pública citada podrá proceder a la “guarda del menor”, guarda que podrá llevarse a cabo, bajo la vigilancia de la entidad pública, en “casa o establecimiento en el que el menor es internado” o “por personas que lo reciban en acogimiento” (arts. 172.3 y 4 CC).

La situación de guarda durará “el tiempo necesario” (art. 172.2 CC), procediéndose al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias “cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste” (art. 239 CC).

La peculiaridad de la “guarda”, tal cual está normativamente regulada, es que, acordada la misma, no se produce ruptura de filiación, ni ése es el objetivo de tal técnica. En principio, “se procurará la reinserción del menor en la propia familia” (art. 172.4 CC), lo que no impide la adopción de un menor acogido previamente por el adoptante (art. 176.2 3ª CC). Es decir, no debe confundirse ni entremezclarse indebidamente la tutela administrativa y sus técnicas de protección con la adopción. Ésta implica la constitución de una filiación legal, produciéndose la ruptura de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior (art. 178.1 CC). Aquélla, por el contrario, deja inalterada la naturaleza de tal vínculo, sin perjuicio de que los padres puedan ver limitados sus derechos de visita y de relación con el menor por el Juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor (art. 161 CC).

Advertida una situación de desamparo moral o material del menor, de oficio o a instancia de terceros, se deberá incoar el correspondiente expediente para declarar la situación de desamparo del mismo y, consecuentemente, deducir la tutela administrativa *ex lege* sobre el mismo. Declarado el desamparo, se adoptará la técnica de guarda adecuada (en residencia o en familia), situación que durará "el tiempo necesario", concepto jurídico indeterminado de imprescindible uso por otra parte, toda vez que lo prevalente es la protección del menor, sobre la base de su reinserción al entorno familiar inmediato. Si las condiciones del citado entorno familiar no varían, se puede interesar la declaración de tutela judicial, y, posteriormente, la adopción del menor desamparado.

2. El ejercicio de la patria potestad, en ciertas situaciones, no puede ser realizado, bien porque se carece de progenitores, porque éstos faltan, o porque existiendo no pueden desempeñarla. El Ordenamiento jurídico ha de afrontar estas contingencias a través de la organización de un sistema que asegure y garantice la guarda de la persona, la protección de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que al menor correspondan. Es una meta obtenible a través de la construcción legal de una institución ficticia y sustitutiva de la patria potestad tendente al cumplimiento de las funciones inherentes a la misma, cual es la institución tutelar y las técnicas de guarda y custodia, bien con carácter previo a la constitución de la adopción, o por un hacer a través de las entidades públicas que la normativa estatal ha arbitrado al efecto ante el supuesto de menores abandonados, debiéndose significar que algunas Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus facultades normativas, han aprobado disposiciones al respecto, como es el caso de Cataluña (Ley 11/85) y Navarra (Decreto Foral 90/1986).

De lo expuesto no se puede inferir la consideración de la institución del acogimiento como creación *sui generis* de la Ley 21/87, pese a lo consignado en su preámbulo. Es, desde luego, una novedad importante, que tiene su parangón en diversos Derechos europeos y que supone dar rango legal de primer orden a una institución hasta hoy regulada por dispersas normas administrativas, al haberse estimado que la figura posee la sustantividad necesaria para ser digna de incluirse en el Código Civil, con lo que también se logra unificar prácticas divergentes, aunque el acogimiento, que se formaliza en el plano administrativo, no deja de estar sometido, ya desde su iniciación, a la vigilancia del Ministerio Fiscal y al necesario control judicial. La novedad, sin embargo, es relativa, pues ya venía recogida en la legislación de los Tribunales Tutelares de Menores (artículos 17.B de la Ley y 81 del Reglamento), sólo que con otro nombre, "el confiar al menor". Aún más, se reseñan como precedentes históricos al actual acogimiento figuras jurídicas como el "prohijamiento", "la colocación de menores" y "el confiar" a instituciones jurídicas (Decreto 11 de febrero de 1852; Orden Ministerial de 1 de abril de 1937, y la propia legislación del Tribunal Tutelar de Menores de 11 de junio de 1948), regula-

ción, por otra parte, no exclusiva de esta rama del Derecho, al existir igualmente manifestaciones de ello en el ámbito especial, singularmente en el campo de los Derechos Forales (art. 53 de la Compilación de Navarra).

