



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 3 1 / 2 0 0 7

(Pleno)

La Laguna, a 22 de mayo de 2007.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el *Proyecto de Decreto por el que se regulan los procedimientos administrativos previos a la constitución de la adopción y el Registro de adopción (EXP. 223/2007 PD)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Por escrito de 15 de mayo de 2007, con igual fecha de entrada en el Consejo Consultivo de Canarias, la Presidencia del Gobierno solicita, al amparo de lo dispuesto en los arts. 11.1. B. b) y 12.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, Dictamen preceptivo sobre el Proyecto de Decreto por el que se regulan los procedimientos administrativos previos a la constitución de la adopción y el Registro de adopción, tomado en consideración por el Gobierno de Canarias, en sesión celebrada el 15 de mayo de 2007, según resulta del certificado del acuerdo que acompaña a la solicitud del Dictamen.

2. La petición de Dictamen ha sido cursada por el procedimiento de urgencia previsto en el art. 20.3 de la Ley 5/2002, motivándose la reducción del plazo para la emisión del parecer de este Consejo en "la trascendencia social de la norma que se proyecta y la conveniencia de que la regulación de los procedimientos administrativos previo a la constitución de la adopción entre en vigor antes de que se produzca el fin de la Legislatura, teniendo en cuenta lo ya apreciado por el Consejo Consultivo de Canarias en Dictamen nº 15/2007, de 8 de enero, en el cual estimó fundada la petición de Dictamen por el procedimiento de urgencia, motivado ello por tal circunstancia".

* **PONENTE:** Sr. Díaz Martínez.

Es preciso manifestar, antes de entrar en el estudio del Proyecto de Decreto que es objeto de Dictamen, a la vista de la importancia de la materia sobre la que debemos emitir nuestro parecer, la dificultad que supone realizarlo en el escaso plazo que lleva consigo la urgencia, que no obstante se verifica, si bien ciñéndose al análisis de las cuestiones más esenciales del citado Proyecto. El análisis que se efectúa lo es, fundamentalmente, en lo concerniente a los procedimientos administrativos, sin perjuicio a las referencias obligadas que se han de efectuar al debido respeto al Código Civil, materia de competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.8ª CE).

El hecho de que este Consejo admitiera en otro momento la urgencia, como ocurre en el aludido Dictamen 15/2007, no puede servir de fundamento automático para utilizar esta fórmula indiscriminadamente en detrimento del transcurso del plazo necesario para un adecuado análisis del Proyecto por el Consejo Consultivo, pues un Decreto de la entidad del que nos ocupa, exigiría un examen más detallado.

3. La elaboración del Proyecto de Decreto se ha ajustado a las exigencias legales y reglamentarias de aplicación.

En el expediente remitido a este Consejo consta, además del texto del Proyecto y de la certificación del Acuerdo gubernativo de toma en consideración antes citado (15 de mayo de 2007), los informes de acierto y oportunidad de la norma proyectada, emitido por la Dirección General de Protección del Menor y de la Familia (de fecha 24 de julio de 2006, en base al art. 44 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y la Administración pública de la Comunidad Autónoma de Canarias); el de impacto por razón de género y uso no sexista del lenguaje del Instituto Canario de la Mujer [de fecha 7 de mayo de 2007, en base a la disposición final primera de la Ley 1/1983, en relación con el art. 24 b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, tras su reforma por la Ley 30/2003, de Evaluación de Impacto de Género]; así como el informe de legalidad, elaborado por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Empleo y Asuntos Sociales (de fecha 4 de abril de 2007, en base a los arts. 44 de la Ley 1/1983 y 15.5.a) del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica de Canarias).

Asimismo, se han emitido los informes del Servicio Jurídico del Gobierno [de fecha 15 de diciembre de 2006, en base al art. 20.f) del Decreto 19/1992, por el que se aprueba su Reglamento de Organización y Funcionamiento]; el informe de la Inspección General de Servicios (de fecha 28 de marzo de 2007, conforme a lo dispuesto en el art. 56. e) del Reglamento Orgánico de la Consejería de Presidencia y

Justicia, aprobado por Decreto 40/2004, de 30 de marzo), y el Acuerdo de la Comisión de Secretarios Generales Técnicos (de fecha 15 de mayo de 2007, conforme al art. 1 del Decreto 80/1983).

