

La desprotección social del menor: una visión general en materia de instituciones de protección de menores

MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ÁLVAREZ
Catedrático de Derecho civil
de la Universidad de A Coruña

La evolución que ha seguido en el Derecho español la adopción se aprecia con nitidez si se retiene el contenido de la Base quinta de la Ley del 11 de mayo de 1888. En lo que ahora interesa, la citada Base dispone lo siguiente:

“Se autorizará la adopción, fijándose las condiciones (...) que se juzgue bastantes para prevenir los inconvenientes que el abuso de ese derecho pudiera traer consigo para la organización natural de la familia”.

Respecto de lo que se acaba de leer hay dos aspectos que llaman la atención. Uno, el hecho mismo de que para regular la adopción en el Código civil fuera necesaria una autorización expresa de las Cortes al Gobierno. El otro, la exigencia de una regulación que fuera previsor de los inconvenientes que pudiera ocasionar la adopción a la familia natural. Mas lo cierto es que ambos aspectos son la consecuencia de una valoración negativa de la adopción y de la realidad de ser ésta, en el siglo XIX, una institución sin trascendencia práctica. Y es que, en efecto, la adopción es en la época codificadora una institución en desuso. Lo es, hasta el punto de que, con referencia al proyecto de 1851, hubo en la Comisión de Codificación una práctica unanimidad para pasarla en silencio.

Con este precedente se explica por qué fue precisa una autorización expresa del Gobierno para regular una institución que, en palabras de García Goyena, no está en nuestras costumbres. Pero además y con referencia al otro aspecto llamativo de la Base quinta, en la época codificadora se considera por algunos autores que la adopción puede ser lesiva para la familia natural. Esta valoración negativa influye en el legislador y es lo que motiva que la Base quinta contenga el mandato de proteger a la familia.

Con estos antecedentes creo que ya no extraña la regulación que ofrece de la adopción la versión originaria del Código civil. En concreto, la adopción sólo ocasiona por ministerio de la ley la atribución de la patria potestad y el deber de alimentos entre el adoptante y el adoptado.

Las insuficiencias de este régimen, junto con la virtualidad que cobra la adopción frente al desuso anterior, es lo que motiva las reformas de 1958, 1970 y, en cierta medida, la de 1981.

De forma abreviada y generalizando, cabe afirmar que dichas reformas supusieron lo siguiente: en primer lugar, supusieron una regulación de la adopción centrada, de forma paulatina, en el interés del menor antes que en el interés de los adoptantes. En segundo lugar, supusieron la atribución a la autoridad judicial de mayores prerrogativas para la constitución del vínculo adoptivo. Y en tercer lugar, las citadas reformas supusieron una progresiva atribución de derechos al adoptado y, como reverso, una paulatina atenuación de las relaciones del adoptado con su familia de origen.

En todo caso, a partir de 1981 el régimen jurídico de la adopción ya no tiene carácter homogéneo; antes bien, se integra por normas en ocasiones contradictorias y de origen diverso que hacían necesaria una reforma de la institución. A tal fin se promulgó la Ley del 11 de noviembre de 1987, de la que trae causa sustancial el régimen vigente del Código civil sobre la desprotección social de los menores. Pero también la citada disposición legal supuso algo más que una reforma de la adopción. Ello por cuanto lo que caracteriza a la Ley de 1987 es que, a partir de entonces, se instaura en España un régimen jurídico aplicable a la protección de menores en el ámbito civil del cual se hace participar a la Administración.

Sin ánimo de exhaustividad, cabría resumir la reforma de 1987 en cinco consideraciones, todas ellas referibles también a las normas que están en vigor. La primera consideración es que por ley se atribuye a las entidades públicas la tutela de los menores en desamparo; entendiéndose por desamparo la situación que se produce cuando los padres, guardadores o tutores incumplen o ejercitan inadecuadamente los deberes de guarda, ocasionando que el menor se encuentre, material o moralmente, desasistido. La segunda consideración es que, desde 1987, se trae al régimen del Código civil la figura del acogimiento familiar antes regulada por normas administrativas dispersas. La tercera consideración es que se instaura un sistema de control administrativo de las actuaciones que preceden a la adopción; como consecuencia de dicho control, son las entidades públicas quienes, en general, tienen competencia para formalizar el acogimiento familiar y para presentar al juez las propuestas con las que se debe iniciar el expediente de adopción. La cuarta consideración es que, desde entonces, se establece una nueva regulación de las prohibiciones y requisitos exigibles para adoptar. Y como quinta consideración, se suprime la figura de la adopción simple con la consiguiente regulación de la adopción como categoría unitaria.

Ya en principio se ha de advertir que de entre las leyes civiles que se han promulgado a partir de 1981 fue la reforma de 1987 la que planteó mayores problemas en su aplicación. En mi opinión, estas dificultades obedecen a lo siguiente: la Ley de 1987 recogió sustancialmente las propuestas formuladas en su día por las entidades e instituciones que venían actuando en la protección de menores. Y las recogió hasta el punto

de que el entonces ministro de Justicia, Sr. Ledesma, afirmó ante el Senado que en la redacción de la Ley se había llegado a un buen entendimiento con tales entidades e instituciones.

