

En Logroño, a 12 de noviembre de 1996, reunido en su sede el Consejo Consultivo de La Rioja, con la asistencia de su Presidente, don Ignacio Granado Hijelmo, y de los Consejeros señores don Antonio Fanlo Loras, don Pedro de Pablo Contreras, don Joaquín Ibarra Alcoya y don Jesús Zueco Ruiz, siendo ponente don Pedro de Pablo Contreras, emite, por unanimidad, el siguiente

## **DICTAMEN**

**9/96**

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Presidente del Consejo de Gobierno en relación con el Proyecto de Decreto por el que se regula el procedimiento a seguir en la declaración de desamparo y las medidas de protección de menores.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Antecedentes del asunto**

#### **Único**

En cumplimiento del Plan de Servicios Sociales, la Consejería de Salud, Consumo y Bienestar Social del Gobierno de La Rioja ha elaborado, durante el año 1996, un Proyecto de *Decreto por el que se regula el procedimiento a seguir en la declaración de desamparo y las*, previo un expediente en el que han recaído:

- Informe, de 27 de enero de 1996, del Jefe del Servicio de Acción Social de la Dirección General de Bienestar Social del Gobierno de La Rioja.
- Informe, de 27 de marzo, de la Asesoría Jurídica del Gobierno de La Rioja.
- Alegaciones, de 29 de marzo de 1996, formuladas por la Asociación APIR
- Información, de 28 de junio de 1996, al Consejo de Bienestar Social,
- Informe, de 27 de agosto, firmado por la Responsable Técnico y la Socióloga de la Dirección General de Bienestar Social,

-Informe, de 20 de septiembre de 1996, del Secretario General Técnico de la misma

## **ANTECEDENTES DE LA CONSULTA**

### **Primero**

El Proyecto fue remitido en su día al Consejo de Estado que lo devolvió para completar documentación pero, una vez constituido el Consejo Consultivo de La Rioja, el Excmo. Sr. Consejero de Salud, Consumo y Bienestar Social, mediante escrito de 20 de septiembre de 1996, propone al Excmo. Sr. Presidente del Consejo de Gobierno que la consulta se efectúe al Consejo Consultivo de La Rioja.

### **Segundo**

Con fecha 26 de Septiembre de 1996, tuvo entrada en el Registro de este Consejo Consultivo escrito de fecha 25 de septiembre de 1996, del Excmo. Sr. Presidente del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja, por el que se remite al Consejo Consultivo de La Rioja el *Proyecto de Decreto por el que se regula el procedimiento a seguir en la declaración de desamparo y las medidas de protección de menores*, junto con el expediente tramitado para su elaboración.

### **Tercero**

Mediante escrito de 27 de septiembre de 1996, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja acusó recibo, en cumplimiento del art. 33.1 de nuestro Reglamento (RCC); mediante Resolución 17/1996, de 3 de octubre, designo como ponente al Consejero expresado; y, el 10 de octubre de 1996, este asunto quedó incluido en el orden del día de la sesión 9/96, siendo debatido las reuniones del Consejo Consultivo de 23 de octubre y 12 de noviembre.

### **Cuarto**

Tal y como ya se expresó en el precitado escrito del Sr. Presidente del Consejo Consultivo, de 27 de septiembre de 1996, la consulta efectuada reúne las condiciones requeridas por el art. 32.1 RCC, y es competente el Consejo Consultivo para emitir el dictamen solicitado, de conformidad con el art. 8.4.c) RCC.

Estas elementales conclusiones resultan especialmente trascendentes, como se verá, en el

presente caso y, por lo pronto, determinan el orden de nuestro análisis, que versará, primero, sobre la competencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja y del Estado, respectivamente, en materia de protección de menores y, segundo, sobre el respeto por el proyecto de Decreto sometido a nuestro dictamen, de los principios de legalidad y jerarquía normativa.