En la realidad sociológica y jurídica actual, el acogimiento constituye una pieza complementaria de la institución de la adopción, por virtud del cual el menor resulta integrado en la vida familiar del acogente generándose para éste una pluralidad de obligaciones similares a las derivadas de la situación de patria potestad, como vigilarle, tenerle en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral; aunque no media, expresamente, un deber correlativo de deberes a cumplir por el acogido (art. 173.1 CC). Admitiendo que el acogimiento genera un status similar al gestado por la relación filiatoria, no es sin embargo idéntico, pues su ejercicio no genera sobre el menor acogido una relación jurídica de patria potestad en favor del acogente; excluye, por tanto, que aquél pueda ostentar representación o administración sobre los bienes del menor, de mediar éstos. Ello no obsta la existencia de lagunas normativas durante el ejercicio de las funciones de acogimiento, lo que necesita de complementación a través de la normativa referente a la patria potestad o tutela, pues al igual que existen dos tipos de menores desamparados, hay dos tipos de acogimiento. El primero de ellos, se produce en los casos en que la entidad pública asume la tutela del menor desamparado y puede conducir a la adopción; el segundo se producirá cuando la entidad asume sólo la guarda, por tratarse de menores temporalmente desamparados, cuyos progenitores o tutores lo hubieren solicitado. El régimen jurídico del acogimiento previo a la adopción tiene que ser necesariamente distinto del de los menores cuyos padres o tutores conservan la potestad sobre los mismos. Pero, cualquiera que sea la posición que se adopte, resulta incuestionable que tales deberes jurídicos pervivirán mientras subsista la situación de acogimiento.

En cuanto a la extinción de la institución, la misma cabe no sólo por la decisión judicial expresa, sino que junto a ella es admisible otra pluralidad de situaciones que igualmente denotan tal extinción, como ocurre al mediar comunicación a la entidad por parte de los obligados siempre que el hecho conste de forma fehaciente, o a petición de las personas que tienen acogidos a los menores, supeditando su eficacia a que medie comunicación por parte de éstos a la entidad pública.

En cuanto subsista el acogimiento, se verá afectada la guarda del menor, pero esto no implica una dejación de deberes justificados por parte de los titulares de la patria potestad, ya que éstos conservan tanto el derecho de representación legal como de administración.

Finalmente, es igualmente obligado, por nuestra condición de ciudadanos de un Estado miembro de las organizaciones europeas aludir a la normativa comunitaria que sobre la referida materia se hubiera aprobado. En tal sentido, el Consejo de Europa, con criterio restrictivo y cauteloso, alude a tal figura en dos textos distin-

tos, aunque complementarios, el Convenio Europeo sobre Adopción de 1967 y la Resolución 33/77, adoptada también por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 3 de noviembre de 1977. En esta dimensión supra-comunitaria o internacional debe traerse a colación la formulación consignada por el Constituyente de 1978 en el párrafo 4º del artículo 39, conforme al cual “los niños gozarán en España de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”, criterio interpretativo que en lo concerniente a derechos fundamentales tiene expresa admisión en el artículo 10.2 CE, si bien no resulta extrapolable al ámbito de protección de los menores, ya que el Constituyente los privó de tal carácter y sólo ostentan validez de Derecho interno, en aras al principio de legalidad, los tratados que hubieran entrado en vigor.

El contenido concreto sobre la materia de menores está disperso en una pluralidad de textos internacionales, tales como la Declaración de los Derechos del Niño, en virtud de Acuerdo de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de análoga fecha y la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