Ahora bien; siendo loable esta pretensión de ajustar la ley a la realidad social, sucede que el de 1987 es el primer texto legal de importancia que no pasó por la Comisión de Codificación. Ello, pero también la improvisación, motivó que lo que eran unas propuestas idóneas no se encontrasen desarrolladas a través de una técnica jurídica correcta.

Y acaso ello es también lo que motiva que, a partir de 1987 y respecto de la materia que nos ocupa, el Código civil presentase contradicciones insalvables, adoleciese de indeterminación normativa en relación con gran parte de las figuras asumidas, tuviese incorrecciones técnicas notables, pero, sobre todo, resultase de difícil encaje con ciertos aspectos de la patria potestad y de la tutela que, expresa o tácitamente, resultaban afectados por la reforma de 1987. Algunos ejemplos bien pudieran servir de muestra de cuanto se acaba de exponer.

Si se la compara con las anteriores, la reforma de 1987 tuvo un carácter peculiar. Y es que las modificaciones sucesivas de que fue objeto la adopción tuvieron como punto de referencia el régimen jurídico de esta institución, significándose por conllevar una progresiva atribución de derechos al hijo adoptivo. Sin embargo, la reforma de 1987 supuso, antes que una modificación de la adopción, una innovación en el régimen jurídico de la protección de menores en general. Es cierto que la reforma incide, desde luego, en la normativa aplicable a la adopción. Pero aun siendo así, lo que ante todo caracteriza a la reforma de 1987 es la instauración, a partir de entonces, de un régimen jurídico referible a la protección de menores y del cual se hace partícipe a la Administración. Dicho régimen tenía y tiene como punto de partida la existencia de una situación de desamparo, correspondiendo a las entidades públicas competentes la apreciación de la citada situación. Pues bien, la falta de una determinación expresa y tajante al respecto motivó que no pocos autores hubieran llegado a defender que era al juez a quien correspondía apreciar la situación de desamparo. Ello cuando buena parte de la discusión parlamentaria que precedió a la reforma de 1987, tuvo como punto de referencia la negativa del grupo socialista a hacer participar a la autoridad judicial en la apreciación inicial del desamparo.

Y un segundo ejemplo de la indeterminación normativa a la que me refiero y que caracterizó a la Ley de 1987. La citada reforma, es cierto, instauró una tutela administrativa que trae causa de una previa situación de desamparo. Pero la Ley no determinó las consecuencias que la apreciación del desamparo ocasionaba en la patria potestad o en la tutela ordinaria a que estaba sometido el menor. Esto motivó que algunos autores defendieran que el desamparo y la tutela administrativa no afectaban a la patria potestad ni a la tutela ordinaria. Otros civilistas consideraron que la tutela administrativa conllevaba el decaimiento de la patria potestad o de la tutela ordinaria. Mientras que algunos autores defendíamos que la asunción por la Administración de la tutela conllevaba la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria a que estaba sometido el menor.

Sea como fuere, para resolver este estado de cosas, es a lo que obedece la Ley Orgánica, del 15 de enero de 1996, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Ya desde ahora debo afirmar que, en mi opinión y respecto del Código civil, la citada Ley no es propiamente una disposición legal que instaure en sede civil un nuevo régimen en materia de protección de menores. En realidad se trata de una norma que, asumiendo los principios de la reforma de 1987, los lleva más allá, dándoles contenido explícito y desarrollándolos. Junto con lo anterior, la Ley de 1996 corrige ciertos defectos o insuficiencias del régimen anterior y además resuelve ciertas contradicciones que traían su causa de la reforma de 1987.

Con el presupuesto anterior, la reforma que la Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero, conlleva en el ámbito civil, puede sintetizarse del siguiente modo:

En primer lugar, se instaura ya sin ambages como principio a tener en cuenta con carácter general respecto de la infancia el de la primacía del interés del menor (cfr. arts. 2 y 11.2.a LO).

En segundo lugar, se formula, ahora con alcance global para toda acción administrativa, el principio del mantenimiento del menor en el medio familiar de origen (cfr. art. 11.2.b LO).

En tercer lugar, se amplía el ámbito objetivo de actuación de la Administración al hacerla referible no sólo a los casos de desamparo (arts. 12 y 18), sino también a los de mero riesgo para el menor (arts. 12 y 17 LO).

En cuarto lugar, se amplía el ámbito subjetivo de actuación de la Administración al hacer referible a los menores extranjeros que se encuentren en España todas las medidas que la Ley establece (arts. 10.3 y 4 LO).

En quinto lugar, se ofrece una nueva articulación del acogimiento familiar, que pasa de ser una figura unitaria a un medio de integración familiar plural con distintas variantes reguladas ahora de forma expresa (art. 173 bis C.c.).

En sexto lugar, se clarifican las consecuencias de la situación de desamparo en relación con la patria potestad y la tutela. Sobre este particular, y frente a las dudas que suscitaba la regulación anterior, el artículo 172 dispone que la asunción de la tutela por la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria.