## Segundo

### **Competencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja en la materia que regula el Proyecto de Decreto**

En principio, la intervención de la Administración pública, así como la regulación y determinación de las medidas que aquélla puede adoptar en materia de protección de menores en el ámbito territorial de nuestra Comunidad, así como el procedimiento -administrativo- a seguir para adoptarlas, son cuestiones que pertenecen a la estricta competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

En efecto, el artículo 148.1.20 de la Constitución permite a las Comunidades Autónomas (a todas; no sólo a las constituidas por la vía del art. 151) asumir competencias exclusivas en materia de «asistencia social», y así fue recogido, de hecho, por todos los Estatutos de Autonomía, incluido el de La Rioja, que se la atribuye con tal carácter de exclusiva a la Comunidad con la «*asistencia social y bienestar social, incluida la política juvenil*» (art. 8.1.18). Desde un primer momento, se entendió pacíficamente incluida en la «*asistencia social*», la protección de menores, esto es, la determinación y regulación de las medidas que la Administración podía adoptar en relación con éstos. Así lo prueba, primero, el hecho de que les fueran transferidos a todas las Comunidades (véase, para La Rioja, el Real Decreto 1.109/1984, de 29 de febrero, de traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de La Rioja en materia de protección de menores) los medios personales y materiales de la antigua Obra de Protección de Menores (Organismo autónomo dependiente del Ministerio de Justicia, según aclaró el Decreto 414/1976, de 26 de febrero), que ejercía con anterioridad todas esas funciones de protección de menores a través de sus órganos, esto es, del Consejo Superior de Protección de Menores, las Juntas de Protección de Menores y los Tribunales Tutelares de Menores (veáanse, en tal sentido, los Decretos de 2 de julio de 1948, que aprobó el Texto Refundido de la legislación sobre Protección de Menores, y de 11 de junio de 1948, Texto Refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores); y, segundo, el pacífico e ininterrumpido ejercicio de tales funciones, desde entonces -y, al menos, hasta la Ley 21/1987, de 11 de noviembre-, por las Comunidades

Autónomas, algunas de las cuales llegaron, incluso, a dictar normas específicas en la materia (caso, por ejemplo, de Cataluña, que aprobó la Ley de 13 de junio de 1985, de protección de menores, y el Reglamento del tratamiento y la prevención de la delincuencia infantil y juvenil y de la tutela, aprobado por Decreto de la Generalidad 162/1986, de 9 de mayo; o de Navarra, que dictó el Decreto Foral 90/1986, de 25 de marzo, sobre adopciones, acogimiento familiar y atención a menores).

### **Tercero**

#### **La (supuesta) competencia del Estado en materia de protección de menores**

Partiendo de lo afirmado en el fundamento anterior, la determinación de qué competencia corresponda al Estado sobre la protección de menores debería ser una cuestión fácil de resolver, y habría de hacerse precisamente en el sentido de negar que tenga competencia alguna. Sin embargo, la nitidez de esta conclusión ha resultado oscurecida, en la práctica, al dictar las Cortes Generales dos leyes de gran trascendencia en el extremo que comentamos: la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modificaron determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Especificaremos una y otra afirmación en los apartados que siguen.

A) Si, como acabamos de ver en el fundamento anterior, la competencia en materia de protección de menores -entendiendo por tal la intervención de la Administración para asegurar su - corresponde a las Comunidades Autónomas, y les correspon -en todos los casos-, con el carácter de exclusiva, resulta evidente que, en principio, el Estado carece, en este punto, de competencia alguna. Si la competencia de las Comunidades es, en verdad, exclusiva, y si la tienen atribuída, además, todas y cada una de aquéllas, no puede quedar -por hipótesis- margen ninguno para las competencias del Estado, lo que es tanto como decir que éste no puede dictar, en ese campo, Derecho válido. Así lo ha subrayado oportunamente, recogiendo y especificando la doctrina contenida en otras sentencias anteriores en el sentido de negar a la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal sobre el autonómico (art. 149.3 CE.) el valor de regla general o residual atributiva de competencias universales al Estado (cfr., en particular, SSTC 15/1989, fundamento jurídico 1º; 103/1989, fundamento jurídico 4º, y 79/1992, fundamento