Constan, igualmente, Memoria económica justificativa del coste de la implantación del Proyecto, elaborada por la Dirección General de Protección del Menor y la Familia de la Consejería de Empleo y Asuntos Sociales (de fecha 27 de julio de 2006, según lo establecido en el art. 44 de la mencionada Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno); el informe de la Oficina Presupuestaria departamental [de fecha 26 de febrero de 2007, conforme lo regulado en el art. 2.2. f) del Decreto 153/1985, en la modificación operada por el Decreto 234/1998, por el que se crean las Oficinas Presupuestarias de las Consejerías del Gobierno de Canarias]; y el informe de la Dirección General de Planificación y Presupuesto de la Consejería de Economía y Hacienda (de fecha 5 de marzo de 2007, en base al art. 26.4.a) del Decreto 12/2004, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Economía y Hacienda).

Finalmente, obra en el expediente la certificación de la Secretaria del Consejo General de Servicios Sociales (de fecha 14 de mayo de 2007), que acredita el cumplimiento del trámite de información acerca de la tramitación del presente Proyecto de Decreto a este órgano colegiado.

Se ha dado cumplimiento, también, al trámite de audiencia a los Cabildos Insulares, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 45.2 de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, así como a los entes que se pudieran ver afectados.

II

En cuanto a la competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias que amparan la actuación normativa proyectada, se encuentra recogido básicamente en el apartado 14 del art. 30 del Estatuto de Autonomía de Canarias en redacción dada por la Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre. Ostenta así nuestra Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de "instituciones públicas de protección y tutela de menores de conformidad con la legislación civil, penal y penitenciaria del Estado".

El presente Proyecto de Decreto se dirige a regular los procedimientos administrativos previos a la constitución de la adopción y el Registro de adopción, sin

que afecte por ello a la legislación civil, competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.8ª de la Constitución), pues no se incide en los presupuestos ni en la regulación sustantiva de la adopción, en lo que, en todo caso, se remite este Proyecto de Decreto al Código Civil y a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con este límite, derivado de la exclusividad de la competencia estatal sobre la legislación civil, la Comunidad puede realizar la regulación de los aspectos de tipo organizativo y de procedimiento, relativos a los organismos de protección.

Es de tener en cuenta que la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral de los Menores, ha regulado en la Comunidad Autónoma de Canarias los procedimientos de adopción nacional e internacional, ajustándose, como dice la Exposición de Motivos, al reparto constitucional de competencias en los aspectos de atención a los menores sobre los que corresponde al Estado la competencia exclusiva. La Ley fue desarrollada, en este aspecto de la adopción, por los arts. 32 y siguientes del Decreto 54/1998, de 17 de abril, por el que se regularon las actuaciones de amparo de los menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias y que en lo referente a la adopción deroga el presente Proyecto de Decreto.

Así pues, de acuerdo con la normativa reseñada, la Comunidad Autónoma de Canarias ostenta competencia para proceder a la proyectada regulación.

III

Se estructura éste en una introducción, 1 Título Preliminar, 3 Títulos y 76 artículos, si bien la numeración del Proyecto de Decreto, por error, termina en el art. 78, no apareciendo los arts. 76 y 77. Consta, asimismo, de 4 disposiciones adicionales, 3 disposiciones transitorias, 1 disposición derogatoria y 4 disposiciones finales.

1. El Título Preliminar contiene "Disposiciones Generales". Así, el art. 1 se refiere al objeto del Decreto y el art. 2 a la competencia.

2. El Título I, rubricado "Adopción Nacional. Procedimientos administrativos previos a la constitución de la adopción", se divide en cinco Capítulos.

El Capítulo I, del procedimiento administrativo de declaración de la situación de adoptabilidad de los menores, se estructura de la siguiente manera: una Sección 1ª, relativa a principios generales, en cuyo art. 3 se contiene el concepto de procedimiento administrativo de declaración de situación de adoptabilidad de los menores, y en el art. 4 se establece la tipología de menores, distinguiendo entre

aquéllos con o sin características especiales. En la Sección 2ª se regula el procedimiento referido.

El Capítulo II de este Título I, relativo a la preparación de la adopción, contiene un único artículo, el 12, en el que se establece que la declaración de situación de adoptabilidad conlleva la elaboración, en el plazo de 2 meses desde la resolución de la declaración, de un proyecto individualizado de preparación para la adopción con determinados extremos que se señalan.

Por su parte, el Capítulo III, sobre procedimiento administrativo de declaración de idoneidad, contiene cuatro Secciones. La Sección I, establece en los arts. 13 y 14 los principios generales del procedimiento. La Sección II, regula la tramitación de las solicitudes, en los arts. 15 a 22, ambos inclusive. La Sección 3ª, que comprende los arts. 23 a 38, se refiere al procedimiento de valoración de solicitudes. Y la Sección 4ª, última del Capítulo III, contiene las normas de actualización de la declaración de idoneidad en los arts. 39 a 48.

