



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 13 / 1994

La Laguna, a 6 de mayo de 1994.

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 y registros de la adopción y de las formas de protección de menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias (EXP. 14/1994 PD)**.

FUNDAMENTOS

I

Se recaba el parecer, con carácter facultativo, de este Consejo Consultivo en relación con la adecuación del Proyecto de Reglamento 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, a las normas de delimitación competencial, constitucional y estatutariamente previstas, y, con carácter general, al Ordenamiento jurídico aplicable, lo que constituirá el objeto del presente Dictamen.

II

1. La primera cuestión que suscita la consulta que se le ha interesado al Consejo Consultivo es la contradicción o ambigüedad -asimismo detectada en ocasiones anteriores en que se ha interesado la opinión de este Consejo en relación con Proyectos de normas reglamentarias- con que viene formulada la solicitud de Dictamen, pues si inicialmente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 11 de la Ley 4/84, constitutiva del Consejo, la consulta se interesa como preceptiva, se finaliza manifestando que la petición lo es "a efectos de emisión de Dictamen facultativo".

* PONENTE: Sr. Fernández del Torco Alonso.

Lógicamente, sin perjuicio de la calificación que de la consulta que se le efectúe realice este Consejo, la autoridad solicitante del Dictamen, de conformidad con lo instruido en el expediente que sirve de apoyo y sustento al Proyecto de norma reglamentaria, deberá reconducir tal consulta a alguno de los supuestos considerados como preceptivos por la Ley, si ese fuera el caso, o, de no concurrir tal circunstancia, interesar la consulta entonces con carácter facultativo. No obstante ello, en ninguno de los documentos e informes que integran el expediente que acompaña la solicitud de Dictamen se menciona el carácter de la intervención del Consejo Consultivo, ni fue objeto de debate en la sesión gubernativa en la que se tomó en consideración el Proyecto de referencia.

La expresada observación -que, por lo que se apreciará, no tiene una sustancialidad enervante sino, a lo sumo, viene a expresar la insuficiente valoración que se efectúa de los expedientes que deben ser remitidos a Dictamen de este Consejo Consultivo- tiene un interés añadido; éste, ciertamente, de mayor relevancia, toda vez que la intervención del Consejo Consultivo con carácter preceptivo en relación con los Proyectos de normas reglamentarias se produce cuando aquéllos reúnen ciertas condiciones; condiciones que, de no existir, convertirían la consulta en facultativa. En efecto, debe recordarse que, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 10.6 de la Ley 4/84 y 22.3 de la Ley Orgánica 3/80, de 22 de abril, del Consejo de Estado, el Consejo Consultivo de Canarias deberá dictaminar, con carácter preceptivo, "reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes así como sus modificaciones". Por ello, la intervención preceptiva de este Consejo está indisolublemente unida a la naturaleza de la norma reglamentaria que se propone, de forma que si la misma ejecuta una Ley tal circunstancia la convierte en Reglamento colaborador de la misma y atrae la consulta de este Consejo hacia el ámbito de las preceptivamente exigibles y, por ello, de observancia necesaria para la correcta conclusión del procedimiento de elaboración de la disposición reglamentaria de que se trata.

Dicho esto, debe traerse a colación a renglón seguido la Ley 21/87, 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 art. 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". Tras esta declaración general, 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, CC), así como también en relación con expedientes de adopción (art. 176.2 CC).

Al margen de consideraciones de índole competencial, que serán objeto de tratamiento en el Fundamento siguiente, debemos quedarnos ahora con el dato, indubitado, de la conexión material o sustantiva entre el Proyecto de Reglamento remitido a la opinión de este Consejo y la indicada Ley 21/87, conexión de la que es ciertamente expresiva la documentación integrante del expediente, como los informes de acierto y oportunidad de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, de 14 de febrero de 1994, y de la Dirección General de Servicio Jurídico, de 8 de marzo de 1994, así como el preámbulo del Proyecto de Decreto, que, a los efectos de que se trata, tiene el valor de expresar la intención del redactor de la norma propuesta, tanto de sus contenidos materiales o sustantivos como de los aspectos formales o competenciales, sin que obste a tal aserto la circunstancia de que la Ley 21/87 sea estatal; pues el constituyente y el estatuyente acudieron, entre otras muchas fórmulas de colaboración internormativa, a una muy específica cual es la de ejecución de la legislación del Estado en el territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias en determinadas materias, una de las cuales, ya se verá, es el ámbito material regulado por el Proyecto de Decreto de referencia.

