



La distribución competencial en materia de inmigración juvenil

Ana Ruiz Legazpi

**La distribución competencial
en materia de inmigración juvenil**

La distribución competencial en materia de inmigración juvenil

Ana Ruiz Legazpi



Generalitat de Catalunya
Departament de Governació
i Relacions Institucionals
Institut d'Estudis Autònomic

Ruiz Legazpi, Ana

La Distribución competencial en materia de inmigración juvenil. –
(Col·lecció e-Recerca ; 4)

Bibliografia

ISBN 9788439391777

I. Institut d'Estudis Autònoms (Catalunya) II. Títol

III. Col·lecció: E-Recerca ; 4

1. Joves immigrants – Situació legal, lleis, etc. – Espanya – Comunitats autònomes 2. Emigració i immigració – Dret i legislació – Espanya – Comunitats autònomes 3. Competència (Dret) – Espanya – Comunitats autònomes

342.717(460-39)

Esta investigación ha sido realizada con una beca para la investigación sobre las autonomías políticas territoriales concedida, en régimen de competición, por el Instituto de Estudios Autonómicos (Resolución de 20 de julio de 2012), a quien corresponden los derechos de reproducción, transformación, distribución y comunicación pública del trabajo, de acuerdo con la base 15.2 de la convocatoria (Orden GRI/6/2012, de 13 de enero).

La publicación de este libro no implica ninguna responsabilidad sobre su contenido por parte del IEA.

No está permitida la reproducción total o parcial de esta publicación, incluido el diseño, ni el almacenamiento ni la transmisión por cualquier forma o medio sin la autorización previa del titular del *copyright*.

© 2014 Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autònoms

Primera edició: octubre de 2014

Diseño: Eugenia Rebés

ISBN: 978-84-393-9177-7

Depósito legal: B 19173-2014

Producció: Entitat Autònoma del Diari Oficial i de Publicacions

Índice

I. Introducción	7
II. La regulación actual de la inmigración juvenil y la necesidad de clarificar los títulos competenciales implicados	11
1. La regulación legal de la inmigración juvenil: los aspectos generales de su protección a través de la repatriación y la tutela	13
2. El defectuoso reparto competencial en materia de inmigración juvenil	22
3. El correcto enfoque competencial: «inmigración», «legislación civil» y «asistencia social». Breve consideración inicial a las «relaciones internacionales» y las «condiciones básicas»	28
III. La competencia exclusiva del Estado en materia de inmigración	33
1. La competencia exclusiva del Estado en materia de inmigración	35
2. Su alcance (limitado) en materia de inmigración juvenil	42
IV. La competencia en materia de legislación civil	45
1. Una competencia del Estado de geometría variable: derecho civil común y derechos forales o especiales	47
2. La competencia de legislación civil de (algunas) comunidades autónomas	52
3. La competencia de legislación civil del Estado: el estado civil y la capacidad de obrar de los menores	57
4. Las especialidades normativas sobre capacidad de menores en el derecho civil aragonés y navarro	61
5. El derecho civil catalán	65
6. Problemas de derecho internacional privado e interregional en el ámbito de la inmigración juvenil: la <i>ley personal</i>	67
7. El alcance de la legislación civil en la regulación de la inmigración juvenil: Estado y comunidades autónomas con derecho civil propio	72

V. La competencia en materia de protección de menores	77
1. La competencia exclusiva de las comunidades autónomas en materia de protección de menores: estado de la cuestión	79
2. Apunte sobre la protección de los menores en Cataluña	83
3. La convergencia de otros títulos competenciales (estatales) colindantes	87
4. El alcance de la competencia de protección de menores en la regulación de la inmigración juvenil	96
VI. Una propuesta de articulación de la convergencia de competencias: colaboración a través de un procedimiento participado	105
VII. Conclusiones	117
Bibliografía	131

I

Introducción

No disponemos de una visión estadística que nos permita fotografiar la realidad de la inmigración juvenil hoy en día, tras una crisis económica cuya repercusión general en la inmigración es igualmente difícil de evaluar de modo fiable debido a la falta de datos de conjunto.

Pronosticar su descenso no presenta dificultad, pero medirlo entraña muchas. En efecto, igual que sucede con la de los adultos, sabemos que la inmigración juvenil está motivada por razones económicas, por lo que la incidencia de la recesión es evidente. Pero también conocemos que la merma de las expectativas en este campo no la ha hecho desaparecer. Las diferencias entre los países de origen y España como país de acogida son un factor determinante, y son todavía muy grandes, de modo que no cesa el goteo de información sobre la llegada de menores a bordo de pateras.¹

Sin, quizá, presentar las dimensiones que adquirió el fenómeno hace unos años, lo cierto es que estamos ante una realidad entre nosotros. El análisis de la regulación de la inmigración juvenil arroja como resultado una serie de problemas, en clave institucional, que tienen en común la virtud de poder abordarse mucho mejor desde una clarificación de la distribución de las competencias que corresponden a cada uno de los poderes públicos a los que atañen (cap. II). El objeto de esta investigación, entonces, versa sobre la identificación y análisis de los distintos títulos competenciales concernidos y las capacidades que confieren a cada uno de los entes públicos –Estado y comunidades autónomas– para regular y decidir sobre los diversos aspectos relevantes de la inmigración juvenil. Tomando en cuenta tanto el llamado *bloque de constitucionalidad* y, destacadamente, la jurisprudencia que el Tribunal Constitucional haya establecido como árbitro de los conflictos de competencias e intérprete supremo de la Constitución española (CE).

Por apuntar los títulos atributivos de competencias principales y, sobre todo, aquellos títulos específicos sobre los que puedan ser más generales: tanto la

1. Mientras se escriben estas líneas, el 14 de enero de 2014, por ejemplo: <http://www.europapress.es/ceuta-y-melilla/noticia-patera-33-subsaharianos-tres-menores-alcanza-melilla-mientras-otra-rechazada-guardia-civil-20140114125459.html>.

inmigración, asignada al Estado como competencia exclusiva en su artículo 149.1.2ª CE (cap. III); como, tratándose de menores y sin plena de capacidad de obrar, la *legislación civil* que el Estado comparte, en algunos aspectos, con las comunidades autónomas con derecho civil propio, y detenta en exclusiva en aquellas regidas por el derecho civil común (cap. III); como, sin duda, la amplia competencia que en materia de protección de menores han asumido las comunidades autónomas en virtud de la aplicación de la cláusula residual del artículo 149.3 CE (interpretada en conexión con el artículo 148.1.20ª CE sobre asistencia social) (cap. IV); sin olvidar la incidencia adicional de otros títulos horizontales, como muy singularmente, las «condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos» del artículo 149.1.1ª CE (cap. V).

En esta investigación no se propone, con todo, un mero ejercicio teórico. Al contrario, tal planteamiento competencial se ha concebido como instrumento para mejorar la gestión del fenómeno, y con propuestas prácticas (cap.VI) en torno a las cuales poder articular mejores respuestas institucionales a la inmigración juvenil a modo de conclusión (cap. VII).

II

**La regulación actual de la
inmigración juvenil y la necesidad
de clarificar los títulos
competenciales implicados**

1. La regulación legal de la inmigración juvenil: los aspectos generales de su protección a través de la repatriación y la tutela

La inmigración juvenil en España se regula, en esencia, en el artículo 35 de la Ley de Extranjería² (LE) y en los correlativos artículos 189 a 198 de su Reglamento de desarrollo (RE).³

En este último se concretan (con una extensión y detalle a veces inusitado en un reglamento) cuestiones de organización administrativa, por lo que, salvo excepciones, la principal atención la merece la regulación de la Ley de Extranjería. Su sola inclusión como régimen especial (aunque sin nombrarlo así) nos evoca un régimen diferenciado del de los inmigrantes adultos, basado en el ejercicio de la soberanía estatal y el control de la inmigración. Por el contrario, el contenido del régimen especial establecido para los menores realiza constantes llamamientos a la filosofía de su protección y a la prevalencia de su superior interés.

Esta disposición no basta por sí misma, sin embargo, para comprender el entramado normativo por el que transita la inmigración juvenil, pues sin la correspondiente regulación de la legislación de protección de menores (Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, LOPJM) queda incompleto. A ella se remite expresamente la propia Ley de Extranjería, en un claro botón de muestra de la dualidad de los sujetos protagonistas de la inmigración juvenil, cuando afirma «serán aplicables a los menores extranjeros no acompañados las restantes previsiones sobre la protección de menores recogidas en el Código Civil (CC) y en la legislación vigente en la materia» (art. 35.11 LE).

2. En la redacción procurada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

3. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

Así, bajo la rúbrica «Menores no acompañados», el artículo 35 LE insta un procedimiento de *retorno* del joven inmigrante «a su país de origen o a aquél en el que se encuentren sus familiares», complementada, subsidiariamente, con una autorización de residencia «en su defecto» y «una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen» (art. 35.5 y 7 LE).

La repatriación

Conviene precisar desde este momento que la repatriación ha de regirse por el principio del interés superior del menor, según establece el propio artículo 35.5 LE en consonancia con el mandato constitucional de protección de la infancia tal como se interpreta de conformidad con los tratados internacionales (art. 39. 4 CE en conexión con Convención de Derechos del Niño, CDN). Por lo que, al margen de la terminología anfíbológica, puede afirmarse que el retorno o repatriación del menor es una medida que supone su alejamiento de España, pero basado en su superior interés y sus necesidades de protección. A diferencia del alejamiento impuesto por los extranjeros adultos (art. 57 LE) a través de la expulsión (o devolución), al servicio exclusivo este último del interés del Estado en controlar la inmigración.⁴

Tal como prevé el artículo 35.5 LE, los menores retornan «a su país de origen o aquél donde se encontrasen sus familiares» (art. 35.3 LE) y, en todo caso, persiguiendo «reagrupación familiar, bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos», siempre «[d]e acuerdo con el principio de interés superior del menor».