En séptimo lugar, se determina el ámbito de la tutela administrativa dándole en principio un contenido meramente personal. A este respecto, el artículo 172 considera válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor, siempre que sean beneficiosos para él.

En octavo lugar, se pretende la clarificación y agilización de los procedimientos administrativos y judiciales que afectan al menor. A tal fin obedece la reforma de ciertos aspectos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil (disposición adicional primera, disposición final quinta y disposición final decimonovena LO).

En noveno lugar, se refuerza la intervención del Ministerio Fiscal (cfr. exposición de motivos de la Ley 1/1996, del 15 de enero, párrafo noveno).

Y en décimo lugar, se da regulación a la adopción internacional y se reforma el artículo 9.5 del Código civil.

Ello expuesto, el régimen otorgado por el Código civil a los casos de desprotección social de los menores queda configurado a la vista de ciertos principios previos que voy a exponer. Esta consideración permitirá interpretar, no sólo el Código civil, sino también buena parte de las normas dictadas por las Comunidades Autónomas en relación con la materia. En todo caso, la exposición se centrará sobre todo en aquellos principios que no queden cubiertos con las demás ponencias que seguirán a la presente.

El primer principio que caracteriza al tratamiento otorgado en sede civil a los casos de desprotección social, es el de *la sujeción a un estricto control administrativo de todas las actuaciones que pueden preceder a la constitución de la adopción*. Se trata por este medio de evitar, declaraba el preámbulo de la Ley de 1987 que lo instauró, el tráfico de niños y la inadecuada selección de los adoptantes.

El cauce que propicia dicho control administrativo lo constituye el contenido asignado al artículo 239 del Código civil; en virtud de este contenido, a las entidades públicas les corresponde la tutela de los menores desamparados. Esta atribución automática de la tutela de los menores desamparados a las entidades públicas, se complementa con la competencia ulterior que también tienen dichas entidades para la formalización del acogimiento familiar. No obstante, la manifestación más relevante del control administrativo a que hacemos referencia está representada por la redacción otorgada al artículo 176 del Código civil. Como consecuencia de esta redacción, la constitución de la adopción habrá de pasar, salvo ciertos casos, por una necesaria propuesta previa de las entidades públicas a quienes, por esta vía, compete la selección de los posibles adoptantes.

Así pues, control administrativo de las actuaciones que preceden a la adopción y, en particular, tutela por las entidades públicas de los menores desamparados. Pero también tutela que respecto de su titularidad, tiene carácter exclusivamente público; mas respecto de su ejercicio, es una tutela delegable. Ello por cuanto la Ley autoriza a que la guarda sobre el menor, inherente a dicha tutela, sea ejercitada por particulares en régimen de acogimiento, o por el director del centro donde estuviera acogido el menor (cfr. art. 172 C.c.).

Por cierto, no me resisto a referir una anécdota relativa al control de la tutela administrativa que como es sabido incumbe al Ministerio Fiscal. Y no me resisto a contarla porque la citada atribución, estando justificada y siendo técnicamente correcta, surgió de rebote como voy a contar. Y no deja de ser curioso que, a pesar de ello, la reforma de 1996 haya invocado el Estatuto del Ministerio Fiscal para reforzar su intervención en la materia.

La anécdota es que en la versión originaria de la Ley de 1987, de la que trae causa el régimen vigente, incumbía a la autoridad judicial la vigilancia de la tutela que se atribuye a las entidades públicas. E incumbía en consonancia con el papel que respecto de la tutela ordinaria habían atribuido al juez las reformas precedentes del Código civil. Sin embargo, se modificó este criterio en el trámite parlamentario y el vigente artículo 174 ha sometido la tutela de las entidades públicas al control del fiscal. Las razones de este cambio no obedecieron ni a un propósito de adaptar las funciones del Minis-

terio Fiscal a las pautas del modelo anglosajón, ni tampoco a su estatuto propio. Antes bien, las razones son más simples y no fueron de índole teórica o de competencia. Las verdaderas razones de tal mutación las tuvo que explicar en el Congreso el diputado Sr. Cuesta Martínez, y lo hizo del siguiente modo:

“Nosotros —se refería al grupo socialista— hemos introducido en Ponencia una modificación importante y ha sido la intervención del Ministerio Fiscal. Y la hemos introducido porque no queremos saturar la labor, la función y el trabajo de muchos jueces ni una paralización de los juzgados y tribunales españoles”.

Retomando la exposición, decíamos que a las entidades públicas les compete la tutela de los menores desamparados. Pues bien, este hecho motivó en su día duras críticas. Sin embargo, frente a tal modo de ver las cosas defendí la existencia de una protección administrativa de los menores. Entre otras razones, porque la tutela *ex lege* se configura como una medida administrativa de cobertura necesaria por la cual se posibilita el amparo de un menor para cuya protección no han sido suficientes, o han sido nocivas, las medidas ordinarias previstas por el Código civil; esto es: la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho.