-al menos parcialmente- una competencia autonómica, resulta reprochable desde el punto de vista constitucional: no nos parece aventurado hablar aquí de lo que, desde la óptica de la teoría general del Derecho se conoce como fraude de ley (perseguir, al amparo del texto de una norma -en este caso, el art. 149.1.8ª CE.-, un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico -aquí, en concreto, la Constitución- o contrario a él) y que, en el ámbito del Derecho constitucional, se denomina *deslealtad al sistema*: un acto contrario al principio de lealtad constitucional (*Bundestreue*, en la doctrina alemana de la que procede) asumido por nuestro Tribunal Constitucional, con referencia al sistema autonómico, en varias sentencias (cfr., por ejemplo, STC 11/1986, de 28 de enero, fundamento jurídico 5º, que habla de un «*deber general de fidelidad a la Constitución*» que «*es exigible tanto al Estado como a la Comunidad*»). Mas, pese a todo, la presunción de constitucionalidad de las leyes, a las que sólo la estimación de recursos o cuestiones de constitucionalidad es capaz de expulsar del ordenamiento, ha de ser bastante, al menos en este momento, para entender vigente la aludida reforma de la legislación civil y provisionalmente eficaz la alteración de la competencia autonómica con tal reforma, al presuponerla, indirecta u oblicuamente provocada.

C) La Ley 1/1986 va, o pretende ir, sin embargo, aún más lejos, porque, además de su incidencia en la legislación civil a través de la reforma del Código, contiene otros dos grupos de normas con relevancia desde el punto de vista competencial: una primera parte -su Título I, aunque no entero-, dedicada a enunciar los «*derechos de los menores*», que no es sino una inocua

adopción o adaptación para éstos de los derechos fundamentales ya consagrados para todos -mayores y menores- en la Constitución, y que es la que exclusivamente explica el calificativo de «*orgánica*» (cfr. disposición final vigésimo tercera, en relación con el art. 81 CE.); y una segunda parte -el capítulo I del Título II y ciertas normas conexas con él-, dedicada a regular las actuaciones administrativas «*en situaciones de desprotección social del menor*», donde se contemplan ciertas medidas a adoptar en los casos que se han llamado de «*cuasidesamparo*» del menor, medidas que son distintas de las integradas en la legislación civil del modo antes explicado y que, por tanto, siguen perteneciendo a todos los efectos al Derecho administrativo.

Como hemos dicho, la primera parte -Título I- es inocua, y no hay inconveniente en asumirla como de competencia estatal en la medida en que su contenido, con arreglo al art. 81 CE., es materia reservada a la ley orgánica. No ocurre lo mismo, sin embargo, con la segunda parte -capítulo I del Título II y normas conexas-, que, sin duda, viola la competencia exclusiva que tienen todas y cada una de las Comunidades Autónomas en materia de protección de menores: la propia Ley 1/1996 lo reconoce en el apartado 1 de su disposición final vigésimo primera, al afirmar que la misma constituye «*legislación supletoria de la que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de asistencia social*»; aseveración, esta última, que por sí sola determina la inconstitucionalidad de los preceptos afectados, en recta y estricta aplicación de la doctrina contenida en el fundamento jurídico 6º de la sentencia del Tribunal Constitucional 118/1996, de 27 de junio, antes citada, y las anteriores a que ésta alude. Es más, ni siquiera cabe en este punto matización alguna derivada de la conversión de la competencia exclusiva autonómica en materia de protección de menores en una competencia compartida por mor de la invocación por el Estado del título «*legislación civil*» (como de los comprendidos en las reglas 2ª, 5ª y 6ª del art. 149.1: cfr. los apartados 2 y 3 de la disposición final vigésimo primera de la Ley 1/1996), como bien se ocupa de aclarar la propia sentencia citada al final del mismo fundamento jurídico:

«La cláusula de supletoriedad es, según la doctrina expuesta, una previsión constitucional emanada de la CE. que se dirige al aplicador del Derecho, indicándole el modo en que deben colmarse las lagunas del ordenamiento autonómico, cuando las haya.

A tenor de la misma, una vez que el aplicador del Derecho, utilizando los medios usuales de interpretación, haya identificado una laguna en el ordenamiento autonómico, deberá colmarla acudiendo a las normas pertinentes, dictadas por el Estado en el ejercicio de las competencias que la Constitución le atribuye: en eso consiste la supletoriedad del Derecho estatal que, por su misma naturaleza, no comporta atribución competencial alguna.

Por eso, para que el Estado pueda dictar normas jurídicas que regulen una materia determinada, no basta con que ostente un título que le atribuya cualesquiera competencias en esa materia, sino que debe poder invocar aquel título específico que le habilite en concreto para establecer la reglamentación de que se trate, sin que, como correctamente se afirmaba en la STC 147/1991, que acabamos de transcribir, pueda invocar como tal la cláusula de supletoriedad.