El Capítulo IV del Título I contiene, en los arts. 49 a 56, las normas sobre el procedimiento administrativo de selección de adoptantes y asignación de menores.

El último Capítulo del Título I, el V, regula el seguimiento de la integración del menor, en los arts. 57 al 59.

3. El Título II de este Proyecto de Decreto se rubrica "Adopción Internacional", cuyo régimen se estudia en dos Capítulos. El capítulo I, "Procedimiento administrativo de declaración de idoneidad", se divide en una Sección 1ª, relativa a los principios generales, contenidos en los arts. 60 y 61, siendo la Sección 2ª la que contiene las normas relativas a la tramitación de las solicitudes, lo que se regula en los arts. 62 a 67.

El Capítulo II de este Título II se titula "Asignación de menores y seguimiento". En él, el art. 68 regula la tramitación de los expedientes, el 69, la aceptación de la asignación, y el 70, el seguimiento.

4. El Título III, y último del Proyecto de Decreto contiene la regulación del "Registro de Adopción", a través de los arts. 71 a 76. En ellos se contienen las normas de gestión y ámbito del Registro, estructura, y acceso al mismo con carácter restringido.

5. Asimismo, cuenta este Proyecto de Decreto con 4 disposiciones adicionales sobre el carácter reservado de la documentación, recursos en las Resoluciones

administrativas que se dicten, tramitación de las sugerencias y reclamaciones y comprobación de oficio de las situaciones y medidas de amparo de los menores sujetos a tutela de la Dirección General competente en materia de protección de menores.

Las 3 disposiciones transitorias se refieren a la normativa por la que se registrarán los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de este Decreto, así como los requisitos, datos, hechos y situaciones que deban inscribirse en el Registro de Adopción hasta que se apruebe la normativa por el Consejero competente en la materia de protección de menores.

Por último, las 4 disposiciones finales regulan la facultad del Consejero competente para dictar normativa de desarrollo y suscribir con Colegios Profesionales y otras personas jurídicas convenios de colaboración para la realización de diversos informes y asistencias la facultad del Director General competente para emitir resoluciones de suspensión temporal de la tramitación de expedientes; y la fecha de entrada en vigor, a los veinte días de su publicación en el Boletín Oficial de Canarias.

IV

A la norma proyectada cabe formulara las siguientes observaciones al articulado.

Art. 8.1. Trámite de Audiencia.

Respecto de los tutores, no procede la negación del trámite de audiencia para los suspendidos en la tutela, pues sólo estarían excluidos de este derecho los removidos de ella. Y ello porque tanto padres como tutores suspendidos, pero no privados o removidos, ostentan la condición de interesados en el procedimiento según lo establecido en el art. 31 de la Ley 30/1992, de aplicación en este caso, por lo que tienen derecho a formular alegaciones, presentar pruebas e informes y ser notificados de los trámites que se realicen. Ello, en coherencia con los arts. 177.2 y 3 del Código Civil, que no priva a los padres o tutores suspendidos del ejercicio de la patria potestad y tutela, respectivamente, del derecho a ser oídos.

Art. 15.1. c) Solicitudes.

El art. 15.1.c) viene a requerir, para los solicitantes solteros, separados, divorciados o viudos, una prueba de difícil acreditación cual es la certificación municipal negativa de convivencia marital. Ciertamente, cabe pedir la de convivencia análoga a la marital, o la de matrimonio, o, en su caso, tratándose de alteración de estas situaciones a lo largo del procedimiento, las de cesación de las

mismas, pero su no existencia presupone necesariamente que no se está en tal situación, siendo improcedente la exigencia de prueba de una situación de hecho negativa, que en ningún momento se requiere por la legislación estatal relativa al estado civil de las personas.

Art. 32.1. Informe final.