Es más, llegamos a defender que la intervención administrativa instaurada era insuficiente. Lo era porque la intervención de las entidades públicas y la tutela consiguiente se limitaban a los casos de desamparo, quedando excluidos los supuestos de semi-desamparo; es decir, aquellas situaciones en que existe un desamparo posible o previsible, cuya concurrencia debería posibilitar una intervención administrativa con fines de ayuda y prevención para evitar que el desamparo llegue a producirse. Esta orientación la asume la Ley por medio de su artículo 17, ampliando el ámbito de actuación administrativa con fines de prevención en los casos de riesgo para el menor. Claro que una cosa es qué se ha hecho y otra cómo se ha hecho. A esto último me referiré al concluir la exposición. En todo caso, no incido más en el principio de intervención administrativa por cuanto será objeto de análisis por el profesor De Pablo Contreras.

Decíamos que a la entidad pública competente se le atribuye *ex lege* la tutela de los menores en desamparo. Cabe preguntarse ahora cuáles son las medidas que debe adoptar la entidad una vez que ha asumido la tutela de un menor desamparado. La respuesta a este interrogante resulta condicionada por otro de los principios que informan la Ley. Me refiero al *principio de integración familiar de la infancia desamparada*. Este principio, asumido de forma tácita en la reforma de 1987, se recibe ahora por el artículo 11.2 de la Ley de 1996, que considera la integración familiar del menor como pauta que debe regir la actuación de los poderes públicos.

Pues bien, a esta integración familiar del menor desamparado quieren atender las normas en vigor por medio de dos cauces antagónicos: uno, consiste en procurar la reinserción del menor en su propia familia; el otro, consiste en dar al desamparado en adopción.

La reinserción del menor en su familia es la medida prioritaria que debe procurar la entidad una vez que ha asumido la tutela que la Ley le atribuye. Así resulta del artículo 172.4, al establecer que se procurará la reinserción del menor en su propia familia.

En consecuencia, lo que se ha de hacer en un principio no es dar al menor en adopción, con la consiguiente integración de éste en una familia extraña; antes bien, la Ley reconoce de modo implícito un principio de prioridad de la propia familia del menor, que obliga a la entidad a procurar que el desamparado se reinserte en el ámbito familiar del que, como medida precautoria, ha sido extraído.

Como decíamos, la otra medida que puede procurar la entidad respecto del menor en desamparo consiste en darlo en adopción. La adopción conlleva, por una parte, la extinción de los vínculos jurídicos del menor con su familia anterior; y por otra parte, el que se atribuya al menor la condición de hijo del adoptante, en cuya familia se integra con carácter pleno y definitivo (cfr. arts. 108 y 178.1 C.c.). Mas, en todo caso, adviértase que la adopción es subsidiaria de la reinsertión del menor en su familia. Quiero decir que conforme al artículo 172.4, antes citado, la entidad debe procurar la adopción únicamente cuando, en interés del menor, no sea posible la reinsertión del niño en su propio ámbito familiar.

Así por lo tanto: reinsertión del menor en su propia familia o, en su caso, adopción. Ahora bien, desde que la entidad asume la tutela hasta que el menor es reinsertado en su familia o dado en adopción, transcurre un período de tiempo durante el cual es preciso que el menor sea integrado en un ámbito familiar idóneo. Y máxime, cuando el artículo 11 de la Ley que comentamos configura la integración familiar como principio rector de la actuación de los poderes públicos. Pues bien; con el fin de que ello sea posible, es por lo que se regula el acogimiento familiar.

De modo básico, el acogimiento cumple dos finalidades diferentes. En unos casos, el acogimiento constituye una medida provisional por medio de la cual el menor es recibido en una familia, en tanto se subsanan las circunstancias que impiden su reinsertión en el núcleo familiar del que ha sido extraído. Para estos supuestos en que el acogimiento —llamado “simple”— es una medida previa a la futura reinsertión del menor, la práctica aconseja que el niño sea dado en acogimiento a miembros de su familia extensa; es decir, de lo que se trata es de evitar que se extraiga al menor de su propio ámbito familiar. A ello es a lo que obedece lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley que se analiza. El citado precepto, sin limitarse a la familia nuclear, sanciona, como pauta que han de seguir los poderes públicos, el del mantenimiento del menor en el medio familiar de origen. Por lo tanto: en principio, y salvo que el interés del menor aconseje otra cosa, acogimiento en el propio medio familiar.

Sin embargo, en los supuestos en que no es posible la reinsertión en la familia de origen, el acogimiento cumple una finalidad diferente. En estos casos, el menor será dado en acogimiento a quienes previsiblemente serán sus futuros padres adoptivos —“acogimiento familiar preadoptivo”—; es decir, en estos supuestos el acogimiento se formaliza con carácter previo a la constitución de la adopción y constituye un medio para poder apreciar las dificultades de adaptación entre el menor y el futuro adoptante; o dicho de otro modo, el acogimiento es, en estos casos, el medio que permitirá juzgar sobre la conveniencia de constituir la adopción.

Así pues, acogimiento familiar simple o acogimiento familiar preadoptivo. Y acogimientos que suponen la participación del menor en la familia que lo recibe y que se conciben con carácter transitorio, bien hasta la reinsertión o bien hasta la adopción (cfr. arts. 173.1 y 173 bis).