3. El Decreto reconoce el carácter circunstancial y temporal de la tutela administrativa declarada y, en su caso, de las técnicas de protección del menor acordadas en la misma. Es significativo que el artículo 3 proponga como fin de la actuación de la Comunidad Autónoma el “mantenimiento y, en su caso, reinserción del menor en su propia familia, salvo en los supuestos en que el beneficio del menor desaconseje esa situación”. En pro de la no ruptura de la convivencia familiar, el Decreto va más allá de lo previsto por el Código Civil —lo cual, por otra parte, es perfectamente lícito, al encuadrarse dentro del título competencial afectado sustancialmente o, incluso, en el de asistencia social— al disponer la adopción de medidas administrativas para prevenir o atajar posibles situaciones de desamparo cuya concurrencia final daría lugar al reconocimiento de la tutela administrativa autonómica. Por ello, el citado artículo 3 del Decreto dispone la potenciación de tratamientos preventivos para la detección de las causas que originan la desestructuración familiar, el desamparo de los menores y las situaciones de marginación (apartado 1). Se contempla también (apartado 2) la posibilidad de atender al menor en la propia familia siempre que ello sea posible y la situación no exija medida diferente, objetivo para el que se dispone de apoyo económico y socioeducativo. Siendo ello así —es decir, actuando aun en situaciones de pre-desamparo, o lo que es lo mismo, fuera del ámbito de la tutela administrativa— no se entiende, sin embargo, cómo a continuación el precepto señalado concluye que en pro de la reintegración del menor en su propia familia “se dará preferencia a los parientes del

menor en la constitución de la tutela —se entiende que la tutela judicial, pues la administrativa se declara *ex lege*—, siendo así, por otra parte, que si el objetivo es la reinserción en la propia familia, lo que se conecta con la tutela o el acogimiento, parece deducirse que aquella reinserción no lo es en su familia parental, sino en la genérica, lo que debiera precisarse en aras de la claridad de la norma y en la correcta aplicación de las técnicas protectoras reconocidas por el Ordenamiento.

En conexión con lo expresado, en el apartado tercero de ese artículo 3 se contempla la posibilidad de disponer recursos alternativos a la familia del menor desamparado, tales como la atención en escuelas infantiles asistenciales o en centros de atención al menor, o a través de su acogimiento o adopción por otra familia —medidas que se reiteran en el art. 12.a), precepto éste que se inserta en el título relativo a la tutela y guarda de menores— siendo así que las medidas de apoyo que se pretenden pudieran insertarse más bien dentro del título competencial de asistencia social, toda vez que para la adopción de tales medidas no se precisa la constitución de tutela administrativa alguna, pudiendo, desde luego, incidir la Comunidad Autónoma en la eliminación de las circunstancias del entorno del menor, así como incentivar la creación de una situación favorable para el normal desarrollo de su vida familiar y social.

Debe observarse, sin embargo, que en los apartados 2 y 3 del repetido artículo 3 se disponen medidas para solventar situaciones efectivas de desamparo (tutela, acogimiento, adopción) junto con otras de carácter preventivo, siendo así que la finalidad del precepto, en principio, es el mantenimiento y reinserción del menor en su propia familia, lo que no coincide exactamente con la adopción como técnica para conseguir tal resultado, pues la misma supone la ruptura de la filiación con la familia de origen.

En relación con tales medidas, debe recordarse que la tutela implica la potestad de guarda sobre los menores desamparados, guarda que tiene carácter temporal, pues, implícitamente, no pretende la ruptura de la relación paterno-filial, ni la desconexión del menor con su entorno familiar actual, siendo el acogimiento familiar y la vigilancia en establecimientos especializados los instrumentos mediante los que se ejerce la tutela administrativa señalada. Por ello, no se entiende cómo el artículo 12 dispone que constituida la tutela administrativa se procederá, a la menor dilación posible, a constituir la tutela definitiva o la adopción del menor desamparado, pues el art. 239 CC dispone la tutela judicial no con carácter forzoso y automático, sino “cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste”, en tanto que el art. 176 CC precisa que la constitución de la adopción deberá tener en cuenta el interés del adoptando, como no podría ser de otra forma. No se trata, pues, de la aplicación automática y acelerada del mecanismo protectorio más intenso, sino que se aplicará, en cada caso, y a medida que la situación del menor lo requiera, la protección más idónea vistas las circunstancias subjetivas y objetivas del menor y su entorno.