Tal y como ya se había reparado en nuestro Dictamen 29/1998, respecto del art. 36.2 a) del Proyecto de Decreto que, entonces, se sometía a nuestro parecer, ha de hacerse ahora del art. 32 del actual Proyecto. Se decía entonces que se introducía por vía reglamentaria un requisito sustantivo limitador de la capacidad para adoptar, consistente en que la diferencia de edad entre adoptante y adoptando no excediera de cuarenta años, lo que ahora se ha aumentado a cincuenta. Este requisito va más allá de lo previsto en el Código Civil, al que en todo caso se remite el art. 32 del Decreto 54/1998, de 17 de abril, y el 13 del actual Proyecto, al señalar que son interesados en el procedimiento de declaración de idoneidad todas las personas que reuniendo los requisitos previstos en el Código Civil y siendo residentes en la Comunidad Autónoma de Canarias, deseen adoptar a un menor, estableciendo lo mismo para la adopción internacional en el art. 60. Sin embargo, a pesar de esta afirmación, que es por otra parte la única que puede hacerse, posteriormente se incrementan los requisitos más allá de lo previsto en el Código Civil, en cuyo art. 175.1 establece como únicos requisitos de edad para la capacidad de adoptar que el adoptante (o uno de los cónyuges adoptantes) sea mayor de 25 años y que aventaje, por lo menos, en 14 años al adoptando, permitiéndose, incluso, el supuesto del art. 175.2, la adopción de mayores de edad. Por ello se considera que el Proyecto de Decreto, en este punto, va más allá de las posibilidades competenciales de la Comunidad Autónoma de Canarias y de su objeto, que es la regulación de los procedimientos administrativos previos a la constitución de la adopción.

Efectivamente, podría entenderse que no se aumentan los requisitos y que se soslaya este defecto al utilizar en el art. 32 la expresión "*procurando* que la diferencia máxima de edad entre adoptante y adoptado no exceda de cincuenta años". Pero lo cierto es que, además de ir más allá del Código Civil, establece un criterio meramente orientador o de consejo, que puede plantear dificultades para la correcta aplicación de la norma.

Art. 58.1. Contenido y efectos del seguimiento.

El art. 58 señala que son obligaciones de los solicitantes de adopción las mismas que la Ley encomienda a los padres y guardadores, lo que, por otra parte, no aporta nada a lo ya establecido en el Código Civil, donde la adopción tiene los mismos efectos que la patria potestad. Pero, además, este art. 58 añade una puntualización innecesaria, cuando dice “particularmente las de velar por el cuidado y atención del menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo, procurarle una formación integral y prestarle la adecuada y necesaria atención médica”. Y ello porque estos deberes ya se han impuesto al referirse a los derivados de las normas civiles.

2. Se aprecia asimismo la existencia de conceptos jurídicos indeterminados en diversos artículos del Proyecto propuesto, pudiendo afectar a la seguridad jurídica constitucionalmente consagrada, y en especial la objetividad e igualdad, al constituir títulos de determinación *ad casum* por la Administración de las condiciones en las que se aplique el Decreto. Precisamente, una de las funciones de la norma proyectada debe ser la concreción de los amplios términos de referencia a la Ley. Como supuestos concretos se señalan los siguientes:

Art. 22. Suspensión de la tramitación de solicitudes.

El art. 22 hace referencia a la suspensión de la tramitación de solicitudes cuando sea su volumen “excesivo” en relación con el número de menores en condiciones de ser adoptados. Se desconoce cuándo es excesivo el volumen de solicitudes, en cada caso.

Art. 28. 1. Entorno familiar.

El art. 28 utiliza términos difíciles de delimitar como “situación socioeconómica” y “medios de vida”, sin que aparezca clara la diferencia entre ambos conceptos.

Art. 31. Ocultación o falseamiento.

En el art. 31 se señala que la ocultación o falseamiento de datos “podrá determinar” la declaración de no idoneidad, mas no establece cuándo podrá tener este efecto y cuándo no.

V

Finalmente al texto propuesto se le pueden formular las siguientes observaciones de forma.

El texto del Proyecto de Decreto va acompañado de un texto justificativo que podría rubricarse o bien como "Preámbulo", o bien como "Exposición de motivos".

Art. 14. Información en adopciones nacionales.

En el art. 14 se señala que la obligación de información de adopciones nacionales corresponde a la Dirección General competente en materia de protección de menores "y/o" los Cabildos Insulares, sin determinar cuándo es conjunta y cuando es excluyente.

Art. 15.1. Solicitudes.

Por primera vez, en el art. 15 se hace referencia al "cuestionario motivacional", al que se referirán otros artículos, sin que en ningún momento se haya determinado en qué consiste.

Art. 25. Principios de valoración.

El art. 25, si bien se titula "principios de valoración", también integra criterios de valoración, lo que debería incluirse en el título del artículo.

Art. 26. Entrevista a los interesados.

El art. 26, si bien se titula "entrevista a los interesados", comprende en realidad las "actuaciones de valoración que se llevarán a cabo", por lo que el título más comprensivo es el de "actuaciones de valoración", entre las que está la entrevista a los interesados.