Sin embargo, puede ocurrir también que ni la reinserción sea posible, ni que la adopción sea conveniente, debido —entre otras razones— a la edad avanzada del menor. Para estos casos y con el fin de que se consiga la integración familiar, la reforma de 1996 ha dado entrada a una figura de acogimiento familiar que, desprovisto de la nota de transitoriedad, se le califica como “acogimiento familiar permanente” (art. 173 bis 3°).

De lo hasta aquí expuesto se colige que la reforma de 1996 mira con recelo las situaciones que, a diferencia del acogimiento familiar, suponen que el menor en desamparo permanezca internado en un centro. Y realmente es así. La Ley del menor quiere encauzar los casos de desamparo hacia el acogimiento familiar en detrimento de la acogida residencial en hogares o centros para menores. Lo anterior no es sólo una pauta implícita en la reforma. Antes bien, lo sanciona el artículo 21 de la Ley del menor al establecer que cuando la entidad acuerde la acogida residencial procurará que el menor permanezca internado durante el menor tiempo posible.

En resumen, la reinserción o la adopción son las dos medidas que puede procurar la entidad respecto del menor en desamparo. Pero además, y como medida provisional entre una u otra, podrá la entidad dar al desamparado en régimen de acogimiento familiar o retenerlo en régimen de acogimiento residencial.

Hemos dicho que se atribuye a las entidades públicas una tutela que actúa *ex lege* y expusimos también cómo se ha instaurado un sistema de control administrativo de las actuaciones que anteceden a la adopción. Pues bien, la imposición de un sistema de policía o vigilancia previa no es incompatible con *un propósito legal de propiciar el acceso a la adopción*. Propósito que representa otro de los principios rectores del régimen jurídico vigente. Y es que, en efecto, las normas en vigor evidencian una orientación tendente a favorecer la constitución a ultranza del vínculo adoptivo.

En concreto, a partir de 1987 se propicia el acceso a la adopción por medio de dos cauces diferentes, que me voy a limitar a reseñar para no interferir en lo que será objeto de la intervención del profesor Rebolledo Varela.

Por una parte, se propicia el acceso a la adopción mediante la regulación que se otorga a las prohibiciones así como a los requisitos exigibles para adoptar (vid. art. 175 C.c.). Lo que se quiere conseguir, por este primer cauce, es posibilitar que puedan tener la condición de adoptantes un mayor número de personas. Mas por otra parte, también se reordena la cuestión referente a los consentimientos exigibles para constituir la adopción (vid. art. 177 C.c.). Queriéndose conseguir, por este segundo cauce, la restricción de los supuestos en que la voluntad de los padres, del tutor, o del guardador, pueda ser impeditiva de la constitución del vínculo adoptivo.

En suma, baste resaltar aquí lo siguiente: propósito de propiciar la adopción, favoreciendo el acceso a la condición de adoptante y restringiendo la intervención de quienes tienen facultad para impedir la constitución del vínculo adoptivo. Y ni que decir tiene que la idea que subyace a dicho propósito es la consideración de la adopción como el medio idóneo para atender a la infancia desamparada.

Control administrativo, integración familiar de los menores en desamparo y mayores facilidades para acceder a la adopción. Estos principios, ya examinados, se complementan con otros dos, de no menor importancia, que sirven para acabar de confor-

mar el régimen vigente otorgado en el ámbito civil a los casos de desprotección social de los menores.

El primero de estos principios es el de *la equiparación entre la filiación por naturaleza y la filiación por adopción*. Esta equiparación procede ya de la Ley del 13 de mayo de 1981 y es llamativo observar que, ni la Ley de 1987 ni la de 1996, la han sancionado de forma expresa. En mi opinión, esta omisión obedece simplemente al deseo de evitar reiteraciones innecesarias. Ello por cuanto, al prescribir el artículo 108 del Código civil que la filiación por naturaleza y la adoptiva producen los mismos efectos, sería superfluo repetir lo mismo en sede de adopción.

Así por lo tanto, igualdad entre la filiación adoptiva y la filiación por naturaleza, teniendo en cuenta además que —al suprimirse la adopción simple— no existe ya una adopción con efectos atenuados, ni existen, por tanto, excepciones al principio de equiparación.

Precisamente, la identificación entre la filiación por naturaleza y la adoptiva fue lo que ocasionó que a partir de 1981 no se permitiera adoptar a los propios hijos. A este respecto, es sabido que en el Derecho español y debido al trato de desfavor otorgado a la filiación no matrimonial, la adopción fue utilizada como medio para mejorar la condición de los llamados hijos naturales. Este carácter instrumental de la adopción decae una vez que se equiparan la filiación matrimonial y no matrimonial, por lo que, a partir de 1981, ya no cabe adoptar a los propios hijos.

Siguiendo esta orientación, las normas en vigor tampoco permiten la adopción de los propios hijos, pero además dichas normas otorgan una mayor amplitud a esta prohibición fundada en la existencia de una relación de parentesco. Así es: según la redacción que tiene el artículo 175, ahora, no sólo se prohíbe que el menor pueda ser adoptado por su progenitor, sino que además se prohíbe que pueda serlo por cualquier ascendiente o por un hermano. El porqué de esta mayor amplitud otorgada a la prohibición fundada en el parentesco radica, a mi juicio, en una opinión extendida en el Derecho comparado. Según dicha opinión, la adopción ha de resultar excluida en los casos en que media una relación de parentesco próxima con el menor, que hace innecesaria la constitución del vínculo adoptivo.