Desde esta estricta perspectiva que estamos considerando, existe, pues, una trabazón lógica incuestionable entre el Proyecto de Decreto y la Ley estatal 21/87, lo que reconduce el expediente de acción consultiva incoado, y con él la consulta formulada, hacia los supuestos de intervención preceptiva de este Consejo Consultivo, y, con tal carácter, se emite el parecer de esta Institución.

2. El expediente que acompaña a la solicitud de Dictamen se integra, además de por el certificado de Acuerdo gubernativo y texto del Proyecto de Decreto, art. 48 del Reglamento de este Consejo, por los informes del Servicio Jurídico (art. 20.f del Decreto 19/92, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias); de la Dirección General de Planificación, Presupuesto y Gasto Público; del Diputado del Común, de

febrero de 1994, emitido a petición del Excmo. Sr. Consejero de Sanidad y Asuntos Sociales, quien asimismo solicitó informe de experto en Derecho, incorporado asimismo a las actuaciones, que lleva fecha de 1 de febrero de 1994. Finalmente, integran también el expediente una Memoria explicativa y un informe de acierto y oportunidad.

Estos últimos informes nos obligan a efectuar algunas consideraciones en relación con el procedimiento especial de elaboración de disposiciones reglamentarias, procedimiento administrativo que no es común, razón por la que no tiene expresa referencia en la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), la cual, sin embargo, declara (disposición derogatoria 2.b) subsistente el Título VI (procedimientos especiales) de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958 (LPA) por lo que atañe a su Capítulo Primero (procedimiento para la elaboración de disposiciones de carácter general), cuyo carácter no básico resulta asimismo de su no incorporación al texto de la Ley 30/92, siendo por ello susceptible de regulación propia por parte de las Comunidades Autónomas que decidan ordenar tales procedimientos, de forma que el Derecho estatal quedaría como supletorio de las omisiones normativas del Derecho autonómico.

Es sabido que la Sección 7ª (del procedimiento de elaboración de Proyectos de Ley y normas del reglamentarias) del Capítulo Primero del Título I de la Ley 1/83, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, regula (arts. 43 a 45) cómo debe tramitarse la elaboración de una disposición reglamentaria, lo que implica la necesidad de que el procedimiento se inicie "con los estudios e informes que garanticen la legalidad, acierto y oportunidad". Siendo la citada la única regulación autonómica dictada en la materia, por mor de lo dispuesto en la disposición final primera de la misma Ley, para lo no previsto por la misma "serán de aplicación las disposiciones legales del Estado en la materia, equiparándose los órganos por analogía de sus funciones", lo que reconduce nuevamente la cuestión a las disposiciones aún vigentes de la Ley de Procedimiento Administrativo relativas a la elaboración de disposiciones generales.

El art. 129.1 LPA, del que es trasunto del art. 44 de la Ley 1/83, precisa, además, que la actuación pública tendente a garantizar el correcto uso de la

potestad normativa reglamentaria debe efectuarse "con arreglo a lo dispuesto en el presente Capítulo y en el Capítulo I del Título I".

Es el artículo 130 LPA, particularmente su apartado 4, el que merece un análisis más detenido, por lo que atañe a la específica cuestión procedimental que estamos considerando. Se dice allí que "siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje, se concederá [a las] Entidades que por Ley ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo afectados por dicha disposición, la oportunidad de exponer su parecer en razonado informe (...), salvo cuando se opongan a ello razones de interés público debidamente consignadas en el Anteproyecto". La exigibilidad de tal precaución procedimental vendrá exigida, como se dijo, por la disposición final primera de la Ley 1/83, que no viene a ser sino un refuerzo de lo dispuesto en los artículos 149.3 de la Constitución y 42 del Estatuto de Autonomía.