La naturaleza y finalidad de la repatriación del menor no responde, así, a la lógica policial del control de flujos migratorios, sino a las necesidades de su protección, a la finalidad protectora de reagruparlo con su familia en su propio interés, o bien de reintegrarlo a su país de origen a través de sus servicios de

4. Tanto *retorno* como *repatriación* son términos empleados también por la normativa para referirse a la expulsión y a otras medidas de alejamiento de extranjeros basadas en el control policial (Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, conocida como Directiva de retorno). Por razones expositivas, en este estudio optamos por la expresión *repatriación* para identificar la medida administrativa singularmente dirigida a los menores (en línea con el derecho comparado y la Resolución del Consejo Europeo, de 26 de junio de 1997, relativa a menores no acompañados nacionales de países terceros, donde surgió).

protección. Se trataría de adecuar de este modo la respuesta protectora que con carácter general se brinda a los menores que se encuentren en España a las especiales necesidades que éstos presentan cuando son extranjeros. Para ello, se acomoda a la realidad de los jóvenes de otras nacionalidades que se encuentran solos en España y con sus familias en otro país el principio general establecido por el artículo 172.4 CC cuando ordena que «se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia (...)». En clara sintonía con el artículo 9 CDN.⁵ Aunque sin caer en la ingenuidad y desconocer su relativo valor preventivo general o desalentador de la inmigración de otros jóvenes.

La modalidad de repatriación incluida en el 2009 para «la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores» sí puede suscitar algún reparo. Nada insuperable por vía interpretativa (aunque voluntarista), siempre que sea vista como mecanismo mediato para garantizar una reinserción en el entorno social del menor que haga posible su ulterior reagrupación familiar. En esta clave cabe leer la invocación expresa de la adecuación de tal repatriación al principio del «superior interés del menor», así como la condición legalmente impuesta de que «se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de [los servicios de protección de menores]» (art. 35.5 LE); junto con la previsión de que «los acuerdos con los países de origen dirigidos a procurar que la atención e integración social de los menores se realice en su entorno de procedencia» (art. 35.2 LE).

Hay que recordar, también, que tanto la prevalencia del superior interés del menor (art. 2 LOPJM) como la tendencia a procurar la reinserción con su familia y el mantenimiento del menor en su medio familiar de origen (art. 11.2 LOPJM) fueron mandatos introducidos en el ordenamiento español en virtud de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.⁶ Esta última fue la encargada de articular todo un entramado o sistema normativo de protec-

5. Pese a lo cual en la asociación automática de interés superior del menor (art. 3.1. CDN y el art. 2 LOPJM) con la vida en familia (art. 9.1 CDN y del art. 172.4 CC) ha sido a veces vista con reparos por falaz. Molina Navarrete, C., «Situaciones de los extranjeros», en Monereo Pérez, J. L., y Molina Navarrete, C. (dirs.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Granada, 2013, p. 552.

6. La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor modificó a través de dieciocho disposiciones finales una parte sustancial del Código Civil que versaba sobre asuntos relativos a menores. En concreto, la disposición final 5ª modificó íntegramente el art. 172 CC para instaurar un nuevo régimen para la tutela de los menores, cuyo contenido será examinado enseguida, por ser de nuestro máximo interés.

ción de los menores que, como dispone su artículo 10.3 LOPJM, se aplica a todos ellos con independencia de su nacionalidad y aun de la legalidad de su estancia. Tal como reconoce ahora el propio artículo 35.11 LE más arriba mencionado.

Todo en fiel reflejo de lo dispuesto en la Convención de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, cuyo artículo 3.1 proclama que «En todas las medidas concernientes a los niños (...) se atenderá el interés superior del niño» y cuyo artículo 9.1 expresa que, excepto cuando fuera aconsejable en virtud del interés superior del menor, «el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos». En especial si dichos artículos son leídos a la luz del artículo 39.4 de la Constitución española, cuando dispone que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

Se puede afirmar, entonces, que la Ley de Extranjería habría resuelto la tensión normativa entre control e integración que late tras cualquier política migratoria en claro favor, en este caso, de los derechos de protección del menor, frente al que cedería, en consecuencia, cualquier aspiración de control migratorio. Con el término *repatriación* se quiere hacer referencia, por tanto, al traslado del menor que se encuentra en España a otro país, bien para reagruparlo con su familia, bien para ponerlo a disposición de los servicios de protección de menores de su entorno social a fin de que pueda, en su caso, reagruparse con ella más adelante. De suerte que se subraya la finalidad protectora a la que ha de responder su adopción, que sólo puede acordarse en atención al superior interés del menor.

La residencia tutelada

A la misma lógica de preservar el interés superior del menor puede estimarse que responde la previsión del artículo 35.5 LE conforme a la cual, cuando no proceda la repatriación –«en su defecto»–, puede autorizarse «la permanencia» del menor en España. Esta permanencia, como más tarde matizará el artículo 35.7 LE, «se considera regular a todos los efectos», sin perjuicio de que «una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se otorgará al menor una autorización de residencia».

El principio del superior interés del menor se vincula a la decisión sobre la modalidad de repatriación, pero debe ser extendido hasta el punto de convertirlo en guía de la decisión última que se tome sobre el menor inmigrante, ya sea la de repatriar (y la concreta modalidad), ya sea la subsidiaria de autorizar su permanencia. Y ello en virtud de una interpretación constitucionalmente adecuada ex Convención de Derechos del Niño en el sentido impuesto por el artículo 39.4 CE.

En cuanto a la configuración legal de la permanencia subsidiaria prevista para los menores, y al marcado carácter especial del que la impregna, conviene tener en cuenta que, por definición, los jóvenes inmigrantes han entrado en España sin cumplir con los requisitos legales que se exige con carácter general para la entrada de extranjeros (art. 25. 1 y 2 LE), por lo que se hallan en situación irregular. Para la cual, en virtud de una previsión especialísima, la misma Ley de Extranjería prevé la concesión de una autorización de residencia, sin homólogo en la inmigración de los mayores (salvo en los supuestos muy excepcionales de arraigo, razones humanitarias colaboración con la Justicia, etc., en que es posible concederles autorización temporal de residencia –art. 31.3 LE–).⁷

Se trata de una residencia *tutelada* a todas luces. El artículo 35.7 LE habla de «la residencia de los menores que sean tutelados en España por una administración pública o en virtud de resolución judicial, por cualquier otra entidad», en clara alusión a la llamada *tutela* que prevé el Código Civil, al que a su vez se remite el artículo 35.11 LE. Muy especialmente, a la conocida como *tutela administrativa*, que opera automáticamente por ministerio de la ley, *ope legis*.

En efecto, el artículo 172.1 CC establece que la «entidad pública a la que (...) esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por *ministerio de la ley* la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias (...)» (las cursivas que aparecen en las citas textuales a lo largo de toda la obra son nuestras). Se subraya la expresión para enfatizar que se trata de una atribución automática de la tutela a la entidad competente ante las situaciones de desamparo definidas legalmente a su vez en el mismo artículo 172.1 CC

7. Supuestos tradicionales de nuestra legislación a los que la Ley Orgánica 2/2009 ha añadido por medio de un art. 31 bis LE el caso de la residencia temporal y de trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género.

como supuestos de desprotección del menor «a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material». Circunstancias que evidentemente se acreditan como norma en el caso de los menores de edad que llegan a nuestro país sin la asistencia de los padres, que carecen del más mínimo sustento material y respecto a los cuales los padres no pueden ejercer adecuadamente los deberes de protección sobre ellos exigidos en nuestra legislación, bien porque ni siquiera están en España, bien porque, en otras ocasiones, son quienes les incitan a venir.⁸

Esta técnica novedosa de protección fue introducida en el Código Civil por la Ley de Protección Jurídica del Menor,⁹ que proclama su importancia como «objetivo básico, la protección de los menores de edad a través de la tutela administrativa» en su exposición de motivos.

Ciertamente, aquel modelo legislativo apostó por una institucionalización de la protección pensando en un perfil de menor bien distinto del de los inmigrantes de los que ahora se ocupa. En este sentido, hace tiempo que se abrió el debate de cara a reformular el modelo de protección reduciendo al máximo la intervención administrativa a través de organismos o entidades de protección. Y, probablemente, es necesario, pues, en efecto, la tutela automática prevista en el artículo 172 .1 CC está siendo usada no sólo como marco regulador de un fenómeno como la inmigración juvenil para el que no estaba previsto, sino para finalidades que van mucho más allá de la mera protección del menor. Por ejemplo, la doctrina es unánime al considerar que supone la piedra angular del marco de la inmigración juvenil, erigiéndose en una especie de prohibición tácita de expulsión de menores (pues la Administración no podría expulsar y desentenderse de un menor a quien tiene obligación de proteger, so pena de incurrir en incumplimiento de un deber...)¹⁰

A este espíritu parece responder la referencia del artículo 35.7 LE a la eventual tutela decretada por autoridad judicial. Así lo permiten los artículos 241 y 242

8. Por todos, Palma del Teso, A. de, *Administraciones públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, Madrid, 2006, p. 199.

9. Art. 18 y disposición final quinta LOPJM. *Vid.* nota 6.

10. Por todos, Palma del Teso, A. «Los menores inmigrantes no acompañados», en Aja E., Montilla, J. A., y Roig, E. (coords.), *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Valencia, 2006, p. 556.

del Código Civil. La propia configuración legal del régimen de la tutela de menores autoriza a comprender no sólo que una tutela y otra no son excluyentes, sino que, al contrario, son complementarias, pues el propio artículo 239 del Código Civil reconoce que, aunque como norma, en primer lugar, «la tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la entidad [pública] a la que se refiere el art. 172 CC», cabe, como excepción, proceder «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».

Los anuncios de los necesarios cambios legislativos han sido reiterados, pero hasta el momento no se han materializado. El Anteproyecto de Ley de actualización de la legislación de protección a la infancia, examinado por el Consejo de Ministros el 8 de julio de 2011,¹¹ decayó por disolución del Parlamento sin ni siquiera convertirse en proyecto de ley y sin que se haya propuesto otra iniciativa mínimamente articulada y publicada después.

Por otro lado, al igual que la inmigración de los adultos, la de los jóvenes ha puesto en jaque la capacidad de reacción útil de otros sectores de la legislación tan o más obsoletos. El del derecho internacional privado recogido en el título preliminar del Código Civil es, sin duda, uno de los principales. Se imponen cambios para que la norma siga pudiendo aprehender las cada vez más y más complejas realidades con elemento de extranjería.