Aquí se trata sólo, por lo tanto, de extraer las consecuencias lógicas de tal afirmación, que entonces no llegaron a formularse: si, para dictar cualesquiera normas precisa el Estado de un título competencial específico que las justifique, y la supletoriedad no lo es, esa conclusión ha de mantenerse en todo caso. Por lo tanto, tampoco en las materias en las que el Estado ostenta competencias compartidas puede, excediendo el tenor de los títulos que se las atribuyen y penetrando en el ámbito reservado por la Constitución y los Estatutos a las Comunidades Autónomas, producir normas jurídicas meramente supletorias, pues tales normas, al invocar el amparo de una cláusula como la de supletoriedad, que por no ser título competencial no puede dársele, constituyen una vulneración del orden constitucional de competencias».

Por lo demás, resulta en este punto evidente que, a diferencia de lo que ocurriera con la parte de la Ley 1/1996 subsumida a efectos competenciales en la «*legislación civil*», aquí la presunción de constitucionalidad de la Ley, que debe operar en tanto no prospere un recurso o cuestión de inconstitucionalidad, no impide, afirmada por ella misma su supletoriedad, la posibilidad de ser desplazadas sus previsiones mediante el ejercicio por las Comunidades Autónomas de su competencia exclusiva en materia de protección de menores.

#### Cuarto

#### **Incidencia de la (supuesta) competencia estatal en materia de protección de menores, y del recurso por la Comunidad Autónoma al Reglamento como vehículo normativo, en la (real) competencia autonómica**

Las argumentaciones contenidas en el anterior fundamento jurídico de este dictamen permiten, a juicio de este Consejo Consultivo, alcanzar algunas conclusiones de importancia:

A) Lo forzado y artificial del uso por el Estado de la competencia en materia de «*legislación civil*» para incidir en la regulación jurídica de la intervención de la Administración en materia de protección de menores, junto al hecho evidente de que el título competencial en esta específica materia, en cuanto forma parte de la «*asistencia social*», corresponde, como exclusivo, a la Comunidad Autónoma de La Rioja, nos parece habilita a ésta para cubrir normativamente los intersticios, huecos o vacíos que aquél eventualmente deje. Ello significa tanto como decir que, aunque, por lo antes expuesto, haya de respetar la Comunidad, al menos de momento, lo legislado por el Estado con expresa invocación del art. 149.1.8ª CE., pensamos que todo lo demás, siempre que se refiera a la indicada intervención de la Administración en materia de protección de menores (con respeto, por tanto, a los restantes títulos competenciales del Estado), ha de entenderse comprendido en la indicada competencia autonómica. O sea, que, admitiendo la plena

eficacia en este punto de la ley estatal, la trascendencia de ésta consistiría tan sólo en haber convertido en una competencia compartida o concurrente lo que, según la Constitución y el Estatuto, es una competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma.

B) En cuanto a las que la Ley 1/1996 denomina «*actuaciones en situaciones de desprotección social del menor*», cuya regulación ella misma deja al margen de la y considera supletoria de la normativa autonómica dictada al amparo de la competencia en materia de asistencia social, es evidente -como antes hemos indicado- que pueden ser preteridas por la Comunidad Autónoma, sustituyéndolas por otras (y, en definitiva, manteniendo en este punto una política propia, con plena autonomía respecto a las previsiones de la legislación estatal).

El problema, sin embargo, surge cuando la Comunidad Autónoma opta, para ejercitar sus competencias -como ocurre en el caso sometido a nuestro dictamen-, por utilizar la vía del Reglamento. En tal caso, además de por el Estatuto y la Constitución o «bloque de la constitucionalidad», la potestad reglamentaria autonómica aparece limitada también por la ley, propia o estatal, sea ésta última directa o supletoriamente aplicable. Ello significa, en concreto y