Si inicialmente era unánime la convicción de que tal requisito de procedibilidad no era de cumplimiento indispensable (participación "facultativa", SSTS 6/12/66 y 17/6/70; de "observancia discrecional", SSTS 24/12/64, 14/12/72, 25/9 y 15/10/1973 o "consejo sano del legislador", STS 7/11/66), la STS de 16/5/72 alteró tal opinión al concluir que tal trámite cumple en relación con el procedimiento de elaboración de una disposición general la misma función que el de audiencia a los interesados en el procedimiento común, de suerte que deviene así en "requisito y garantía esencial, ligada a la validez del resultado del procedimiento elaborativo", pues -refuerza la Sentencia citada- no puede obviarse que reserva de Ley futura (art. 105 CE) no puede enervar la aplicación de la Ley vigente reguladora de tales extremos, siendo así que "en todo caso sus principios son de aplicación inmediata (STC 18/81, de 8 de junio), lo que no es sino exigencia de una Administración pública democrática, en lo que abunda la participación ciudadana, la transparencia de la estructura burocrática y, fundamentalmente, el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (art. 23, CE); asuntos que, por lo que atañe a los administrativos, deben ser resueltos con espíritu de "servicio" a los intereses generales. Sin perjuicio de que, en determinadas circunstancias, se excepcione la exigibilidad del mismo sólo por razones de interés público que, en cualquier caso, deben quedar expresamente consignadas en el expediente tramitado, lo que no ha acontecido en el supuesto objeto de Dictamen, siendo así que de la regulación de la norma proyectada se

desprende indubitadamente un cierto grado de conexión entre su regulación y "organizaciones representativas de intereses sociales" (arts. 16.b) y 34.b) relativos, respectivamente, a los vocales, tres en cada caso, miembros de las Comisiones de tutela del menor y de acogimiento y adopción de menores). Lo que se pone de manifiesto a los efectos de adoptar, en su caso, la pertinente cautela que impida la afección de la validez de la norma que resulte en su caso aprobada por vicio procedimental invalidante.

III

La primera cuestión de índole material que suscita el Proyecto de Decreto remitido a Dictamen del Consejo es la atinente a los títulos competenciales afectados o incidentes en la materia objeto de regulación, bien con carácter positivo, al amparar la actividad autonómica ejercida, bien con carácter negativo, al delimitar la reserva competencial constitucionalmente prevista el posible alcance de la iniciativa reglamentaria que ahora se conoce en fase consultiva.

Con carácter preliminar, según la exposición de motivos de la norma proyectada, el objeto del Decreto es, fundamentalmente, disponer las normas de procedimiento "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 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. Se cita asimismo, aunque secundariamente, la competencia autonómica exclusiva en materia de asistencia social y servicios sociales, así como la de ejecución en materia de instituciones públicas de protección y tutela de menores; títulos competenciales que se ejercen sobre la base y en los términos previstos en la Ley 21/87.

Debe despejarse, de entrada, la confusión que el redactor del Proyecto opera en la aplicación de los títulos competenciales concurrentes, pues los títulos autonómicos citados no tienen todos, la misma naturaleza y alcance, ni, consecuentemente, posibilitan la adopción de idéntico género o clase de normas jurídicas. En efecto, la competencia exclusiva (art. 29.7, EACan, asistencia social y servicios sociales) comprende las potestades legislativa y reglamentaria, así como la función ejecutiva (art. 29, *in fine*, id.); la competencia autonómica en materia de procedimientos administrativos especiales -que lo es de desarrollo legislativo y ejecución, en el

marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca- está limitada por los términos de la legislación del Estado expresada. Finalmente, la competencia en materia de instituciones públicas de protección y tutela de menores, art. 34.B).1, EACan, es estrictamente de carácter ejecutiva, debiéndose significar que tal competencia autonómica no fue asumida estatutariamente sino atribuida por Ley orgánica, art. 35.a) EACan.

Debe dejarse sentado que la decantación de los títulos competenciales concurrentes en la regulación de una determinada materia debe ser hecha con cuidado y minuciosidad, pues lo usual es que concurren varios títulos, incluso de distinta naturaleza y alcance, o, como es el caso, haya títulos de diversa naturaleza y alcance pero con la particularidad de que uno es especie de un género de alcance mayor, lo que obligaría a su elección con carácter prioritario, como reiteradamente ha precisado el Tribunal Constitucional, quien ha sostenido que la regla competencial específica prima sobre la genérica (STC 208/91). Aquí, ciertamente, concurren, o pudieran concurrir, los títulos de asistencia y servicios sociales (de carácter exclusivo) y el de instituciones públicas de protección y tutela de menores (de carácter ejecutivo de la legislación estatal). Ahora bien, la singularidad de ambos títulos obliga a seleccionar el último de los citados, pues por la materia objeto de regulación la norma es reconducible al mismo con naturalidad, sin perjuicio de que en la propia regulación existan o hayan contenidos normativos amparables en aquel otro título genérico. Lo relevante es que la competencia de ejecución -que afecta al título predominante en este caso- sólo ampara medidas de "administración" (SSTC 4/5 y 14/6/82), la cual "si bien tiene ámbitos reglamentarios reconocidos, éstos son referidos a lo orgánico (...) no pertenece al ámbito [ejecutivo] competencial autonómico (...) la potestad reglamentaria de desarrollo que complementa o pormenoriza una Ley" (STC 39/82).