Es obsoleto por estar anclado todavía al criterio de la ley nacional, más propio de países de emigrantes que de sociedades de acogida.¹² Piénsese, en primera instancia, que, cuando el artículo 9.6 CC dispone que «las instituciones de protección del incapaz se regularán por la ley nacional de éste», está declarando aplicables las medidas de protección que dispongan las normas de protección de menores del país del que es nacional el menor, aunque éste se encuentre en España. Por sí misma esta norma impediría entonces que se aplicara la tutela administrativa a los menores extranjeros si, como parece lógico suponer, no se prevé en su ordenamiento personal.

11. <http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Enlaces/08072011-enlaceinfancia.htm>.

12. Aguilar Benítez de Lugo, M., «Comentarios al artículo 9 del Código Civil» en Albaladejo, M., y Díaz, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, 1995.

En efecto, la remisión a la legislación de procedencia del extranjero se convierte en impracticable cuando los operadores jurídicos tienen que aplicar los múltiples ordenamientos en función de las diversas procedencias. Es cierto que la inmigración juvenil proviene de un abanico de países más o menos amplio pero acotado a unos cuantos africanos, y que es mayoritaria la que procede de Marruecos, de modo que, en este sentido, su conocimiento puede ser ventajoso para encontrar soluciones puntuales, pero no como regla general.

Hay que tener en cuenta que el derecho extranjero debe ser sometido a un proceso de prueba para acreditar su contenido y vigencia por quien lo alegue, tal como exige el artículo 12.6 CC, sin perjuicio de que el propio juez pueda valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación (art. 281.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).¹³ Y, además, no puede pasarse por alto la peculiaridad de que no siempre la nacionalidad es conocida por las autoridades españolas, pues en ocasiones los menores la ocultan deliberadamente con la finalidad de dilatar o dificultar una eventual repatriación y permanecer en España.

Por lo que en la práctica se impone la solución de la aplicación de la legislación española de protección de menores que acabamos de comentar. En unos casos sobre la base de que el propio artículo 9.10 CC prevé que se considere «como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieren indeterminada, la ley del lugar de su residencia habitual» (prescindiendo ahora de los problemas de que su permanencia en España pueda considerarse residencia habitual a estos efectos). En otros casos, la solución hay que encontrarla recurriendo a la lógica de la autoridad competente.¹⁴ Así, los artículos 22.3 y 22.5 LOPJM habilitarían a las autoridades españolas para adoptar un tipo de medidas respecto de los menores que se encuentren en España (al menos las de carácter provisional o de mero aseguramiento, entre las que cabría incluir, no sin forzar el precepto, la tutela administrativa).¹⁵

13. En fase inicial de reforma, después de que el 31 de octubre de 2013 el Consejo de Ministros examinara el Informe del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria. *Vid.* <http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Enlaces/311013EnlaceJusticia.htm>.

14. Arenas García, R., «Dimensión internacional de la tutela por ministerio de la ley», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1997, pp. 40-42.

15. Fernández Masía, E., «Las entidades públicas y la protección de los menores extranjeros», *Actualidad Civil*, núm. 2, 1998, p. 435.

Todas las anteriores deficiencias sólo podrían ser contempladas a la luz del párrafo tercero del artículo 9.6 CC, cuando concluye que «será aplicable la ley española para tomar las medidas de carácter protector respecto de menores o incapaces abandonados que se hallan en territorio español». Y ello si identificamos el abandono al que se refiere con el desamparo que genera automáticamente la tutela administrativa que alude el artículo 172. 1 CC.

Finalmente, hay que tener también en cuenta que el Tribunal Constitucional calificó el estatuto personal de los menores como una «norma de orden público» (Sentencia del Tribunal Constitucional [STC] 141/2002, fundamento jurídico [FJ] 5), de la que forma parte todo este entramado de normas que teje la red de protección de los menores. Nos hallamos, entonces, ante una de esas normas imperativas de orden público que, conforme a la catalogación tipificada en su momento por Savigny, consagra valores esenciales del sistema constitucional.¹⁶

Todo indica, en fin, que los futuros cambios legislativos no incidirán en las cuestiones jurídicas sobre las que se ocupa el fondo de este estudio. En efecto, lo importante es retener que la regulación de la inmigración juvenil responde a un modelo de indudable cariz protector. A la luz de los datos, sin duda: el número de repatriaciones no llega ni a la categoría de simbólico.¹⁷ Pero también en el plano meramente legal: tanto la repatriación del menor como su permanencia en España se configuran como decisiones administrativas al servicio del superior interés del menor, alejadas de la lógica de control puramente policial de la inmigración irregular, en que prima el propio interés del Estado.

16. Espinar Vicente, J. M.^a, *Teoría general de Derecho internacional privado*, Madrid, 2000, pp. 93 y 169.

17. Sólo en contadas ocasiones se produce la repatriación del menor concebida por la ley como solución preferente. Hasta el punto de que, en aquellos años de los que disponemos de datos oficiales, no se ha alcanzado ni el 1% de repatriaciones respecto del total de menores tutelados por las administraciones. *Vid.* Ruiz Legazpi, A., *La expulsión de menores extranjeros: límites constitucionales*, Madrid, 2011, pp. 3-29.

2. El defectuoso reparto competencial en materia de inmigración juvenil

El panorama legal que acabamos de describir trasluce un enfoque competencial muy deficitario y confuso. Sin una clara diferenciación de títulos competenciales y una clara confluencia de la actuación del Estado y la de las comunidades autónomas predeterminada por la aplicación simultánea de la legislación de extranjería (art. 35 LE) y de la legislación de protección de menores (LOPJM) a la que aquélla se remite expresamente.

En efecto, el artículo 35.5 LE dispone que « (...) la *Administración del Estado* resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen (...)» o se refiere, en su primer inciso a que «La *Administración del Estado* solicitará informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen con carácter previo a la decisión relativa a la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación». Se trata, claro, de una doble reserva competencial a favor del Estado en relación con la repatriación del menor: iniciarlo y, sobre todo, concluirlo. Esto es, decidir sobre si se repatriará al menor o no.

A su vez, el mismo artículo 35.5 LE introduce una cláusula de apertura a la participación autonómica en dicho procedimiento de repatriación. Así, el «previo informe de los *servicios de protección de menores* y del Ministerio Fiscal», en el buen entendido de que los servicios de protección de menores a los que la legislación se refiere son las entidades públicas de protección autonómicas.¹⁸ Por más que estemos ante un informe que, de acuerdo con las reglas generales del procedimiento administrativo, no es vinculante (art. 83.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de aplicación supletoria según la disposición final 19ª de la misma ley). Como tampoco adquieren un rol determinante a través de su mera capacidad de propuesta recogida en el artículo 35.7 LE, cuando dispone «*A instancia del organismo*

18. Disposición final 22ª LOPJM: «Las entidades públicas mencionadas en esta Ley son las designadas por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla, de acuerdo con sus respectivas normas de organización».

que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno (...) se otorgará al menor una autorización de residencia».

La imbricación de las responsabilidades autonómicas y estatales es evidentemente asumida, por lo demás, por la propia legislación de extranjería. De modo que se contemplan, desde los acuerdos *entre comunidades autónomas* en materia de tutela y custodia de menores (35.12 LE), hasta convenios *entre el Estado y las comunidades autónomas* en esa misma materia (art. 35.11 LE). Sin olvidar la previsión de que se puedan establecer, por parte de las *comunidades autónomas*, *acuerdos con los países de origen* dirigidos a procurar la atención e integración social de los menores en su entorno de procedencia (art. 35.2 LE). Complementaria, a su vez, del mandato dirigido al Gobierno para que promueva el establecimiento de los acuerdos con los países de origen que contemplen, entre otras cuestiones, el retorno de los menores, exigiendo además que las *comunidades autónomas sean expresamente informadas* de tales acuerdos (art. 35.1 LE).

Si nos fijamos en la habilitación competencial, repararemos en que la inmensa mayoría de los artículos de la Ley de Extranjería son dictados en virtud de las competencias exclusivas del Estado consagradas en los artículos 149.1.1ª y 2ª de la Constitución (disposición final 2ª de la Ley Orgánica 2/2009).

De la difícil tentación de invocar el artículo 149.1.1ª CE, que como es sabido, habilita al Estado para regular «las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales», se tiende a recelar, especialmente cuando va acompañado de un título que tiene visos de ser más específico y, por tanto, preferente, de acuerdo con la reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Se ha llegado a afirmar que el recurso al artículo 149.1.1ª CE responde a la «pereza intelectual» del legislador para emplearse a fondo en buscar un título específico más apropiado, pero probablemente estamos ante la siempre criticable técnica legislativa de utilizar esta competencia como comodín o *ad cautelam*.¹⁹

19. En palabras y opinión de Barnes, J., *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1ª*, Barcelona, 2004, p. 158.

Sin perjuicio de que el título –«condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles»– no parece muy apropiado tratándose de una norma que, por lo demás, disciplina el régimen de extranjería. No porque la mención a los españoles sea en modo alguno determinante²⁰ sino porque es dudoso que el artículo 149.1.1ª habilite al Estado para regular condiciones referidas a los extranjeros distintas de aquéllas para las que ya le habilita el artículo 149.1.2ª cuando habla de «inmigración, (...), extranjería». Dicho de otra manera, el Estado es competente (veremos con qué alcance) para fijar un régimen unitario de extranjería y las condiciones (no sólo básicas) de ejercicio de los derechos de los extranjeros..., «pero no puede alegar como fuente de ulteriores competencias en la materia un precepto que patentemente obedece a una finalidad distinta, en cuanto pretende evitar diferencias considerables en el ejercicio de los derechos fundamentales entre ciudadanos españoles que residen en diferentes Comunidades Autónomas».²¹ El artículo 149.1.1ª CE, en suma, escapa en realidad a la lógica del criterio de reparto competencial bases-desarrollo, por lo que no puede entenderse como un título atributivo de la facultad de establecer bases, así como, por otro lado, ha sido superado como apelación constitucional a un trato igual en virtud de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.²² Sin perjuicio, en todo caso, de su virtualidad para habilitar «condiciones básicas» del ejercicio de los derechos de los que igualmente sean titulares los extranjeros y a las que alude, como decimos, este título competencial.