Y el último de los principios que caracteriza al régimen jurídico vigente en la materia que examinamos, y el que constituye su presupuesto básico, es el de *la primacía del interés del menor*. A estos efectos, en el preámbulo de la Ley de 1987 ya se afirmaba que el interés del adoptado se sobrepone a cualquier otro interés legítimo subyacente en la adopción. Retomando la orientación anterior, la Ley de 1996 asume de forma expresa el principio de primacía del interés del menor haciéndolo prevalente a cualquier otro interés y otorgándole una amplitud mayor. Ello por cuanto, en virtud del artículo 2 de la Ley que analizamos, dicho principio deberá ser tenido en cuenta en la aplicación de la citada disposición legal. Junto con lo anterior, la supremacía del interés del menor es el principio rector al que debe acomodarse la actuación de los poderes públicos (art. 11 LO). Por lo tanto, el interés del menor constituye el parámetro básico al que se debe atender, tanto en la interpretación como en la aplicación de la Ley Orgánica del 15 de enero de 1996.

Con estos presupuestos, la pauta de la primacía del interés del menor también ha sido tenida en cuenta, de forma implícita, en la regulación otorgada al acogimiento familiar y a la adopción. Lo anterior, en el sentido de que el examen del régimen jurídico aplicable a ambas instituciones evidencia que el interés del menor prevalece sobre los intereses de sus padres, de los posibles adoptantes, y de los que tienen la guarda sobre él (cfr. arts. 173, 176 y 177 C.c.).

Pero el principio de primacía del interés del menor no es simplemente una pauta determinante de las reformas, ni un mero principio general, ni tampoco un simple parámetro inspirador del contenido normativo otorgado a los casos de desprotección social de los menores. Antes bien, dicho principio tiene un reconocimiento expreso y reiterado en el régimen jurídico vigente.

En efecto: el interés del menor es el principio al que se supedita la reinsertión en la propia familia del menor que se encuentra en desamparo (cfr. art. 172.4); asimismo, es la regla que determina la práctica de las diligencias a que hace referencia el artículo 1826 de la Ley de Enjuiciamiento civil; además, es el criterio al que se subordina el derecho de visita regulado por el artículo 161 del Código civil; igualmente, el interés del menor es la pauta a que se condiciona la constitución de la tutela ordinaria en los casos de desamparo; también, es el principio del que se hace depender la constitución judicial del acogimiento familiar (cfr. art. 173.3 C.c.). Pero, sobre todo, el interés del menor es el criterio condicionante de la resolución judicial constitutiva de la adopción (cfr. art. 176.1C.c.).

Así las cosas, las consideraciones precedentes en relación con el principio del interés del menor motivan que discrepemos de ciertos criterios doctrinales atinentes a la función del juez en la constitución de la adopción y, en su caso, del acogimiento familiar. Me refiero a la opinión de quienes entienden que la resolución judicial consiguiente se limita a homologar la constatación de las circunstancias exigibles para el acogimiento o la adopción.

Frente a tales afirmaciones me parece evidente que, aunque la propuesta de acogimiento o de adopción venga mediatizada por la entidad pública, la función del juez excede a una simple labor de homologación. Ello por cuanto, además de velar por el cumplimiento de los requisitos legales exigibles, el juez habrá de valorar también el interés del menor. A mi juicio, el cumplimiento de los requisitos legales exigibles lo único que propicia es la posibilidad de acceder a la constitución del vínculo adoptivo. Por el contrario, lo que fundamenta la aprobación de la adopción, y en su caso del acogimiento, es la valoración discrecional del juez sobre el interés del menor.

Es llegado el momento de volver la vista a la realidad con el fin de valorar la reforma de 1996, entresacando ciertas conclusiones y aventurando algunas previsiones. Para ello, es necesario exponer previamente los problemas existentes con anterioridad a 1996 en relación con la desprotección social de los menores. Una vez conocidos dichos problemas, podremos determinar después hasta qué punto la Ley del menor ha sabido atajarlos.

Pues bien; de entrada, entiendo que no cabe soslayar el hecho de que la reforma de 1987 pudo aminorar, pero no resolver, alguno de los problemas que justificaron su aprobación. Quiero decir, y esto es una realidad incontestable, que no se ha logrado

erradicar el tráfico de niños que fue, precisamente, lo que se invocó en el preámbulo de la Ley de 1987 para justificar la intervención administrativa que a partir de entonces se instauraba. Sobre este particular, la intervención administrativa en la adopción ha sido sorteada por diversos cauces que, en síntesis, se fundamentan en el empleo fraudulento de los artículos 120.1 y 176.2.2. del Código civil.