En relación con el alcance de la competencia ejecutiva, el Tribunal Constitucional reconoció asimismo (STC 35/82) la competencia autonómica para crear "órganos de ejecución", aunque con la matización de que tales órganos deberán respetar los preceptos que acerca de su composición, estructura y funciones, contenga la legislación estatal. Por ello, "ni puede encomendárseles el ejercicio de competencias que la propia Comunidad no tiene, ni atribuírseles facultades que corresponden a los órganos previstos en la legislación [estatal], ni en ningún caso

encomendárseles tareas que impliquen directa o indirectamente violación o desconocimiento de tal legislación".

Partiendo, pues, de la premisa del carácter simplemente ejecutivo de la competencia autonómica en materia de protección de menores (reforzado por el hecho de la individualización y carácter de los Reales Decretos de traspasos aprobados en materia de asuntos sociales -RRDD 251/82, de 15 de enero; 2.412/83, de 20 de julio; 2.418/83, de 28 de julio; 1.947/84, de 26 de septiembre; 1.935/85, de 23 de enero, relativos a, entre otras materias, ancianos, enfermos incapacitados, minusválidos, guarderías infantiles laborales, familias numerosas- y en materia de protección de menores -RRDD 1.056/85, de 5 de junio; 1.300/90, de 26 de octubre, referentes, estos sí, a la "inspección, vigilancia, promoción, fomento y coordinación de los Organismos y servicios de protección de menores"), la conclusión a la que llegaríamos sería a la de la inadecuación del instrumento normativo proyectado, toda vez que el mismo presenta perfiles que exceden lo orgánico-procedimental; es decir, el ámbito interno o doméstico, siendo mas bien, como se verá, un Reglamento ejecutivo de la Ley estatal 21/87, antes citada.

IV

La norma proyectada contiene 59 artículos y disposiciones, 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; Sexto, de la colaboración con la Administración de Justicia).

El análisis de sus contenidos exige, sin embargo, efectuar unas breves 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, cuya expresión prenormativa se ha sometido a la consideración de este Consejo.

1. La primera consideración, nada baladí, por cierto, 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 la aprobación del oportuno Reglamento ejecutivo, los preceptos legales de referencia.

La Ley 21/87, según se desprende de su exposición de motivos, expresamente manifiesta 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 a 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, corresponda 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 persona o 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).

Dicho esto, advertida una situación de desamparo moral o material de un 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.

De cómo ha traducido el Proyecto de Decreto la normativa estatal citada será objeto de consideración en el Fundamento siguiente. Ahora bien, antes de ello, se estima preciso formular algunas consideraciones en torno a tales técnicas protectoras de menores.

2. El ejercicio de la patria potestad, en ciertas situaciones, no puede ser ejercitada, 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).

Empero, 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), regulación, 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. 73 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 la 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 distintos, aunque complementarios, el Convenio Europeo sobre Adopción de 1967 y la Resolución nº 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 gozaran 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.

En fin, 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.

V

1. El Proyecto reconoce, como no podría ser de otra forma, 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 propenda 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 Proyecto de 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 Proyecto de Decreto (art. 3) 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 apoyo económico y socio-educativo. Siendo ello así -es decir, actuando aún en situaciones de pre-desamparo, o lo que es lo mismo, fuera del ámbito de la tutela administrativa- no se entiende, sin embargo, como 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 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 familiar 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 artículo 3 se disponen medidas para solventar situaciones efectivas de desamparo (tutela, acogimiento, adopción) junto con otras de carácter preventivo (en todos los apartados), 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, como se dijo, 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.

2. 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 Proyecto, 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. En efecto, como se dijo, 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 dualidad 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 proyectado 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 ("noticia inmediata") 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 19.4 del Proyecto remitido a Dictamen.

3. El art. 16 del Proyecto, 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 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.

Igual género de consideraciones cabe formular respecto del art. 34.a) del Proyecto, en relación con la Comisión de acogimiento y adopción de menores.