La mejor prueba de todo ello es que estamos ante un título difuso y completamente fungible. Difuso porque su invocación se hace de modo genérico (al alimón con el art. 149.1.2ª CE, sin precisar ni matizar los preceptos cubiertos por uno u otro: disposición final Ley Orgánica 2/2009). Fungible porque, en una misma Ley, se prescinde o se recurre a él sin que medie explicación o motivación aparente. En efecto, el artículo 149.1.1ª CE fue esgrimido en las

20. Pues, tratándose de derechos fundamentales (y al menos en cuanto al reconocimiento de su titularidad), la dición literal del precepto refiriéndose sólo a *españoles* no es concluyente para su reconocimiento o no a los extranjeros (STC 94/193, FJ 2). De la misma opinión es Díez Bueso, L., «El marco competencial», en Pomed Sánchez, L., y Velasco Caballero, F. (eds.), *Ciudadanía e inmigración. Monografía de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, 2003, p. 196.

21. Santolaya Machetti, P., «Disposición final», en Santolaya Machetti, P. (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Valladolid, 2002 (2ª ed.).

22. Montilla Martos, J. A., «Las funciones y competencias de las CCAA en inmigración», en Aja, E., Montilla, J. A., y Roig, E. (coords.), *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Valencia, 2006, p. 37.

reformas operadas por la Ley Orgánica 8/2000 y por la Ley Orgánica 2/2009, pero no así en la original Ley Orgánica 4/2000.²³

En cuanto al artículo 149.1.2ª CE, lo primero que llama la atención es que se recurra a la competencia exclusiva del Estado sobre «nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo» para dictar una regulación que, como la del artículo 35 de la Ley de Extranjería, se basa en la protección del menor.

No podemos olvidar que tanto la repatriación del menor como su residencia tutelada tienen un marcado sesgo protector. Como hemos explicado, la finalidad de la repatriación es la inmediata reagrupación del menor con su familia, o bien la integración social del menor en su entorno para hacer posible dicha reagrupación. Comporta un alejamiento, pero, en ningún caso, la finalidad de la repatriación sería el simple alejamiento del territorio nacional con el espíritu policial característico del control migratorio.

Sabemos que la decisión de la repatriación del menor obedece a la necesidad de satisfacer su interés superior garantizando su vida y crecimiento en familia, al margen de cuál sea el interés concreto del Estado por controlar la presencia de extranjeros en su territorio. Toda vez que el sistema de protección de menores previsto en la legislación específica es de aplicación a cualquier menor que se encuentre en España, con independencia de su nacionalidad (art. 10.3 LOPJM), tal como asume expresamente el artículo 35.11 LE.

De modo que cabe legítimamente preguntarse si es posible que la repatriación del menor forme parte de la materia de «inmigración» recogida en el artículo 149.1.2ª CE o si, por el contrario, estamos más propiamente ante una cuestión estricta de protección de menores incluida en la materia «asistencia social» que desde el artículo 148.1. 20ª CE se abrió a las comunidades autónomas, y que éstas han ido precisando en sus respectivos estatutos de autonomía.

23. Que tampoco fue un prodigio técnico legislativo, pues en puridad sólo cuatro artículos contaban con habilitación constitucional expresa: art. 149.1.2ª CE.

Adicionalmente, resulta ilustrativo acudir al fundamento constitucional esgrimido en la legislación de protección de menores. Así, el apartado tercero de la disposición final 21ª de la LOPJM incluye en su cláusula residual la tutela administrativa en situación de desamparo, que funciona como espina dorsal de la protección de los menores inmigrantes. En su virtud, hay que considerarla dictada en ejercicio de la competencia exclusiva de «legislación civil», que el artículo 149.1.8ª CE otorga al Estado «sin perjuicio de las [competencias de] las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan», tal como reconoce la propia Ley de Protección Jurídica del Menor, cuando, a reglón seguido, matiza que la materia que nos incumbe «se aplicará sin perjuicio de la normativa que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho Civil, Foral o Especial».

Y todo ello haciendo abstracción de la tentación latente tanto en la legislación de extranjería (disposición final cuarta LE) como en la legislación de protección de menores (apartado 2, disposición final 21ª) de usar la reserva a favor de ley orgánica establecida por el artículo 81.1 CE para aquéllas de «desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas». La consolidada jurisprudencia constitucional sobre la distinta naturaleza jurídica de la reserva de ley y las reglas de competencia (STC 137/1986, FJ 3; o STC 173/1998, FJ 7) impide considerar este criterio como un válido instrumento de distribución competencial. Si la reserva de ley orgánica no sirve para atribuir al Estado más o distintas competencias de las que le corresponden en virtud del artículo 149 CE (ya en exclusiva –art. 149.1.CE–, ya por el juego de las demás cláusulas del sistema –art. 149.2 y 3 CE–), hay que buscar en ellas el eventual sustento de la competencia del Estado para regular estas materias, sin perjuicio de que, al hacerlo, deba acudir a este singular tipo normativo.

Algo que, por cierto, no hace. La regulación de la inmigración juvenil del artículo 35 LE, en efecto, aparece desprovista del carácter orgánico con que la disposición final 4ª de la ley califica otros preceptos que, como algunos aspectos que nos preocupan relativos a los menores, sí deberían gozar de esta naturaleza. Se trata básicamente del procedimiento para determinar la edad de los extranjeros de cuya minoría de edad se duda (art. 35.3 LE) y de algunas reglas relativas a la ejecución material de la repatriación (art. 35.5 LE). Y ello porque la realización de las pruebas médicas que contempla la primera supone una afectación a la integridad física (art. 15 CE) y porque la ejecución

de una repatriación puede afectar tanto a la libertad personal (art. 17 CE) como a la integridad física si requiere cierta compulsión personal (art. 15 CE).

Por otra parte, la regulación de la inmigración juvenil está sembrada de referencias a «relaciones internacionales» que evocan, aun sin mención legal, a la competencia exclusiva en esa materia que se reserva al Estado en el artículo 149.1.3ª CE.

Piénsese en la necesidad de localizar a los familiares en el país en el que se encuentren antes de reagrupar con ellos al menor, a cuyos efectos el artículo 35.5 LE comienza estableciendo que «La Administración del Estado solicitará informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen con carácter previo a la decisión relativa a la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación».

Y ello está en sintonía con lo dispuesto en el artículo 35.1 LE, cuando manda al Gobierno (de la nación, hay que entender) que promueva «el establecimiento de Acuerdos de colaboración con los países de origen que contemplen, integradamente, la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de los menores no acompañados». Exigiéndose además que «Las *Comunidades Autónomas* [sean] (...) informadas de tales Acuerdos». Sin olvidar que, a su vez, el artículo 35.2 LE admite que las *comunidades autónomas* puedan «establecer acuerdos con los países de origen dirigidos a procurar que la atención e integración social de los menores se realice en su entorno de procedencia». Añadiendo que «Tales acuerdos deberán asegurar debidamente la protección del interés de los menores y contemplarán mecanismos para un adecuado seguimiento por las Comunidades Autónomas de la situación de los mismos».

3. El correcto enfoque competencial: «inmigración», «legislación civil» y «asistencia social». Breve consideración a las «relaciones internacionales» y las «condiciones básicas»

Un análisis preciso de la distribución constitucional de competencias no puede situarse en el plano legal, sino que ha de superarlo y adoptar el prisma constitucional. Si en este estudio se parte de la legalidad vigente, es sólo como referencia para detectar mejor las cuestiones controvertidas. En efecto, hay que evitar incurrir en el fallo de interpretar la Constitución desde la ley.

Al contrario, en esta investigación se propone un planteamiento genuinamente constitucional de las posibilidades competenciales del Estado y las comunidades autónomas en la regulación y gestión de la inmigración juvenil, con la finalidad manifiesta de ofrecer un marco técnico apropiado que ayude a solucionar los problemas detectados en la realidad.

De lo analizado hasta el momento se desprende que el enfoque competencial más apropiado gira en torno a cuatro títulos competenciales, dos accesorios y dos principales (de los que, finalmente seleccionaremos los dos realmente decisivos).

Breve consideración a las «relaciones internacionales» y las «condiciones básicas»

Los *títulos competenciales accesorios* son el artículo 149.1.1ª CE y el artículo 149.1.3ª CE. Al menos inicialmente, por tanto, y sin perjuicio de puntuales alusiones, serán excluidos de nuestro estudio. Las razones son las siguientes.

a) Las «*condiciones básicas*» en garantía de la «*igualdad de todos los españoles*»

Como ya hemos manifestado, el sentido, alcance y finalidad de las «condiciones básicas» que como competencia se reconoce al Estado en garantía «de la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos» en el artículo 149.1.1ª CE escapan a la lógica de la inmigración. No es posible,

entonces, invocarla como fundamento constitucional de nuevas pretendidas competencias en inmigración cuando es un precepto que, evidentemente, responde a otra finalidad, puesto que persigue evitar diferencias considerables en el ejercicio de los derechos fundamentales (tanto por españoles como por extranjeros: ésa no es la cuestión para el precepto que comentamos) en función de la comunidad autónoma en la que residan. Esta apelación al trato igual ha sido delimitada por una progresiva y abundante jurisprudencia constitucional que no hace sino confirmar lo que decimos (por todas, STC 164/2001, FJ 5; STC 61/1997, FJ 7).²⁴

Del mismo modo que el Tribunal Constitucional ha insistido en configurarlo como un título autónomo, recortando sus posibilidades de expansión como un título de alcance horizontal y negando que tenga un carácter residual (STC 152/1988, FJ 2; STC 146/1986, FJ 4). Su valor pretendidamente complementario, adicional o de refuerzo de otras eventuales competencias estatales es evidente, pues cuando el Tribunal lo ha conectado con algún derecho constitucional lo ha hecho como complemento a alguna otra regla más específica del artículo 149.1 CE (como la protección de la salud del art. 43 CE, la competencia para regular bases y coordinación general de la sanidad del art. 149.1.16^a CE, o la libertad de información del art. 20 CE en relación con la normativa básica que al Estado le reserva el art. 149.1.27^a CE en materia de medios de comunicación social).²⁵

Además, la regla jurisprudencial de la preferencia de la competencia especial sobre la general juega a favor de esta tesis. Como es sabido, suele reconocerse la condición de título general a aquellos con notoria fuerza expansiva («títulos materiales que cruzan horizontalmente todas las materias»), de manera que una interpretación tolerante de éstos pervertiría las reglas constitucionales de distribución de competencias.²⁶ Entre estos títulos, sin duda, se encuentra el artículo 149.1.1^a, junto con otros como «las relaciones internacionales» del artículo 149.1.3^a; el «comercio exterior» del artículo 149.1.10^a; o las «bases y coordinación de la planificación general» de la economía del artículo 149.1.13^a. Así, si la materia de inmigración juvenil puede situarse en la órbita

24. *Vid. supra* nota 22.