a) Que es imposible, de todo punto, regular mediante Reglamento la intervención administrativa en materia de protección de menores en cuanto tal regulación pretenda incidir en aspectos que innoven, o incluso simplemente desarrollen o complementen, previsiones normativas que el legislador estatal incluya en el ámbito propio de la legislación civil. Dicho gráficamente: no cabe en nuestro ordenamiento aprobar un «Reglamento del Código civil». Bien sea porque el Derecho civil constituye un sector del ordenamiento no administrativizado, bien por aplicación de la tradicional doctrina de la existencia en todo Estado de Derecho de una implícita reserva de ley en cuanto afecte a la propiedad y la libertad, lo cierto es que la regulación reglamentaria, salvo los supuestos de delegación legislativa expresa, viene siendo pacíficamente excluida en el ámbito del Derecho civil, de lo que es nítida expresión la reiterada y conocida doctrina de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que niega la posibilidad de citar en casación, como infringidas, las normas reglamentarias.

b) En lo que no incida en la legislación civil estatal, sino que, por el contrario, deba considerarse ejercicio de la competencia autonómica en materia de asistencia social, se hace preciso, a su vez, distinguir:

a') En el ámbito del procedimiento administrativo, circunscrito a los más estrictos *interna*

*corporis* de la Administración, debe admitirse, con la generalidad de la doctrina, la viabilidad de los reglamentos independientes (véase, en este sentido, por ejemplo, la STC 18/1982, de 4 de mayo, F.J. 4º). En ello, pues, el Decreto que se propone podría considerarse instrumento apto para el ejercicio de la competencia exclusiva de la Comunidad sin sujeción a norma estatal distinta de las que regulan las bases del procedimiento administrativo común.

b') En cambio, los reglamentos independientes deben quedar del todo proscritos en cuanto pretendan afectar a las posiciones jurídicas o derechos subjetivos de los ciudadanos, como ocurre en nuestro caso en la medida en que, con la regulación reglamentaria propuesta, se incida en el *status* de los menores o de sus padres o guardadores.

De ahí que, respecto a esa clase de regulación afectante a los intereses de los ciudadanos, el proyecto de Decreto sometido a nuestra consideración precise enlazar con alguna ley de la que pueda considerarse desarrollo o complemento, para, así, obtener la condición de Reglamento ejecutivo y, por ende, jurídico o normativo: y esa ley, obviamente, a falta de una específica en el ordenamiento autonómico (en el que, sin duda, las genéricas previsiones de la Ley 2/1990, de 26 de mayo, de Servicios Sociales de La Rioja, no constituyen habilitación suficiente: véase, en este sentido, la STC 209/1987, de 22 de diciembre, F.J. 3º), no puede ser otra que la tan mentada Ley de las Cortes Generales 1/1996, de 15 de enero.

La necesidad de cobertura legal ha sido reconocida recientemente por el Tribunal Supremo (Sala Tercera) en su Sentencia de 24 de octubre de 1996 que anula un Decreto del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Aragón en base a que, si bien versa sobre una materia en la que Aragón tiene competencia exclusiva:

*“Eso no quiere decir que tal competencia pueda ser ejercida por normas reglamentarias autonómicas, sino que lo habrá de ser con normas de rango legal, sin las cuales carecerían de soporte las disposiciones meramente administrativas”.*

*“A falta de norma específica, habrá que entender que la potestad reglamentaria alcanza a la materia organizativa (reglamentos organizativos) y a los necesarios complementos de la leyes (reglamentos de ejecución), y que, en consecuencia, no alcanza a otras materias como la definición del ámbito y limitaciones del derecho de propiedad ni al establecimiento de cargas y obligaciones para los administrados”.*

Y, tras afirmar estos clásicos ámbitos de la reserva de ley (propiedad y libertad), la sentencia, refiriéndose a ciertas exigencias impuestas sin cobertura legal suficiente por el reglamento que anula, concluye que:

*“Para imponer esas exigencias hubiera sido necesario que la Comunidad Autónoma*

*de Aragón tramitara, aprobara y publicara la correspondiente ley, ya que la atribución de competencia exclusiva en la materia no exime a las Comunidades Autónomas de respetar la soberanía de la ley y de aceptar las limitaciones propias de las disposiciones reglamentarias”.*

De este modo, el planteamiento del Proyecto de Decreto que nos ocupa, que se presenta a sí mismo como un desarrollo reglamentario de la Ley 1/1996, es, desde luego -al menos en tanto no se declare la inconstitucionalidad de ésta-, perfectamente legítimo y constitucionalmente posible; pero no debe por eso dejar de advertirse que la utilización de esta vía reglamentaria reduce la autonomía política de la Comunidad -que tiene en la Ley autonómica su único instrumento apto- a una pura autonomía administrativa, con la consecuencia de que habrá de afirmarse la invalidez de las normas o previsiones del proyecto de Decreto que se opongan a lo dispuesto en la Ley 1/1996, las cuales, en cambio, serían perfectamente posibles y válidas caso de incluirse -con idéntica formulación- en una Ley de la Diputación General.