El apartado b) del art. 16 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 de la norma proyectada 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".

Igual género de consideraciones se puede formular en relación con el art. 34 del Proyecto, regulador de la composición de la Comisión de acogimiento y adopción de menores.

4. Como se dijo 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, 239 CC). La regulación proyectada del 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". Como se dijo anteriormente, 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. 22.2 del Proyecto limita, *a sensu contrario*, el acogimiento preadoptivo a los mayores de edad (regulado en los arts. 27 y 28 del Proyecto), 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. 22.1 del Proyecto, 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 (art. 22.2) 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, una vez más, 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.

De la misma forma resulta cuestionable la regulación del acogimiento simple (art. 43) que el Proyecto clasifica en de corta y larga duración, atendiendo, respectivamente, a que el menor no pueda ser atendido "transitoriamente por su familia [o en relación a menores], sujetos a tutela administrativa cuando redunden en beneficio del menor", y a los constituidos para atender a aquellos menores que, por sus circunstancias o características personales "no sea previsible a corto plazo ni la re inserción en su familia, ni la adopción". La objeción a tal precepto, como ya se ha manifestado, estriba en que la técnica del acogimiento siempre es temporal y transitoria (art. 172.2 CC); que la guarda se produce siempre al existir una situación de desamparo del menor, que es aquélla que determina la privación para el mismo de la "necesaria asistencia moral o material"; que la declaración de la guarda sólo se puede adoptar por las circunstancias que existen sobre el menor desamparado; y que, evidentemente, el acogimiento del menor se adopta siempre en beneficio del mismo.

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 (arts. 25 y 26), 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 Proyecto de 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. 34 del Proyecto, 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 por la norma reglamentaria proyectada, pudiéndose hacer igual género de consideraciones respecto de la Comisión de tutela del menor.

5. El Capítulo I del Título Cuarto regula la Comisión de acogimiento y adopción de menores, órgano de asesoramiento y propuesta (art. 32), 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 Proyecto también regula (arts. 14 a 17) la denominada 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. No se trata, ciertamente, de observar o cuestionar la organización administrativa que el Proyecto pretende articular, expresión del principio de autoorganización de la Comunidad Autónoma, y por ello, decisión política, en el sentido de opción elegida entre otras posibles, incuestionable desde el punto de vista técnico-jurídico. 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.

6. El art. 37.3 del Proyecto 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. 44.1.b), relativo a la selección de adoptantes, hace referencia precisamente a aquellos 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 proyectada, pues para tales menores con dificultades el Proyecto altera el régimen de inscripción en el correspondiente registro (art. 37), 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 la 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.

Por lo que respecta a los criterios de valoración de la idoneidad de los solicitantes de adopción (art. 39), se dispone que "la diferencia máxima de edad entre adoptando y adoptante no exceda de cuarenta años", siendo así que el art. 175.1 CC dispone una edad mínima para ser adoptante -25 años- y que entre

adoptante y adoptando haya "por lo menos catorce años", por lo que la norma proyectada altera lo dispuesto en la regulación civil de aplicación.

Finalmente, es de observar, asimismo, la regulación contenida en su Capítulo IV (de la adopción de menores extranjeros), art. 46, precepto cuyo primer apartado 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 el 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.

Siendo tal el presupuesto del que parte la norma, el segundo párrafo del precepto parece presuponer que el menor extranjero se halla residiendo en su país de origen, eventualidad con la que se conecta la exigencia de emitir, por parte de esta Comunidad Autónoma, "informe técnico a la Administración pública competente del Estado de origen del menor", aunque matizándose que sólo se emitirá si el solicitante de la adopción se encuentra inscrito en el registro de lista de espera de adopción, remitiéndose entonces el informe a través del órgano correspondiente de la Administración central española, para su envío al organismo oficial del Estado extranjero de que se trate. Ahora bien, en primer lugar, es redundante la exigencia de la inscripción señalada, pues en el primer párrafo del precepto ya se indica que la adopción de menores extranjeros se llevará a cabo según lo dispuesto en el Título que regula la adopción en el Proyecto de Decreto, del que forma parte la regulación atinente al indicado registro. Además de esto, no puede olvidarse que en materia de adopción la competencia autonómica se limita a elevar una propuesta al órgano judicial competente, debiéndose señalar que el apartado 5 del art. 9 CC manifiesta que "a petición del adoptante o del Ministerio Fiscal, el Juez, en interés del adoptando, podrá exigir, además, los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridas por la Ley nacional o por la Ley de la residencia habitual del adoptante o del adoptando", no debiéndose olvidar que para la constitución de la adopción los Cónsules españoles tendrán las mismas atribuciones que el Juez "siempre que el adoptante sea español y el adoptando esté domiciliado en la demarcación nacional".