25. Fernández Farreres, G. *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Madrid, 2005, p. 189.

26. Tornos Mas, J., en Aja, E. (dir.), *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1985, p. 130.

de algún título competencial más específicamente apropiado, debe preferirse este último, y, por tanto, por él debe empezarse el estudio. En efecto, este criterio, aplicado de manera muy significativa en la STC 71/1982 (FJ 6), ha sido frecuentemente reiterado desde entonces como criterio de resolución habitual de conflictos de competencias (SSTC 24/1985, 87/1985, 102/1985, 87/1987, 48/1988, 153/1989, 102/1995, 188/2001).²⁷

Todo ello sin perjuicio de que pueda reconocerse cierta relatividad del criterio y se admitan algunas oscilaciones al respecto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 197/1996, FJ 4). En este sentido, nos limitamos ahora a subrayar que el superior intérprete de la Constitución ha tendido a negar carácter absoluto a esta regla competencial. Y en ocasiones ha llegado incluso a relativizarlo, determinando el título general prevalente a través de consideraciones de otra índole, como puede ser la importancia del sector en el conjunto de la actividad económica (SSTC 223/2000 y 98/2001).

En este orden de ideas, resulta decisiva la conexión que efectúa la STC 227/1988 entre el artículo 149.1.1ª CE y otro título competencial más específico, la «legislación civil» del artículo 149.1.8ª, que también concierne a este trabajo. En su FJ 14, en efecto, no reconoce expresamente la condición de prevalente del título más específico. Al contrario, refuerza la competencia del Estado para regular el dominio público hidráulico poniendo la «legislación civil» en pie de igualdad argumentativa con las «condiciones básicas». Por más que el primero fuera título suficiente.

(...) aquella forma de afectación general al dominio público mediante ley de todo un género de bienes definidos por sus características naturales compete en exclusiva al Estado, y ello tanto porque se debe entender incluida en el concepto material de legislación civil, a que se refiere el art. 149.1.8.ª de la Constitución, como porque atañe a las condiciones básicas o posiciones jurídicas fundamentales de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, respecto de los que el Estado debe garantizar la igualdad sustancial, mediante su propia regulación, de acuerdo con el art. 149.1.1.ª de la Constitución. Por estricto que sea el alcance de este último precepto, es fácil advertir que la igualdad sustancial de todos los españoles en el ejercicio del derecho constitucional de propiedad quedaría quebrantada si la zona marítimo-terrestre, las playas, las aguas continentales u otros tipos de bienes naturales semejantes pudieran ser o no objeto de apropiación privada en las distintas zonas del territorio del Estado.

27. Fernández Farreres, G., *La contribución...*, *op. cit.*, p. 173.

b) Las «*relaciones internacionales*»

En su condición de título horizontal, muchas de las anteriores consideraciones son igualmente predicables de las «*relaciones internacionales*» que artículo 149.1.3ª CE reconoce en exclusiva al Estado. Así, el Tribunal Constitucional ha terminado por evitar realizar una lectura de este artículo susceptible de convertirlo en un título horizontal. Al contrario, pese a sus primeros pronunciamientos (por todas, STC 137/1989), apuesta por una lectura material para reconocer a las comunidades autónomas la posibilidad de desplegar una actividad de proyección exterior, internacional (STC 165/1994, FJ 5).

De modo que, sobre la idea de la proyección exterior del ejercicio de una competencia propia, se admite a las comunidades autónomas ejercer en el ámbito internacional aquellas competencias que les corresponden constitucionalmente, con el sentido y alcance que admite el propio Tribunal. A su juicio, la reserva de las relaciones internacionales al Estado debe interpretarse en el sentido de que lo que le corresponde en exclusiva al Estado es toda actuación como sujeto de derecho internacional: el *ius contrahendi* (STC 137/1989, FJ 5). Y así lo ha corroborado la STC 31/2010, de 28 de junio (FJ 126), al avalar la competencia autonómica de la Generalitat de Cataluña para «suscribir acuerdos de colaboración con proyección exterior (...) en el ámbito de sus competencias (...) sin que dicha facultad implique el ejercicio de un *ius contrahendi*».

La cuestión que debe dilucidarse en el ámbito internacional se reduce a dos operaciones: identificar si la materia sobre la que se actúa recae bajo la competencia autonómica y apreciar si la actuación compromete el *ius contrahendi* del Estado.

En relación con esta segunda cuestión, resulta de interés el análisis legal desde la perspectiva constitucional de distribución de competencias, pues recordemos que el artículo 35.2 de la LE establece que «Las Comunidades Autónomas podrán establecer acuerdos con los países (...)». Si se quiere salvar la constitucionalidad de este precepto, que, por otro lado, no ha sido cuestionada,²⁸ hay que interpretar que los «acuerdos con los países de ori-

28. Salvo fugazmente, en el debate parlamentario de la ley en Comisión, donde se agotó sin que trascendiera al Pleno: *Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados*, núm. 395, de 26 de octubre de 2009, p. 5, y núm. 118, de 29 de octubre de 2009, respectivamente.

gen» a los que se refiere el artículo 35.2 LE no son *acuerdos internacionales* en el sentido propio del término (a efectos de *ius contrahendi*) y que, en lugar de regirse por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se regirían por el derecho interno. Lo que no deja de ser un tanto forzado, a la vista de que el propio legislador no suministra argumentos interpretativos como hubiera sucedido si, por ejemplo, hubiera diferenciado estos acuerdos de las comunidades autónomas con los países de origen (art. 35.2 LE) de los «acuerdos de colaboración con los países de origen» con el Estado a los que llama así (art. 35.1 LE), en lugar de acuerdos internacionales, como hubiera sido deseable.

Por lo que atañe a la identificación de la materia sobre la que versa la actuación internacional y la titularidad de la competencia, lo cierto es que el artículo 149.1.3ª CE es puramente accesorio. En relación con la inmigración juvenil, el debate será si estamos ante un asunto de *protección de menores* sobre el que las comunidades autónomas puedan actuar (art. 148.1.20ª CE) y si habría algún espacio de intervención normativa para el Estado a través de la cláusula de «legislación civil» (art. 149.1.8ª CE). O si, por el contrario, la cuestión recae en la materia principal de «inmigración» (art. 149.1.2ª CE), y, en este sentido, si corresponde al Estado o cabe alguna participación de las comunidades autónomas a través de otros títulos en los que pueda confluír la materia dada su amplitud.²⁹

29. Fernández Alles, J. J., «Las competencias sobre inmigración en la jurisprudencia constitucional: del mito de la exclusividad a las relaciones intergubernamentales», en *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España. II Jornadas italo-españolas de Justicia Constitucional*, Valencia, 2005, en especial pp. 472 y ss.

III

**La competencia exclusiva del Estado
en materia de inmigración**

1. La competencia exclusiva del Estado en materia de inmigración

Antes de que hubiera jurisprudencia constitucional al respecto, la doctrina coincidía en rechazar una lectura del título competencial «inmigración (y extranjería» que el artículo 149.1.2ª CE reconoce al Estado con la que se pudiera dar cobertura a cualquier actuación de los poderes públicos cuyos destinatarios fueran los ciudadanos extranjeros o inmigrantes.³⁰

En opinión casi unánime se tendía a evitar una comprensión de este tipo, a contener su fuerza expansiva como título horizontal.³¹ En efecto, una interpretación así sería incoherente con los propios principios constitucionales en materia de extranjería y con las propias reglas de distribución competencial, de modo que los expertos comenzaron a reconstruir una delimitación del alcance de esta competencia exclusiva por analogía con la emanada del Tribunal Constitucional en otros ámbitos inicialmente exclusivos del Estado, como, singularmente, el de las relaciones internacionales del artículo 149.1.3ª CE (al que ya hemos hecho referencia) y la Administración de Justicia (art. 149.1.5ª CE, que no fue un obstáculo para que se admitiera la competencia autonómica en la administración no jurisdiccional, es decir, en la famosa «administración de la Administración de Justicia» –SSTC 56/1990 y 104/2000–).³²

Así, se venía aceptando pacíficamente que, en virtud del artículo 149.1.2ª CE, lo que se reserva al Estado es la competencia sobre el llamado *núcleo duro* de la inmigración. Este reducto nuclear de la inmigración no es sino el conocido como *contenido tradicional* del derecho de extranjería. Esto es, todas aquellas cuestiones relativas a la situación jurídico-administrativa del

30. Vid. Fernández Alles, J. J., *op. cit.*, pp. 472 y ss.

31. Roig, E., «Autonomía e inmigración: competencias y participación de las Comunidades Autónomas y de los Entes Locales en materia de inmigración», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 14, 2002, p. 203.

32. Montilla Martos, J. A., y Vidal Fueyo, C., *Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 2007, p. 13; y, antes, Montilla Martos, J. A., «El fenómeno de la inmigración en España en el Estado Autonómico», en VVAA, *El Estado autonómico: integración, solidaridad y diversidad*, Madrid, 2005, pp. 391 y ss.

inmigrante o, más gráficamente, las decisiones que afectan a la entrada, salida y permanencia de extranjeros, aspectos todos ellos que están al servicio de la política de control de flujos migratorios.³³

Desde luego, es difícil discutir que esta última es la interpretación constitucional más plausible del artículo 149.1.2ª CE. No en vano hay que recordar que, en el momento constituyente, la inmigración era un fenómeno prácticamente desconocido en España, de modo que, en aquel entonces, lo único que podía preocupar a los poderes públicos era el control de la entrada de extranjeros, para lo que, en buena lógica, debía ser competente el Estado.³⁴

Esta lógica constitucional garantiza que el artículo 149.1.2ª CE no se convierta en un título horizontal con tal fuerza de arrastre como para detraer competencias que las comunidades autónomas asumieron estatutariamente en virtud del originario reparto constitucional de competencias y que ahora podría venir distorsionadas si el Estado las asume por el mero hecho de que sus destinatarios no gozan de la ciudadanía española.³⁵ De no ser así, la variable extranjería entrañaría un riesgo evidente en el sistema general de reparto competencial al afectar directamente a ciertas competencias autonómicas, poniéndose en peligro la pervivencia de la competencia frente a la amenaza constante de su vaciamiento.