## **Quinto**

### **Análisis del texto del Proyecto de Decreto sometido a dictamen en función de las consideraciones precedentes**

Como se verá, la mayor parte de las consideraciones que, a continuación, efectuaremos al texto del Proyecto de Decreto derivan de su falta de rango normativo para acometer una regulación como la que se pretende, si bien el referido texto contiene una regulación que cabe calificar de profundamente estudiada y desarrollada, con procedimientos y soluciones totalmente respetuosos para los derechos e intereses de los menores.

Así pues, con las premisas establecidas en el fundamento jurídico anterior, resulta necesario hacer al texto sometido a nuestro dictamen las siguientes observaciones:

1ª) Con carácter general, se observa en el texto un uso inadecuado de los conceptos *entidad*” y *“órgano”* para referirse a las distintas instancias administrativas intervinientes en materia de menores, por lo que se aconseja un uso técnicamente más preciso de dichos términos (cfr., por ejemplo, arts. 2, 10, 17, 22.2, y 29, entre otros).

2ª) Carece, a nuestro juicio, de cobertura legal suficiente -sin perjuicio de la absoluta razonabilidad de las medidas concretas que se contemplan- el art. 6.1, que establece las *«medidas de prevención de situaciones de riesgo»* con absoluta indeterminación en la segunda de las que prevé y, en todo caso, sin suficiente enlace con el art. 17 de la Ley 1/1996.

3ª) Las medidas de protección previstas en el art. 6.2 son las reguladas en el Código civil y las contempladas en los apartados 2 y 3 no las configura aquél como medidas autónomas, sino como modos de ejercicio de la guarda consiguiente a la tutela o guarda administrativas (art. 172.3 Cc.). Lo previsto en el apartado 6 del mismo artículo no puede configurarse, con arreglo al Código civil, sino como una facultad inherente a la tutela de su art. 172.1. El apartado 7 innova por completo lo dispuesto en el Código civil y, por tanto, carece de cobertura legal: podría incluirse entre las medidas de prevención de situaciones de riesgo, pero, entonces, dado el silencio de la Ley 1/1996, también carecería el precepto de cobertura legal suficiente.

4ª) Los padres, tutores o guardadores del menor son también interesados cuando la medida adoptada no sea de protección sino de prevención, por lo que, de acuerdo con los principios básicos de todo procedimiento administrativo, debiera extenderse a ese último caso la previsión de notificación que se contiene en el art. 7.

5ª) Cabe admitir la relación de causas de cesación de las medidas de protección que se contempla en el art. 10, por su concordancia con lo dispuesto al efecto en la legislación civil; pero falta, para ser completa tal concordancia, una referencia a la emancipación del menor, sin duda posible (por ejemplo, en los casos de mera guarda administrativa); ausencia tanto o más sorprendente al incluirse, en cambio, la habilitación de edad, que no es sino una emancipación de los menores no sometidos a la patria potestad, sino a la tutela.

6ª) Los artículos 11 y 16 pueden, por su contenido, ser objeto de normas reglamentarias; pero se observa cierta incompatibilidad, o al menos oscuridad, en la determinación de las competencias de la Consejería de Salud y de los Alcaldes, respectivamente. Así, la amplia competencia que en el art. 11.2 se atribuye a los Alcaldes, es contraria a la más limitada que se recoge en el art. 21.1.e) de la Ley 2/1990, de 26 de mayo, de Servicios Sociales de La Rioja.

7ª) El artículo 17.2 carece por completo de cobertura legal, al constituir un desarrollo o complemento de lo dispuesto en el artículo 172.1 del Código civil. Una norma similar sólo sería posible mediante ley.

8ª) En el art. 18 hay una indebida utilización del término “*informes*”, para referirse, en realidad, a las “*denuncias*” presentadas.