En suma, existen diversos supuestos, todos los cuales no se encuentran implícitamente reconocidos en la norma proyectada que, además, no establece ninguna cautela en orden a la posible prioridad del inscrito en el registro -sea cual fuere el número de orden- solicitante de una adopción de menor extranjero, de forma que siendo de aplicación la norma general tendría prioridad para adoptar el menor extranjero el primero de la lista de espera.

7. Se crean tres Registros administrativos (de tutelas, de guardas y de acogentes), siendo oportuno que el primero de los citados, a fin de evitar confusión con idéntico Registro existente en el ámbito civil, se calificara de "tutelas administrativas". En relación con el segundo de los Registros citados, y 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 de la casa o establecimiento en que el menor está internado, o por la persona o personas que lo reciban en acogimiento". Por ello, en coherencia con lo expresado, el Registro de guardas debiera explicitarse como "Registro de guardas en establecimientos de internamiento", o similar, pues, al fin y al cabo, tanto el internamiento como el acogimiento familiar son técnicas de guarda.

VI

Se recogen seguidamente algunas observaciones hechas al texto del Proyecto, de carácter menor, relativas a erratas, imprecisiones y defectos de técnica legislativa advertidos en su contenido.

- El último párrafo del art. 11 se refiere a un trámite de comunicación y notificación de Resolución, trámite que deberá ser efectuado de conformidad con lo dispuesto en el "apartado 3 del art. anterior", remisión errónea pues el trámite que se menciona está regulado en el apartado 4 del mismo artículo.

- La remisión que efectúa el art. 13.2, segundo párrafo, al art. 10.3 es errónea, pues por su contenido debe entenderse la remisión efectuada al art. 10.4.

- El art. 14.d), que regula la posibilidad de disponer la adopción del menor, reitera el primer párrafo del mismo artículo, que dispone, como medida posible a

adoptar dentro de la tutela administrativa, interesar la incoación del expediente de adopción al amparo del art. 176.2, párrafo primero del Código Civil.

- El art. 18 reitera lo dispuesto en el art. 1 del Proyecto.

- El art. 20 es asistemático, toda vez que regula la guarda judicial de un menor, debiendo por ello formar parte del contenido del Título VI (de la colaboración con la Administración de justicia).

- La regulación de los arts. 30 y 31 constituye reiteración del art. 11 proyectado.

CONCLUSIONES

1. La consulta interesada a este Consejo debe entenderse efectuada preceptivamente, de conformidad con lo razonado en el Fundamento II.1.

2. Se aprecia en el procedimiento de elaboración de la disposición general concluida con el Proyecto dictaminado la omisión del cumplimiento de un trámite esencial cual es la audiencia a las entidades representativas de los intereses afectados por la norma proyectada, tal y como se razona en el Fundamento II.2.

3. Según se expuso en el Fundamento III, la competencia autonómica en la materia afectada por la norma propuesta es de carácter simplemente ejecutivo, por lo que el Proyecto normativo no puede contener desarrollos de la Ley estatal 21/87. A lo sumo, la competencia ejecutiva sólo permite la regulación de cuestiones orgánicas o domésticas, sin poder afectar o incidir en lo que se entiende desarrollo o pormenorización de Ley.

4. Se efectúa una regulación imprecisa de la tutela administrativa en relación con las técnicas que ampara, guarda y acogimiento, así como de la tutela respecto de la ruptura de la filiación de origen en que consiste la adopción, Fundamento IV. Asimismo, se procede, cuestionablemente, a ordenar sendos expedientes de declaración de guarda y de desamparo, siendo asimismo objeto de reparo el régimen de intervención del Ministerio Fiscal, Fundamento V.

5. Fue asimismo objetado el régimen de sustitución del Presidente de las Comisiones que crea el Proyecto de Decreto, Fundamento V.3; la tipología de acogimientos que incorpora y los requisitos de las personas interesadas en el

acogimiento y adopción, Fundamento V.4; el régimen especial de registro de los solicitantes de adopción, Fundamento V.6 y los registros administrativos que crea el Proyecto, Fundamento V.7.