No hay que olvidar que sólo cuando la inmigración se consolida en nuestra sociedad como fenómeno estructural brota la necesidad de integrar a los inmigrantes en la sociedad en la que se instalan con vocación de permanencia. A partir de este momento la política de inmigración y extranjería no puede agotarse en los aspectos policiales del control más vinculados con

33. Por todos, Montilla Martos, J. A., «Las funciones...», *op. cit.*, p. 29; García Vázquez, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Valencia, 2007, p. 368; y Fernández Alles, J. J., *op. cit.*, p. 471. Opinión compartida por Vidal Fueyo, C., en su obra conjunta Montilla Martos, J. A., y Vidal Fueyo, C., *op. cit.*, pp. 14 y 60.

34. Montilla Martos, J. A., «Las funciones...», *op. cit.*, p. 27. La misma idea que comparte Aja, E., «La política migratoria del Estado como marco de la actividad de las Comunidades Autónomas», en Aja, E., Montilla, J. A., y Roig, E. (coords.), *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Valencia, p. 156, cuando afirma que «La Constitución no contiene normas sobre inmigración (sí sobre extranjería), porque en 1978 no existían inmigrantes en España...». También comparten esta clave histórica, Montilla Martos, J. A., y Vidal Fueyo, C., *op. cit.*, p. 12.

35. Roig, E., «Autonomía e inmigración...», *op. cit.* En el mismo sentido, Díez Bueso, L., *op. cit.*, p. 181.

la soberanía, sino que debe orientarse también hacia la integración de los inmigrantes, en la que confluyen un gran abanico de políticas públicas que, en nuestro sistema, además, correspondían en mayor o menor medida a las comunidades autónomas.

Así, los poderes públicos se percataron pronto de la confluencia, en la regulación de esta dimensión de la inmigración, de competencias que corresponden de modo exclusivo o compartido a las comunidades autónomas: la asistencia social, por supuesto, pero también vivienda, educación o sanidad, por citar algunas de las más relevantes (arts. 148.1.20^a, y 148.1.3^a y 21^a CE). Y ello por mencionar sólo las de ámbito autonómico sobre las que versa este estudio y sin necesidad, por tanto, de descender a las competencias de los entes locales.

Se comprenderá, entonces, la necesidad de preservar las competencias autonómicas en el ámbito en que se desenvuelve la integración social de los inmigrantes y evitar que una interpretación expansiva del artículo 149.1.2^a CE perpetre una inconstitucional alteración de la atribución de competencias.

Tras la doctrina científica, el legislador fue el primero en asumir una interpretación así del alcance del título competencial del artículo 149.1.2^a CE. Incorporado por la Ley Orgánica 2/2009, el artículo 2 bis de la Ley de Extranjería establece que «Corresponde al Gobierno, de conformidad con lo previsto en el artículo 149.1.2^a de la Constitución, la definición, planificación, regulación y desarrollo de la política de inmigración, sin perjuicio de las competencias que puedan ser asumidas por las Comunidades Autónomas y por las Entidades Locales» (la cursiva es nuestra).

Ciertamente, el precepto no está exento de ambigüedades, sobre todo si se pone en conexión con el concepto indefinido de política de integración de los inmigrantes que contempla, probablemente como corrección o prevención al reconocimiento autonómico anterior, el artículo 2 ter de la Ley de Extranjería tras su última reforma. En él, se señala como uno de sus objetivos prioritarios «la integración de los menores extranjeros no acompañados», por cierto, a cuyos efectos articula un mandato de cooperación del Estado con comunidades autónomas y ayuntamientos en torno a un plan estratégico plurianual.

Y todo ello sobre la base de la inadecuada elección del legislador del artículo 149.1.2ª CE como fundamento constitucional que lo sustenta. Pues, como ya dijimos en su momento, al esgrimirlo (junto con el art. 149.1.1ª CE) como único sostén competencial de la legislación de extranjería, puede generar la sospecha de que esté tratando de ir más allá de lo que constitucionalmente es posible. Piénsese en las consecuencias de regular basándose en ese núcleo duro de la inmigración la política de integración a la que se refiere el artículo 2 ter que comentamos. Como asimismo pone de manifiesto la paradoja de que se regule con esa visión constitucional la inmigración juvenil y de que con ello se aleje del paradigma de la protección de menores con el que, como ya hemos analizado, se incorporó a nuestro ordenamiento.³⁶

Sin perjuicio de que algunos autores puedan aceptar que, con la aparición de la integración social de los inmigrantes como finalidad de la política migratoria, se abriera algo el contenido del artículo 149.1.2ª CE para incluirla parcialmente entre las competencias que el precepto asigna al Estado.³⁷ Pues se trataría, en todo caso, de una ampliación reducida a medidas positivas en relación con su situación jurídica que permitieran al Estado, quizá, fijar un estatuto mínimo de los inmigrantes en todo el ámbito, pero con el deber de hacerlo teniendo en cuenta las muy relevantes competencias sectoriales autonómicas.

Por el contrario, redundaría en el riesgo de cambio de paradigma al que aludimos, por ejemplo, que la decisión sobre la repatriación del menor se haga recaer no en los servicios de protección de menores, sino en el órgano administrativo competente para ejecutar el control de los flujos migratorios, con un mandato legal, además, de conceder preferencia a la repatriación. «La Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno a su

36. Es demostrativo que, en la doctrina, se hable de *mimetismo* entre el Reglamento de Extranjería de 1996 y la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor. Por todos, Esteban de la Rosa, G., «Situación jurídica y protección social de los niños extranjeros en España», en Moya Escudero, M. (coord.), *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Granada, 2001, p. 133; y Molina Navarrete, C. F., «Artículo 35. Residencia de menores», en Monereo Pérez, J. L., y Molina Navarrete, C. (dirs.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social (LE 4/200 y RD 557/2011)*, Granada, 2013, p. 537.

37. Roig, E., «Relaciones intergubernamentales en materia de inmigración», en Aja, E., Montilla, J. A., y Roig, E. (coords.), *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Valencia, 2006, p. 80.

país de origen, a aquél donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España» (art. 35.5 LE).

En este sentido, resulta decisivo que, siguiendo la estela doctrinal y (aunque más tímida) legal, el propio Tribunal Constitucional haya corroborado una lectura contenida y prudente del artículo 149.1.2ª CE como título competencial del Estado en materia de inmigración que garantiza que las comunidades autónomas no vean alteradas sus competencias como consecuencia de la presencia la inmigración.³⁸

Lo hizo en la STC 31/2010 (FJ 83). Se discutía en tal ocasión el artículo 138 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC) que bajo la rúbrica «Inmigración» atribuye a la Generalitat una serie de competencias en esa materia.³⁹ De tal modo que el Tribunal Constitucional avaló la legitimidad de la previsión dictando una sentencia interpretativa en este punto. Su razonamiento, en extracto, sería el siguiente:

1. Es evidente que la inmigración es una materia que ha sido reservada con carácter exclusivo al Estado ex art. 149.1.2 CE, de modo que el art. 138.1 EAC sería *clara-*

38. En opinión de Aja, E., *Inmigración y democracia*, Madrid, 2012, p. 180, el Tribunal Constitucional habría desperdiciado la ocasión de clarificar el marco de distribución competencial entre Estado y comunidades autónomas en materia de inmigración. Probablemente es así. Aunque no es función del Tribunal Constitucional la construcción dogmática de teorías constitucionales, lo cierto es que el razonamiento está muy apegado a la solución del problema controvertido concreto y carece de la visión de gran angular que requiere un asunto tan transversal y de tantas aristas como la intervención de los poderes públicos en torno a la inmigración.

39. «Artículo 138 Inmigración.

1. Corresponde a la Generalitat en materia de inmigración: a. La competencia exclusiva en materia de primera acogida de las personas inmigradas, que incluirá las actuaciones socio-sanitarias y de orientación. b. El desarrollo de la política de integración de las personas inmigradas en el marco de sus competencias. c. El establecimiento y la regulación de las medidas necesarias para la integración social y económica de las personas inmigradas y para su participación social. d. El establecimiento por ley de un marco de referencia para la acogida e integración de las personas inmigradas. e. La promoción y la integración de las personas regresadas y la ayuda a las mismas, impulsando las políticas y las medidas pertinentes que faciliten su regreso a Cataluña.

2. Corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña. Esta competencia, que se ejercerá en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros, incluye: a. La tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena. b. La tramitación y la resolución de los recursos presentados con relación a los expedientes a que se refiere la letra a) y la aplicación del régimen de inspección y sanción.

3. Corresponde a la Generalitat la participación en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia para Cataluña y, en particular, la participación preceptiva previa en la determinación del contingente de trabajadores extranjeros a través de los mecanismos previstos en el Título V.»

40 - La distribución competencial en materia de inmigración juvenil

mente inconstitucional si, como parece deducirse de su enunciado, pretendiese atribuir a la Comunidad Autónoma competencias en dicha materia.