Pero antes de la Ley del menor había también algo más. Y es que la experiencia práctica evidencia asimismo que la reforma de 1987, examinada ahora con la perspectiva de los años transcurridos, supuso la aparición de nuevos problemas. Algunos de ellos, incluso, de mayor entidad que los que se querían resolver. De entre tales problemas, cabe citar los siguientes:

En primer lugar, hay que aludir a la burocratización a que la Ley de 1987 ha dado lugar. Esta burocratización, que es consecuencia de la intervención administrativa instaurada, ha conllevado problemas ulteriores para los titulares de la función de guarda una vez que la entidad pública ha apreciado el desamparo. Sobre este particular, en las Memorias elevadas al Gobierno por el Fiscal General del Estado se declara que las entidades públicas actúan *ex lege* y que, una vez dictado el acuerdo, se refugian en su aparato burocrático; esto motiva que las fiscalías se estén convirtiendo en un negociado de visitas, quejas y consultas, donde los afectados por las resoluciones de las entidades públicas exponen a los fiscales sus versiones, algunas muy fundamentadas y sangrantes.

En segundo lugar, hay que referirse a los conflictos surgidos en su momento entre los órganos de las Comunidades Autónomas y de la Administración Local —ayuntamientos y diputaciones—. En buena medida, tales conflictos traen causa de lo dispuesto por el artículo 25 de la Ley 7/1985, del 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local. El citado artículo había atribuido al Municipio —en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas— el ejercicio de competencias en materia de prestación de los servicios sociales de promoción y reinserción social. Como muestra de tales conflictos, basta recordar aquí las desavenencias surgidas en su día entre la Diputación de Zaragoza y el Gobierno de la Comunidad Autónoma que ocasionaron el cierre de lo que entonces era el único centro de acogida de menores existentes en Aragón.

También por lo que respecta a los problemas existentes antes de la reforma de 1996, hay que decir, en tercer lugar, que tampoco se han de soslayar los problemas derivados de la falta de medios personales y materiales de buena parte de las Comunidades Autónomas. Falta de medios que les impide ejercitar con eficacia las competencias que les asisten en materia de protección de menores. A este respecto, y como ejemplo de la improvisación con que se acometió la reforma, es suficiente recordar que en aquel momento había Comunidades en las que no existía personal técnico especializado; ello, a pesar de que una de las razones que justificaron la modificación del régimen jurídico anterior fue la de propiciar la intervención de los servicios sociales en el ámbito de la protección de menores.

En cuarto lugar, se han de mencionar los recelos, en muchos casos justificados, de la Administración de Justicia frente a las entidades públicas, que han motivado —en ciertos lugares— la falta de cooperación entre ambas, con la consiguiente dilación en

la asunción de las medidas pertinentes para atender al menor. Sobre este particular, en algunas de las Memorias, anteriores a la reforma de 1996, elevadas por el Fiscal General del Estado, se lee lo siguiente: “Como las entidades públicas son demandadas en los procedimientos de jurisdicción voluntaria, bien sea debido a que no tienen servicios jurídicos, o a su volumen de trabajo, o a la creencia de que gozan de presunción de legalidad, es frecuente que presenten en los juzgados los expedientes con deficiencias, o que no se molesten en mantener en el proceso la medida adoptada (...) esto ha determinado que algunos juzgados no den importancia a los acuerdos de las entidades (...) actuando con dudas y recelos frente a ellas”.

Y en quinto lugar, también hay que hacer notar que la inseguridad que ocasionaba a las entidades públicas el no verse amparadas por una actuación judicial previa, coetánea o inmediatamente posterior a la apreciación del desamparo, motivaba el que —por no llegar a la intervención del juez— en buena parte de los casos se acabase dando preferencia a las pretensiones de quienes causaron el desamparo. Y quizá por todo ello, es también por lo que la apreciación administrativa del desamparo se ha convertido, muchas veces, en una rémora a los efectos de constitución de la adopción. Y ello hasta el punto de que, con referencia a la lentitud e inseguridad con que actúan las entidades públicas de ciertas Comunidades Autónomas, se ha llegado a reconocer públicamente que aún están lejos de alcanzar el nivel de eficacia a que habían llegado los Tribunales Tutelares de Menores.

Este es el panorama de problemas existente antes de la Ley del menor. Problemas motivados porque las ideas de que partió la reforma de 1987 fueron buenas, pero la formulación legal de éstas fue deficiente en algunos aspectos. Y si la reforma ha dado mejores resultados de los esperados, ello ha sido por la buena fe de quienes la han aplicado. Porque cada uno desde su ámbito, pero excediéndose todos en su cometido, han puesto lo que a la reforma de 1987 le faltaba y han corregido bastantes de sus deficiencias.

Si este es el panorama existente antes de la Ley del menor, de lo que se trata ahora, para concluir, es de valorar la reforma de 1996 a la vista del modo en que incide en las cuestiones preexistentes examinadas.

En mi opinión, la respuesta es que la Ley del menor ha sabido encarar buena parte de los problemas suscitados por la reforma de 1987. Y lo ha hecho asumiendo las propuestas doctrinales y la práctica que se había generado para resolverlos.