4. El Capítulo III del Título Primero regula el procedimiento a seguir con ocasión de la solicitud a la Comunidad Autónoma de la guarda de los menores en los supuestos recogidos en el art. 172.2 CC; procedimiento que comienza con la solicitud de tal guarda por quien tenga la potestad sobre el menor, intervención de la Dirección General de Protección del Menor y la Familia, comprobando la concurrencia de circunstancias y hechos y, finalmente, Resolución del Director General acordando, o no, la guarda interesada. Ahora bien, el Título I del Decreto, de la tutela y guarda de menores, regula asimismo el denominado expediente de declaración de desamparo, incoable de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o de las personas señaladas en los arts. 202 y 229 en relación con el 234 CC, expediente de desamparo que, concluido, puede generar la adopción de alguna de las medidas contempladas en el art. 12, como son la atención en hogares o centros residenciales, la promoción de la tutela judicial o, en su caso, la adopción —siendo así que el art. 21 determina que el expediente de guarda puede concluir con el acogimiento familiar del menor o la atención en hogares o centros residenciales—. Parecen coexistir, pues, dos tipos de procedimientos que, evidentemente serán simultáneos. Ahora bien, no se entiende tal duplicidad procedimental, pues la regulación de la guarda (arts. 18 a 21) ya se halla regulada en el Capítulo I del Título I. Apreciada una situación de desamparo, generadora de la tutela administrativa, se inicia el correspondiente expediente de declaración de desamparo cuya conclusión es la guarda del menor desamparado, guarda que podrá ser desempeñada por la propia Administración en establecimientos especializados o en acogimiento familiar. No hay, pues, esa duplicidad de intereses que justifica la incoación de un doble expediente, pues la guarda es ineludiblemente la consecuencia de la declaración del desamparo.

En relación con lo expresado, el art. 8 dispone la audiencia del Ministerio Fiscal durante la instrucción del expediente de declaración de desamparo del menor, siendo así que conforme dispone el art. 174 CC la intervención del Fiscal en relación con los expedientes de guarda y acogimiento de menores se producirá por dación de cuentas de los nuevos ingresos, así como tras la remisión por parte de la entidad pública de los escritos de formalización de los acogimientos. Parece, pues, que la intervención del Ministerio público se produce desde el primer momento, desde el ingreso, y no durante la tramitación del expediente que seguidamente se incoe. Igual observación cabe hacer a los arts. 13.1 y 23.4 del presente Decreto.

5. El artículo 18 del Decreto, que regula la composición de la Comisión de tutela del menor, dispone en su apartado a) que su Presidente será el Director General de Protección del Menor y la Familia o persona que designe para su sustitución en una sesión concreta. Ahora bien, el art. 23.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del

Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) dispone que, en caso de vacante, ausencia, enfermedad u otra causa legal, el Presidente de los órganos colegiados será “sustituido por el Vicepresidente que corresponda y, en su defecto, por el miembro del órgano colegiado de mayor jerarquía, antigüedad y edad, por este orden, de entre sus componentes”. Claro que, como dispone el párrafo segundo del precepto legal citado, tal norma no será de aplicación en los supuestos de órganos colegiados administrativos “en que participen organizaciones administrativas de intereses sociales”, supuesto en el que el régimen de sustitución del Presidente “debe estar específicamente regulado en cada caso, o establecido expresamente por Acuerdo del Pleno del órgano colegiado”, lo que se pone de manifiesto a los efectos de, si fuera pertinente, proceder a una regulación más minuciosa de la citada cuestión orgánico-procedimental.

El apartado b) del artículo 18 dispone asimismo la integración en la Comisión de tutela del menor de personas “especialmente cualificadas en la materia de las distintas Administraciones públicas, de la carrera fiscal y de organizaciones representativas de intereses sociales”. Debiera precisarse a qué intereses sociales se refiere la norma y, si fuera posible, a qué organizaciones representativas. Más interés tiene, sin embargo, la referencia a los miembros de la carrera fiscal, alguno de cuyos miembros puede ser integrado en un órgano administrativo autonómico, lo que pudiera vulnerar el art. 57 de la Ley 50/81, de 30 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, regulador de las incompatibilidades y prohibiciones a que están sometidos sus miembros, debiéndose precisar en cualquier caso que el apartado 4 del indicado artículo parece referirse a la prohibición del desempeño de empleos o cargos de las Comunidades Autónomas “dotados o retribuidos”, lo que debiera tenerse en cuenta a los efectos de eludir la prohibición o incompatibilidad prevista en la expresada Ley, máxime cuando la disposición adicional segunda del Decreto objeto del presente estudio dispone que “la Comisión de tutela y la Comisión de acogimiento y adopción quedan incluidas en el grupo IV del anexo V del Decreto 124/1990, de 29 de junio, sobre indemnizaciones por razón del servicio”.