9ª) En relación con el art. 19, es imprescindible garantizar la audiencia de los padres, o de quienes tengan la custodia del menor, en el procedimiento de desamparo.

10ª) El artículo 21.4 contiene una norma de carácter procesal e invade, por tanto, una competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.6ª CE.). Por lo demás, dicho precepto no concuerda

*ostente la patria potestad o la tutela ordinaria»* no se extingue la tutela de la Entidad pública, sino que se requiere, en todo caso, resolución administrativa o judicial. Y, además de la emancipación o mayoría de edad, también provocará la extinción de la tutela la habilitación de edad.

12ª) Con arreglo al Código civil, el «*acuerdo inmediato de la tutela*» a que se refiere el art. 24.1 es, en realidad, resolución declarando el desamparo y asumiendo la tutela del menor. Además, si sólo hay riesgo, por muy grave que sea el mismo, no puede haber desamparo ni, por tanto, tutela de la Entidad pública (cfr. art. 172.1 Cc.).

«*delegación de la guarda*» que se prevé en el art. 27 sería, en todo caso, acogimiento familiar: otra cosa no cabe en los términos del Código civil (cfr. art. 172.3).

14ª) En el art. 28.1, el desamparo en que devendría la guarda si las circunstancias que la provocan no fueran transitorias habrá de ser, como siempre, declarado por acto o resolución administrativa de la Entidad pública y, ello, siempre que concurra el supuesto de hecho determinante de dicho desamparo conforme al art. 172.1 del Código civil.

15ª) Frente a lo establecido en el art. 28.2 del texto del proyecto, la guarda no requiere, en su regulación en el Código civil (art. 172.2), de la aceptación del menor, si tuviera doce años cumplidos o suficiente juicio: basta, por aplicación de las reglas generales, con que el menor,

16ª) La guarda, lógicamente, cesará por decisión judicial en todo caso, por lo que deber rectificarse el art. 31.1.

17ª) La definición del acogimiento familiar que se contiene en el art. 32 no es adecuada al concepto del Código civil: en el proyecto de Decreto se le da una autonomía que no tiene en el Código, que lo contempla como un modo de ejercicio de la guarda consiguiente a la tutela ex lege o la guarda administrativa de los arts. 172, 1 y 2, respectivamente.

18ª) El acogimiento familiar provisional que se prevé en el art. 37.2 no sólo carece de cobertura legal suficiente, sino que, además, invade la competencia estatal en materia de legislación procesal.

19ª) En el art. 38 deben contemplarse como causas de cesación del acogimiento, para concordar el precepto con lo dispuesto en el Código civil, la mayoría de edad y la habilitación de edad y, además, genéricamente, los casos en que cese el desamparo administrativa- o la guarda administrativa del art. 172.2 Cc.

20ª) La mayoría de las normas contenidas en las secciones 1ª y 3ª del capítulo VII, que regula el procedimiento sobre acogimiento y adopción, afectando como afectan a las posiciones jurídicas e intereses de los particulares, no tienen cobertura legal suficiente. Aquí hay un desarrollo de la legislación civil que nos parece inaccesible al Reglamento.

## **CONCLUSIONES**

### **Primera**

El ejercicio de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de la Rioja en materia de protección de menores a través de la aprobación de una norma reglamentaria, como es el caso de un Decreto del Consejo de Gobierno, es conforme con el Estatuto de Autonomía

### **Segunda**

No obstante, la utilización de la vía reglamentaria comporta la ineludible sujeción de la norma autonómica a lo dispuesto en la legislación civil del Estado y, en todo aquello que, no siendo legislación civil, deba considerarse comprendido en la competencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja en materia de protección de menores, a la Ley estatal 1/1996, de 15 de enero; todo lo cual comporta la invalidez de los preceptos incluidos en el proyecto de Decreto que se especifican en el fundamento jurídico quinto del presente dictamen.

### **Tercera**

Las normas proyectadas en el reglamento que hemos reputado que exceden de lo que constituye materia propia de una norma general de tal carácter, pueden ser objeto, si así se desea, de una norma de rango legal a adoptar por la Diputación General de La Rioja.

Este es nuestro dictamen que pronunciamos, emitimos y firmamos en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.