2. Lo relevante a la hora de pronunciarse sobre la constitucionalidad del precepto, no es su *rúbrica o la denominación* de la materia o título competencial en cuestión, sino el *alcance material* de las concretas competencias o potestades estatutariamente atribuidas a la Comunidad Autónoma.
3. Sin embargo, el precepto impugnado admite una *interpretación conforme* con la Constitución si se entiende, que las potestades en él recogidas no se traducen en la atribución a la Generalitat de competencia alguna en materia de inmigración.
4. La evolución del *fenómeno inmigratorio en España impide configurar la competencia estatal ex art. 149.1.2 CE como un título horizontal de alcance ilimitado que enerve los títulos competenciales de las Comunidades Autónomas de carácter sectorial* con evidente incidencia en la población migratoria, en relación con la cual han adquirido especial importancia las prestaciones de determinados servicios sociales y las correspondientes políticas públicas (educación, asistencia social, sanidad, vivienda, cultura, etc.).
5. Precisamente en el contexto de la *integración social y económica de la población inmigrante se insertan el conjunto de competencias o potestades, de evidente carácter asistencial y social que el art. 138.1 EAC atribuye a la Generalitat, las cuales en ningún caso puede entenderse que releguen la competencia exclusiva que el Estado ostenta en materia de inmigración.*
6. Es evidente que la competencia en materia de *entrada y residencia de extranjeros* se inscribe en el ámbito de la inmigración y la extranjería, terreno en el que, como alegan los recurrentes, sólo cabe la *competencia exclusiva del Estado*. Ahora bien, el propio art. 138.2 EAC así lo reconoce al condicionar el ejercicio de la competencia ejecutiva autonómica a la coordinación con el Estado, *quien, como titular de la competencia preferente entre las que concurren a la regulación del régimen jurídico de los extranjeros en tanto que inmigrantes, no puede hacer entera abstracción, sin embargo, de competencias sectoriales atribuidas a las Comunidades Autónomas, como es el caso, en lo que importa ahora, de la competencia ejecutiva en materia de legislación laboral.*
7. En otras palabras, si al Estado ha de corresponder, con carácter exclusivo, la competencia en cuya virtud se disciplina el *régimen jurídico que hace del extranjero un inmigrante y atiende a las circunstancias más inmediatamente vinculadas a esa condición, a la Generalitat puede corresponder aquella que, operando sobre el extranjero así cualificado, se refiere estrictamente a su condición como trabajador en Cataluña.*

En el mismo sentido, entonces, que en su día había manifestado la doctrina, el Tribunal Constitucional identifica la competencia exclusiva sobre inmigración del Estado ex artículo 149.1.2^a CE con el estatuto jurídico del inmigrante y las cuestiones relativas a la entrada, salida y residencia desde la perspectiva del control de los flujos migratorios: el núcleo duro más estrechamente vinculado con el ejercicio de soberanía. A raíz de ello, a pesar de su exponencial fuerza horizontal, la inmigración no puede con-

figurarse como un factor distorsionador de las competencias sectoriales que legítimamente tienen atribuidas las comunidades y cuya titularidad y ejercicio les corresponde sin sufrir alteración basada en su incidencia en inmigrantes.

2. Su alcance (limitado) en materia de inmigración juvenil

Así, identificada la «inmigración» del artículo 149.1.2ª CE con el *núcleo duro de la extranjería*, presupone como interés acogido por la competencia del Estado el control de los flujos migratorios. Sin embargo, sabemos que la regulación de la inmigración juvenil se basa en la protección de los menores y en su principio rector por excelencia: el «superior interés del menor» (art. 3.1 CDN y art. 2 LOPJM), tal como reconoce el artículo 35.5 LE.

A la vista del mandato constitucional de conformidad con el estándar internacional del artículo 39.4 CE, de todo este entramado normativo de protección de los menores se desprende un deber de atención preferente al interés superior del menor.

En confrontación con el interés de control migratorio del artículo 149.1.2ª CE, el interés superior del menor al que obedece su protección, debe prevalecer. Toda vez, además, que como ya hemos avanzado, el estatuto personal de los menores es una «norma de orden público» (STC 141/2002, FJ 5).

Esta es la razón por la que, en última instancia el sistema de protección de menores previsto en la legislación específica es de aplicación a todos los menores que se encuentran en España, con independencia de su nacionalidad (art. 10.3 LOPJM), tal como dispone expresamente el artículo 35.11 LE.

De suerte que dicho artículo 35 LE se limitaría, así, a reconocer alguna especialidad en los instrumentos de protección para el supuesto de que el menor no fuera español: repatriación y residencia tutelada. No puede olvidarse, en este orden de ideas, que cuando se entra en el terreno de las yuxtaposiciones competenciales, el Tribunal Constitucional aplica la regla del sentido y finalidad de la disposición controvertida como criterio para resolver el conflicto competencial. Por todas, por ejemplo, en la STC 236/2012 (FJ 3), en que se ocupa de la Ley catalana de protección del patrimonio de personas con discapacidad, encuadrándola entre las cuestiones tributarias con arreglo a su *sentido y finalidad*. Se trata, en fin, de respetar el criterio del *contenido inherente de la competencia*, que exige un atento análisis de las competen-

cias en juego, apurando el examen de cada una de ellas para resolver los entrecruzamientos como el que parece darse en el ámbito de la inmigración juvenil del que nosotros nos ocupamos.

Nótese, en relación con la doble condición de menor y extranjero de los protagonistas de nuestro cambio de estudio, que, cuando la Ley de Protección Jurídica del Menor invoca el artículo 149.1.2ª CE, lo hace siempre en conexión con otros artículos y referido a aspectos que se alejan del fenómeno de la inmigración juvenil como tal, para centrarse en cuestiones puras de derecho internacional privado e incluso de derecho penal con implicaciones internacionales (retorno de menores en el caso de sustracción internacional de la disposición final 19ª, por ejemplo, o inscripción y otros ítems procesales de la adopción internacional, etc.).

Rectamente entendida, la repatriación de menores que regula en el artículo 35.5 LE no puede ser, entonces, materialmente considerada inmigración, y, por tanto, no puede ser una decisión que corresponda adoptar a la «Administración del Estado (...) previo informe de los servicios de protección de menores» como entiende el artículo 35.7 LE. Esta reflexión es íntegramente trasladable a la decisión sobre la iniciación de un procedimiento de repatriación que corresponde adoptar también a la Administración del Estado, conforme al resultado del informe de las circunstancias familiares previamente solicitado a la representación diplomática, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 35.1. LE.

En este sentido, deben admitirse los problemas que plantea que, en la adopción de la decisión de repatriar a un joven inmigrante, puedan confluir intereses distintos al del superior del menor si la decisión la toma el Estado. Se podría estar favoreciendo una mutación de la repatriación como medida de protección a una repatriación más cercana a la expulsión si la decisión sobre su procedencia la adopta el órgano responsable del control de flujos migratorios.

Es cierto que la Administración estatal, al igual que los demás poderes públicos, está obligada «a primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir» (art. 2 LOPJM), pero también es verdad que no puede desconocerse el peligro de una cierta inercia administrativa en la valoración del interés del control migratorio cuando se encuentre en presencia de un joven extranjero, aunque sea menor de edad. No en

vano, la Administración estatal estará en mejores condiciones de valorar las circunstancias relativas al control de los flujos migratorios que cualquier otra circunstancia que, como el interés del menor, pudiera presentarse en el caso concreto, pues, precisamente, el control, y no la protección de los menores, es su ámbito constitucional de actuación.

Todas estas consideraciones de legalidad en torno a la responsabilidad atribuida a la Administración del Estado en los artículos 35.5 y 35.7 LE son, con todo, secundarias respecto a las de calado constitucional. Ambos preceptos incurren, en consecuencia, en un vicio competencial (de nulidad, según el art. 39.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional), pues se exceden al atribuir al Estado una decisión que no le corresponde en virtud del título esgrimido para hacerlo, esto es, el artículo 149.1.2ª CE.

La decisión sobre la repatriación como competencia ejecutiva le está, por tanto, vedada al Estado en virtud del artículo 149.1.2ª CE, y tampoco puede regularla como mecanismo de protección de menores (recordemos que persigue la reintegración del menor con su familia) en virtud de una competencia policial de control de la inmigración. Tanto la competencia ejecutiva como la legislativa, sobre la repatriación de los menores y sobre su alternativa, la residencia tutelada, no recaen en el ámbito constitucionalmente reservado al Estado con la materia «inmigración». Restará entonces evaluar las eventuales competencias normativas y, en su caso, ejecutivas en virtud de otro de los títulos ya identificados como, singularmente, «legislación civil». Así como es imprescindible precisar la competencia autonómica en materia de protección de menores (art. 149.1.8ª CE) para poder concluir si el Estado cuenta con alguna capacidad, ya sea ejecutiva ya sea legislativa.

IV

**La competencia en materia
de legislación civil**

Como ya avanzamos, la regulación de la tutela por los servicios de protección de menores inmigrantes como alternativa a la repatriación se incluye en la legislación de protección de menores aprobada al amparo del artículo 149.1.8ª CE.

Por ello, se impone analizar la capacidad de este título para avalar que se regule esta residencia de los menores que, aunque en la ley presenta un carácter subsidiario, es, como también dijimos, la opción preferente en la práctica y la que, por tanto, presenta los problemas en la realidad de la gestión pública a los que este trabajo pretende contribuir a solucionar. Teniendo en cuenta además las posibilidades respectivas para que, en su caso, el Estado legisle todo un modelo de protección de los menores como el que se prevé por la legislación de extranjería para cuando se trate de menores inmigrantes y haya que articular medidas de reintegración con su entorno familiar.

1. Una competencia del Estado de geometría variable: derecho civil común y derechos forales o especiales

El artículo 149.1.8ª CE reconoce la competencia exclusiva del Estado en:

Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.

Nos encontramos ante una de las reglas constitucionales de distribución competencial más complejas. Y, además, irregular, o de geometría variable, en el reparto de poderes entre Estado y las comunidades autónomas.

El origen de la dificultad está en la forma en que está redactada, pues parece preservar a favor del Estado una doble reserva («legislación civil»... y «en todo caso») concatenada, cuyo exacto alcance no es fácil de determinar a la vista de la también doblemente consecutiva cautela a favor de las comunidades autónomas («sin perjuicio de» y «con respeto a»).

La regla competencial sería irregular porque, como veremos más adelante, consolida un reparto de poderes en la legislación civil de geometría variable entre las comunidades autónomas con derechos civiles, forales o especiales y aquellas que no disponen de ellos y que se rigen en todo por el llamado derecho civil común.⁴⁰ Téngase en cuenta, además, que unas y otras son imposibles de equiparar,⁴¹ y que los derechos civiles forales o especiales de cada una de las comunidades autónomas tienen sus particularidades y difieren notablemente entre sí.

A su vez, la interpretación jurisprudencial ha sido polémica y ha merecido calificativos desiguales y en cierta manera contradictorios.⁴² Desde quien sostiene que se ha interpretado restrictivamente la competencia estatal en legislación civil⁴³ hasta quienes afirman que las competencias autonómicas han sido interpretadas de modo excesivamente limitado dadas las posibilidades que admitía la Constitución.⁴⁴

40. Roca Trías, E., «El derecho civil catalán en la Constitución de 1978», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 78, 1979, p. 26, aclara que, aunque la Constitución nunca habla de derecho civil común, alude a él claramente. También Lasarte Álvarez, C., *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*, Madrid, 1980, p. 104.