6. Como se ha dicho anteriormente, el acogimiento de menores es una solución transitoria y circunstancial, que no incide ni propende la ruptura de la filiación de origen y que tiene por objeto la reinserción del menor en la propia familia, asumiendo la entidad pública, en su caso, la guarda durante el tiempo necesario, siendo, por otra parte, interés del Legislador la incoación de la tutela judicial cuando existan personas, legalmente llamadas a ejercerla, que la pueden ejercer en beneficio del menor desamparado (arts. 172 y 239 CC). La regulación del Decreto sobre el acogimiento no parece, sin embargo, responder a tales principios o criterios orientativos, al efectuar una discriminación en los acogimientos, no previsto de esta forma en la legislación civil, al distinguir el

denominado acogimiento preadoptivo (que es el efectuado con fines adoptivos) y el acogimiento simple (que es el que tiene por objeto la reintegración en la propia familia), regulando asimismo la temporalidad a que está sometido el denominado acogimiento simple, siendo así que conforme a la Ley el mismo deberá durar “el tiempo necesario”. La tutela administrativa y sus técnicas de guarda constituyen un primer escalón en la protección de menores, en el que se inserta precisamente el acogimiento familiar; escalón que puede venir seguido por la tutela judicial del menor y, finalmente, por la adopción. La configuración del denominado acogimiento preadoptivo supone alterar la filosofía de la Ley, por más que el art. 23.1 del Decreto limita, *a sensu contrario*, el acogimiento preadoptivo a los mayores de edad (regulado en los arts. 31 y 34 del Decreto), aunque el mismo precepto pueda dar lugar a una interpretación contraria, desde luego ésta opuesta por las razones antes citadas a la legislación civil de aplicación. En efecto, el art. 20 del Decreto, a los efectos de aplicar el acogimiento que proceda, distingue entre “menores desamparados o sujetos a guarda”, de forma que si el acogimiento familiar simple se refiere a los menores sujetos a guarda, puede entenderse que excluye a los menores desamparados, los cuales podrían por ello ser objeto de un acogimiento preadoptivo. Debe reiterarse, sin embargo, que el desamparo es inicialmente una situación de hecho que posteriormente se convierte de Derecho al ser así reconocida mediante el correspondiente expediente siendo sus efectos inevitables la declaración de guarda por la autoridad autonómica competente al amparo de la tutela administrativa que le corresponde. En tal guarda se pueden adoptar dos tipos de medidas, el ingreso en establecimiento especializado o el acogimiento familiar. No cabe, pues, distinguir entre menores desamparados o sujetos a guarda a los efectos de discriminar la clase de acogimiento que se les pueda aplicar, pues si un menor se halla sometido a guarda es porque se hallaba desamparado y, de la misma forma todo menor desamparado debe ser objeto de la técnica de guarda más adecuada.

La conexión entre el acogimiento familiar y la adopción no es otra que el permitir iniciar el expediente de adopción sin la propuesta previa de la entidad pública cuando el adoptante lleve más de un año acogiendo legalmente al adoptando (art. 176.2.3ª CC).

En relación con los requisitos que deben reunir las personas interesadas a proceder a recibir en acogimiento a menores desamparados (art. 22), no puede perderse de vista la regulación contenida en la disposición adicional primera de la Ley 21/87, apartados 2º y 3º, que contiene normas de obligado cumplimiento por las Comunidades Autónomas en relación con las propuestas de adopción y, en todo caso, para la colocación de niños en régimen de acogimiento familiar, para lo que la Ley llama a ciertas Asociaciones o Fundaciones no lucrativas, cuya intervención el legislador reconoce como prioritarias al manifestar (exposición de motivos) “que el éxito de la reforma vendrá en gran parte condicionado por el buen funcionamiento de estas instituciones”. Tales instituciones son calificadas por la Ley como