Sobre este particular, las reformas de los trámites de los procedimientos administrativos y judiciales que afectan al menor permitirán una mayor seguridad para las entidades públicas cuando deban actuar, encauzarán las relaciones entre las entidades públicas y la Administración de Justicia, pero sobre todo permitirán resolver con mayor celeridad la situación del menor, proporcionándole una solución adecuada en las situaciones de desamparo.

Asimismo, la asunción decidida de ciertos principios que antes sólo se recogían de forma velada permitirá solventar —a la luz de éstos- las dudas interpretativas o las lagunas que suscite la reforma de 1996. Ese es el papel que habrá de jugar el principio de primacía del interés del menor, el de la integración familiar, o el principio del mantenimiento del menor en el medio de origen.

Y además, la Ley de 1996 ha dado respuesta a muchas de las cuestiones que la reforma de 1987 había pasado en silencio. Tal es el caso de las relaciones entre la apreciación administrativa del desamparo y la patria potestad y la tutela; el de la diversidad de funciones que puede cubrir el acogimiento familiar, con la consiguiente regulación plural de éste; y el de la idoneidad de los adoptantes, como pauta que deba ser valorada para constituir la adopción, y que había sido silenciada en la reforma de 1987.

Así pues: frente a los problemas, soluciones; frente a la indeterminación, concreción; y frente a las lagunas, respuestas. Ahora bien, creo que tampoco se deben orillar ciertas críticas que quisiera hacer en sentido constructivo.

La primera crítica se refiere a la insuficiencia de la regulación otorgada a la adopción internacional. El legislador sigue sin querer comprender que para la mayor parte de los españoles la adopción internacional es el único cauce por el que pueden acceder a la adopción. Y siendo ello así, la regulación que ofrece la Ley del menor al respecto contrasta vivamente con lo que sucede en los países próximos. En estos países, debido al descenso de la natalidad y a la inmigración de personas procedentes de otros continentes, las leyes dedican pocos preceptos a la constitución del vínculo adoptivo y centran su regulación en el tratamiento de la adopción internacional que es hoy el problema central y no el secundario.

La segunda crítica se refiere a la falta de medios para poner en práctica este tipo de reformas que, de modo paulatino, amplían la intervención de la Administración en nuevos ámbitos. La falta de medios a que me refiero no es sólo la que afecta a los servicios de las Comunidades Autónomas. Más bien me refiero a la falta de personal especializado y de medios materiales para que el Ministerio Fiscal pueda cumplir las funciones que le han sido atribuidas por los artículos 174 y 232 del Código civil; funciones que día a día tienden a incrementarse. A este respecto se debe resaltar que la falta de medios en las fiscalías da lugar, en ocasiones, a la imposibilidad de solucionar los conflictos surgidos entre las entidades públicas y los particulares. Y es que —como se ha afirmado— por mucha labor de mediación que quiera hacer el fiscal a veces resulta ineficaz pues, en no pocas ocasiones, se encuentra con unos expedientes e informes que, por falta de medios, no puede contrastar.

La tercera observación crítica concierne a la insuficiente regulación que la Ley del menor ha hecho de las situaciones de semidesamparo. Ello por cuanto no se determina el fundamento legal que justifica la actuación de la Administración en tales casos. Porque no se especifica si en estos supuestos la intervención de las entidades públicas tiene para los padres carácter voluntario o no. Porque no se explicitan los recursos de que disponen los padres una vez que la Administración ha apreciado una situación de riesgo. Porque, en fin, apenas nada se dice al respecto.

Y es que no ofrece duda alguna, al menos para quien habla, que la Administración ha querido utilizar el semidesamparo a modo de banco de pruebas, como se hizo con el desamparo con ocasión de la reforma de 1987. Lo que, en definitiva, se ha hecho es dejar que se consolide una práctica al respecto para asumirla en futuras reformas. Y sinceramente, no creo que las situaciones que afectan a los menores deban, otra vez más, ser sometidas a experimentación. Más bien de lo que se trata es de regularlas sin ambigüedad, otorgándoles respuestas legales decididas y firmes. Y ello, sin que para

justificar omisiones, se pueda alegar un posible conflicto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Y la última observación obedece a criterios sociológicos con los que ha de enfrentarse la reforma. Me refiero al hecho de que en la vida social española todavía subsisten residuos de una concepción de la patria potestad que, sin embargo, ya ha decaído en algunos países europeos. Dicha concepción supone aceptar el criterio conforme al cual los hijos son una suerte de propiedad de los padres. Esta concepción subyace en muchos ámbitos y es lo que en el fondo impide que, en bastantes casos, el desamparo pueda resolverse, aun siendo necesario, extrayendo al menor de su ámbito familiar. Y es también dicha concepción el mayor obstáculo que las reformas encuentran a la ampliación de la intervención administrativa en sede civil.

Bien es cierto también que, a la vista del modo en que han actuado en ciertos supuestos algunas entidades públicas, a mí me parece que esa concepción de los hijos como propiedad de los padres se pretende suplantarse por otra concepción no menos peligrosa. Me refiero a una concepción implícita que supone entender que, después de las últimas reformas, los hijos han dejado de ser propiedad de los padres, pero para pasar a ser propiedad de la Administración.