Art. 41.3 Actualización por vencimiento del plazo de vigencia.

La norma del apartado 3 del art. 41, relativa a la necesidad de actualizar la declaración de idoneidad por periodos de tres años hasta que los solicitantes sean seleccionados para la adopción, debe llevarse al artículo en el que se fija en tres años el periodo de vigencia de la declaración de idoneidad (art. 36 del Proyecto de Decreto).

Art. 42. Actualización por modificación de circunstancias.

La actualización de oficio conlleva, según el apartado 3 del art. 40, la suspensión de la vigencia y sin embargo no la lleva consigo la que se inicia a instancia de parte para un mismo supuesto, el de la alteración de las circunstancias, en el art. 42.

Art. 47. Baja en el Registro.

El art. 47 dispone que la desestimación de la solicitud de la declaración de idoneidad dará lugar a baja en el Registro, sin embargo ha de aclararse que ello es efecto de la desestimación de la solicitud de "actualización" de la declaración de idoneidad.

Art. 61. Información en adopciones internacionales.

En el apartado primero del art. 61 se señala que la Dirección General competente en materia de protección de menores debe disponer de determinada información, y en el apartado siguiente se establece su obligación de informar a los solicitantes. Por tanto, es en este segundo apartado donde ha de establecerse también la posibilidad de orientar, atendiendo a criterios objetivos, a los interesados sobre las dificultades o facilidades de la tramitación de la adopción en diferentes países, y no en el apartado primero, que es el relativo a disponer y recabar la información por el órgano competente.

Art. 62. Solicitudes.

El art. 62, por su parte, debe referirse, en vez de "país elegido por los solicitantes", al *país de procedencia del menor*.

Art. 64. Tramitación simultánea.

Respecto del art. 64, ha de tenerse en cuenta que se refiere únicamente a la tramitación simultánea de solicitudes en distintos países, no en el mismo, cuestión regulada en el artículo anterior, donde se señalaba que no era posible. En este artículo se mezclan ambas posibilidades al decir "será necesario finalizar o cancelar el proceso de adopción para poder iniciar una nueva tramitación *en el mismo u otro país*". Por ello, la redacción podría variarse de forma que se aprecie claramente que *no podrá tramitarse simultáneamente una misma solicitud de adopción internacional en varios países, por lo que, iniciados los trámites de una solicitud en un país, será necesario finalizar o cancelar el proceso de adopción en distinto país, salvo cuando en uno de ellos se paralice por causas ajenas a los solicitantes* (siguiendo como está en el Proyecto).

Art. 68.1. Tramitación de los expedientes.

En el art. 68.1, en los tres primeros párrafos, se impone a la Dirección General remitir la documentación, a la que se refiere el artículo, a las entidades que se señalan, pero el último párrafo de este apartado primero, sin embargo, establece

que transcurrido el plazo fijado para presentar el compromiso de seguimiento, se entiende que por el interesado, sin haberlo hecho, se le da por desistido en su derecho. Vemos, pues, que de forma asistemática se pasa de la regulación de la actuación del organismo público a la del particular, sin que se entienda tal previsión diferente en este apartado del artículo.

Art.78. Acceso.

Respecto del art. 78, hay que decir, en primer lugar, que le corresponde el número 76, pues el anterior es el art. 75. Y, en segundo lugar, en la redacción del segundo párrafo debe quedar claro que el secreto debe abarcar cualquier información contenida en el expediente, sin dar mayor relevancia a una parte (“evitando, en particular”), como si el resto pudiera, de alguna manera, ser conculcado.

Disposiciones adicionales primera y segunda.

Contienen normas propias del articulado, por lo que deberían contenerse en el mismo.

Otras consideraciones formales.

Para evitar posibles confusiones y problemas de interpretación, se considera la necesidad de revisar el texto por la concurrencia de algunos defectos ortográficos o de puntuación o de falta de concordancia de determinadas palabras en género o número (ej. En el art. 20.1, “cualquiera de las personas solicitantes haya sido condenado”, en vez de *condenada*). Asimismo, procede eliminar repeticiones (art. 48, “cuando los solicitantes”) y completar alguna redacción como en el art. 70.2, al final, donde puede añadirse “realizará las siguientes actuaciones”, quedando con la siguiente redacción: *entidad colaboradora de adopción internacional que haya tramitado la solicitud, realizará las siguientes actuaciones.*

C O N C L U S I Ó N

El Proyecto de Decreto analizado se ajusta a los parámetros legales de adecuación, sin perjuicio de las observaciones que se realizan en el presente Dictamen.