“colaboradoras de integración familiar” debiendo figurar en sus estatutos como fin la protección de menores y disponer de los medios materiales y equipos pluridisciplinarios necesarios para el desarrollo de las funciones encomendadas (párrafo primero disposición adicional citada). En cuanto al alcance de sus cometidos, la Ley (disposición adicional primera, párrafo tercero) les encomienda sólo “funciones de guarda y mediación [de forma que] ninguna otra persona o entidad podrá intervenir en funciones de mediación para acogimientos familiares o adopciones”. El Decreto, sin embargo, regula la relación directa entre las personas, a título particular, y la Dirección General de la Protección del Menor y de la Familia, sin referencia alguna a las asociaciones expresadas, aunque el art. 29 del Decreto, relativo a la Comisión de acogimiento y adopción de menores, incorpora a tal Comisión a personas representantes de organizaciones representativas de intereses sociales, lo que no es exactamente lo mismo que lo que dispone la legislación civil, que en este punto debiera ser tenida en cuenta, pudiéndose hacer igual género de consideraciones respecto de la Comisión de tutela del menor.

7. El Capítulo I del Título IV regula la Comisión de adopción de menores, órgano de asesoramiento y propuesta (art. 27) aunque no se precisa a qué o cuáles órganos asesora (se supone que a la Dirección General, pero se debería especificar). Debe recordarse que el Decreto también regula (arts. 16 a 19) la Comisión de tutela del menor, que interviene en los expedientes de declaración de desamparo en relación con la tutela administrativa de la Comunidad Autónoma sobre los menores desamparados. Acogimiento y adopción, pues, son momentos sucesivos o técnicas escalonadas en la protección del menor desamparado, siendo así que con aquél se conectan las técnicas protectivas de la guarda en establecimiento público y acogimiento familiar que, una vez más, no suponen ruptura de la filiación de origen; en cambio, con la adopción, se persigue un objetivo cualificadamente distinto al del acogimiento, implicando de hecho la ruptura del expresado vínculo. Podía haberse elegido cualquier otro modelo (como una Comisión única de tutela, acogimiento y adopción). Pero habiendo optado por constituir dos Comisiones distintas, sus objetivos debieran responder a los fines para los que se constituyeron o, al menos, los que se derivan de su intitulación. Por ello, las funciones relativas a la valoración de las solicitudes de acogimiento debieran ser responsabilidad de la Comisión de tutela, de forma que la Comisión de adopción se limite exclusivamente al ejercicio de funciones conexas con las situaciones de ruptura del nexo familiar.

8. El art. 32.3 del Decreto dispone un régimen especial para las solicitudes de adopción relativas a menores con dificultades por circunstancias especiales, entre ellas que los menores superen los cinco años de edad. El art. 39.1.b), relativo a la selección de adoptantes, hace referencia precisamente a aque-

llos menores con dificultades, pero, en este caso, niños mayores de tres años de edad, lo que debiera aclararse a los efectos de evitar esa contradicción interna de la norma, pues para tales menores con dificultades el Decreto altera el régimen de inscripción en el correspondiente registro (art. 32), no rigiéndose la resolución del correspondiente expediente por el criterio cronológico.

Es asimismo observable la incorporación entre los criterios de alteración de la inscripción de las solicitudes en el Registro de adopción (menores con dificultades o circunstancias especiales, menores con minusvalía o enfermedades crónicas o contagiosas o con inadaptación social) el que “concurra cualquier otra circunstancia similar”, concepto jurídico indeterminado cuya utilización, por los efectos que se persiguen, debiera en la medida de lo posible ser eliminado, por inseguridad que produce y la apertura de una vía de arbitrariedad que permite que al amparo de tal cláusula se pueda alterar el orden del registro de inscripción, vulnerándose así el principio general *prior tempore potior iure*. Por ello, o se hace una lista tasada de supuestos excepcionales, o la aplicación de cualquier otro criterio corrector deberá ser debidamente valorada por la Comisión de adopción, previa la emisión de los informes técnicos, periciales y de cualquier naturaleza que permitan reconducir una inscripción en el registro por el cauce excepcional de alteración del orden del mismo.

En cuanto a la regulación contenida en el Capítulo Cuarto del Título IV (de la adopción de menores extranjeros), art. 41, precepto que parece referirse a la adopción judicial de conformidad con la Ley española de un menor extranjero, remitiéndose a lo previamente dispuesto para la adopción, “sin perjuicio del cumplimiento de los convenios que en materia de adopción tenga firmado el Reino de España con terceros países”; lo que podría complementarse, desde luego, efectuando una remisión a lo dispuesto en art. 9 apartado 4 y 5 CC, relativo al punto de conexión aplicable en las relaciones de filiación natural y adoptiva, siendo así que conforme los mismos será la Ley nacional del adoptando la que rija su capacidad y consentimiento, si residiera fuera de España o, residiendo en España, no adquiriera en virtud de la adopción la nacionalidad española.

9. Se crean dos Registros, el Registro de Tutelas “administrativas” y el Registro de Guardas en Centros de Acogida. Ello ha sido hecho con buen criterio, en cuanto al primero, a fin de evitar confusión el Registro de Tutelas en el ámbito civil, y respecto al segundo, en coherencia con lo manifestado en apartados anteriores, la guarda, consecuencia de la tutela administrativa de la Comunidad Autónoma, puede ejercerse “bajo la vigilancia de la entidad pública, por el Director del establecimiento en que el menor está internado, o por la persona o personas que lo reciban en acogimiento”.

BIBLIOGRAFÍA

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R.: *Las competencias de las comunidades Autónomas en materia de Derecho Civil*, Primer Congreso de Derecho Vasco: la Actualización del Derecho Civil, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1983.
- CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *De la patria potestad*, en "Comentarios al Código Civil y compilaciones forales", obra dirigida por Albadalejo M., tomo III, volumen 2, artículos 142 a 180, Editorial Edersa, 1978.
- CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *La reforma de la patria potestad*, en las reformas del Código Civil por leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid 1983.
- CASTRO LUCINI: *Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción, II: el adoptado*. Anuario de Derecho Civil, tomo XXI, 1968.
- CONSEJERÍA DE SANIDAD Y ASUNTOS SOCIALES DEL GOBIERNO DE CANARIAS: -DECRETO 103/1994, de 10 de junio (B.O.C. núm. 87 de 18 de julio de 1994).
- DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, volumen IV, Editorial Tecnos, Madrid, 1989.
- GARCÍA GIL, F.J.: *La protección de los hijos menores o incapacitados en las situaciones de crisis matrimonial*, La Ley, Tomo III, 1989.
- GETE-ALONSO y CALERA, M.C.: *Comentarios al Código Civil*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid 1991.
- GIL RODRÍGUEZ, J.: *Artículo 269 del Código Civil*, en Comentarios al Código Civil, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid 1991.
- LACRUZ BERDÉJO, J.L. y otros: *Derecho de Familia*, 3ª edición, fascículo I, Librería Bosch, Barcelona 1989.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Artículo 149.1.8. Comentario a la Constitución*. Dirigido por Garrido Falla, Tomo XIV, Editorial Edersa, Madrid 1987.
- LLEVARÍA SAMPER, S.: *Tutela Automática, Guarda y Acogimiento de Menores* (Estudio de la Ley 21/87, de 11 de noviembre) Editorial Bosch, Barcelona 1990.
- PAREJO CERDA: *Estudio breve sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad*, Colegio Notarial de Baleares, Circular 22 C. Cultura de 4 de junio de 1981.
- PILLADO MONTERO, A.: *Notas sobre el Proyecto de Ley de reformas en materia de adopción*. Revista de Derecho Privado, mayo 1987.
- ROCA TRÍAS, E.: *Constitució i Família*, Revista Jurídica de Cataluña, 1984.
- RUIZ RICO RUIZ, J.M.: *La tutela ex lege, la guarda y el acogimiento de menores*, Actualidad Civil, n^{os} 2 y 3 de 1988.
- VALLADARES RASCÓN, E.: *Notas Urgentes sobre la nueva adopción*, Poder Judicial, 2ª época, marzo de 1988, Madrid.