41. Lacruz Berdejo, J. L., *Elementos de Derecho civil*, I, *Parte General del Derecho civil*, vol. I, *Introducción* (ed. revisada por J. Delgado Echevarría), Madrid, 1988, pp. 104 y 105, remarca la idea de que ésta es la única diferencia que necesaria y definitivamente, cualquiera que sea el tiempo transcurrido, se mantendrá entre las distintas comunidades autónomas en el marco de la Constitución de 1978. Y ello porque no se fundamenta, a diferencia de las demás disparidades en techo competencial, en el cauce por el que cada una accedió a su autonomía o a las distintas cotas de autogobierno político que puedan alcanzar, sino en el hecho histórico de la existencia previa, en algunas de ellas, de un derecho civil foral o especial.

42. Con explicación de las raíces históricas de este dispar modo de ver las cosas Bosch Capdevilla, E., «La distribución de competencias en materia de legislación civil: de la Constitución española de 1931 al Estatuto de Cataluña de 2006», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 701, 2007, en especial pp. 1069 a 1077.

43. Barber Cárcamo, R., «Constitución y el Derecho Civil», *Revista de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm. 2, 2004, p. 50.

44. Por todos, Roca Trías, E., «El derecho...», *op. cit.*, p. 26.

Cortafuego al potencial expansivo del artículo 149.1.8ª CE

En general, sí puede convenirse que el Tribunal Constitucional ha secundado una lectura contenida del artículo 149.1.8ª CE para evitar que fuera configurado con la inmensa fuerza atractiva a la que podría dar pie la amplitud con la que se alude a la materia.⁴⁵ En efecto, «el contorno de los grandes sectores sistemáticos del ordenamiento [en referencia a la “legislación mercantil” pero igualmente válida para la civil] no es en modo alguno preciso y la referencia a estos sectores como criterio de delimitación competencial hace depender tal delimitación de la opción que se tome dentro de una polémica doctrinal siempre viva (...)» STC 27/1981.

Así, desde la STC 170/1989 se declinó una interpretación expansiva de la competencia estatal al distinguir entre *regulación* propiamente de una institución civil (en aquel caso se trataba del derecho de tanteo y retracto) y el *establecimiento* por norma autonómica de ese derecho de tanteo y retracto para determinados supuestos a favor de la Administración:⁴⁶

(...) no supone modificación o derogación alguna de la legislación civil, ya que el precepto impugnado se ha limitado únicamente a crear a favor de la administración autonómica un derecho de tanteo y retracto, pero sin establecer, en modo alguno, una *regulación del régimen jurídico* de tales derechos (la cursiva es nuestra).

Cortafuegos a la eventual expansión autonómica

Con no haber convertido al artículo 149.1.8ª CE en un título de arrastre a cualquier materia civil lo cierto es que tampoco puede decirse que el Tribunal Constitucional haya realizado una interpretación restrictiva de la competencia del Estado hasta el punto donde podría llegarse con algunas interpretaciones doctrinales que, sin embargo, fueron abortadas de raíz. Nos referimos a la lectura del precepto constitucional que reduce la competencia del Estado en legislación civil al llamado segundo inciso constitucional, cuando el artículo dispone «*En todo caso*, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de

45. Por todos, Fernández Farreres, G., *La contribución...*, op. cit., p. 178.

46. *Ibíd.*

las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho (...).

Esta equiparación de la «legislación civil» a la que alude en el primer inciso con las materias especificadas en el segundo «en todo caso», probablemente, no resiste la prueba de una rigurosa lectura literal.⁴⁷ Y en todo caso fue descartada por el Tribunal Constitucional desde sus más decisivos pronunciamientos de interpretación del complejo artículo 149.1.8ª CE. Así, tal como ha mantenido hasta en la importante STC 31/2010 (FJ 76), lo que estableció ya en la STC 88/1993 (FJ 1b). A saber:

La ulterior reserva al Estado, por el mismo art. 149.1.8, de determinadas regulaciones «en todo caso» sustraídas a la normación autonómica no puede ser vista, en coherencia con ello, como norma competencial de primer grado que deslinde aquí los ámbitos respectivos que corresponden al Estado y que pueden asumir ciertas Comunidades Autónomas, pues a aquél –vale reiterar– la Constitución le atribuye ya la «legislación civil», sin más posible excepción que la «conservación, modificación y desarrollo» autonómico del Derecho civil especial o foral. El sentido de ésta, por así decir, segunda reserva competencial a favor del Legislador estatal no es otro, pues, que el de delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno, ello sin perjuicio, claro está, de lo que en el último inciso del art. 149.1.8 se disponen en orden a la determinación de las fuentes del Derecho (las cursivas son nuestras).

A pesar de lo cual, tampoco el Tribunal Constitucional ha definido los contornos de la materia «legislación civil» como criterio de asignación constitucional de la competencia a favor del Estado.⁴⁸ En todo momento ha evitado entrar en definiciones generales y abstractas, acerca de lo que debe entenderse por legislación civil (o mercantil o laboral, que son otros criterios de distribución competencial empleados en otros títulos parecidos: art. 149.1.6ª y 7ª CE, respectivamente). Más bien ha ido perfilando su alcance en función de

47. Defendida, sin embargo, por cierta doctrina, especialmente civilista catalana: más recientemente Roca Trias, E. «La competencia en materia de dret civil», *Revista Catalana de Dret Públic. Especial Sentència sobre l'Estatut*, 2010; o Puig Salellas, J. M., «El desenvolupament de la competència legislativa en matèria civil», *L'exercici de les competències sobre Dret civil de Catalunya: (Materials de les Onzenes Jornades de Dret Català a Tossa) 20è Aniversari 1980-2000*, Valencia, 2002. Y que llegó a ser acogida en el voto particular del magistrado Viver Pi-Sunyer a la STC 88/1993, sobre la que volveremos.

48. Se ha llegado a ver, no sin cierta razón, una zona gris, bautizada como «éter civil» situada en la franja o brecha material no atribuida hipotéticamente ni al Estado ni a las comunidades autónomas, como inevitable suelo abonado a la colisión competencial Barrio Gallardo, A., «Condicionamientos materiales del Derecho civil, foral o especial», *Cuadernos Lacruz Berdejo*, núm. 2, 2005, disponible en www.derechoaragones.net/.../document.php?id=336.

cada caso concreto, en ocasiones deslindándolo respecto de otros sectores normativos (administrativo, por ejemplo),⁴⁹ sin afán de agotar cada una de las materias de un modo definitivo (SSTC 14/1986, 88/1986, 62/1991, 264/1993, 284/1993).⁵⁰ Lo que obliga a acudir a la regla del sentido y finalidad de las disposiciones objeto de conflicto competencial (por ejemplo, STC 236/2012, en relación con la legislación civil y la Hacienda general reservada al Estado en el art. 149.1.14ª CE).

49. Barber Cárcamo, R., *op. cit.*, p. 49

50. Fernández Farreres, G., *La contribución...*, *op. cit.*, p. 180.

2. La competencia de legislación civil de (algunas) comunidades autónomas

A propósito de la geometría variable de la legislación civil, es evidente que la Constitución no permite la asunción de competencias en legislación civil a cualquier comunidad autónoma.

Al contrario, sólo prevé la asunción de algunas competencias (y no todas) en relación con la legislación civil a aquellas comunidades autónomas con derechos civiles, forales o especiales. Nos hallamos, pues, ante lo que se ha denominado una «garantía de foralidad civil».⁵¹ En palabras textuales del Alto Tribunal:

El citado precepto constitucional, tras atribuir al Estado competencia exclusiva sobre la «legislación civil», introduce una *garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política*, garantía que no se cifra, pues, en la intangibilidad o suprallegalidad de los Derechos civiles especiales o forales, sino en la previsión de que los Estatutos de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio aquéllos rigieran a la entrada en vigor de la Constitución puedan atribuir a dichas Comunidades competencia para su «conservación, modificación y desarrollo» (la cursiva es nuestra).

Así se ha interpretado el sentido de la expresión constitucional «allí donde existan» en referencia a los derechos civiles, forales o especiales cuya conservación, modificación y desarrollo se reconoce como competencia de las comunidades autónomas en el mismo artículo 149.1.8ª CE. Sólo, por tanto, las comunidades autónomas que contaran ya con un derecho preexistente, con vida propia, esto es, en vigor, en el momento de entrada en vigor de la Constitución, podrían asumir estatutariamente esa competencia.

Se podría pensar que los derechos a los que se refería la Constitución serían los compilados y, por tanto, sólo las comunidades autónomas con su derecho civil compilado y en vigor estaban llamadas a cristalizar estatutariamente tal competencia en legislación civil.

51. A diferencia del precedente histórico de la Constitución republicana de 1931 en que, como explica Lalaguna Domínguez, E., «Derecho civil común de España y Derecho civil propio de las Comunidades Autónomas (I)», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1727, 1994, p. 115, triunfó el *autonomismo* frente al *foralismo* y todos los entes políticamente descentralizados tenían acceso a esta competencia.

Puede convenirse entonces que las comunidades autónomas que al entrar en vigor la Constitución contaban con una compilación de su derecho civil propio entran en el ámbito de los derechos forales. Se trataría de las seis compilaciones que cobraron vigencia entre 1959 y 1973; esto es: Vizcaya y Álava (Ley 42/1959, de 30 de julio), Cataluña (Ley 40/1960, de 21 de julio), Baleares (Ley 5/1961, de 19 de abril), Galicia (Ley 147/1963, de 2 de diciembre), Aragón (Ley 15/1967, de 8 de abril) y Navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo), tal como recogen los respectivos estatutos de autonomía.

Las *compilaciones*, en fin, constituirían el signo indicativo más claro de la existencia del derecho foral vigente, que es premisa y punto de partida de la competencia que en materia de legislación civil atribuye la Constitución a las comunidades autónomas.⁵² Pero no es el único criterio a tener en cuenta para precisar la regla competencial. En efecto, otras comunidades autónomas que ciertamente carecían de derecho civil foral en el momento de promulgarse la Constitución conservaron algunas instituciones civiles de derecho consuetudinario y, sobre su base, pudieron asumir las respectivas competencias para conservar, modificar y desarrollar este derecho civil especial. Fue el caso de Asturias, Murcia y Extremadura (Fuero de Baylio), y así lo reflejan sus respectivos estatutos de autonomía.

El propio Tribunal Constitucional se decantó por una lectura más viva y dinámica, menos anquilosada del sentido de la reserva competencial autonómica que aquella que tiende a equipararla con el derecho foral compilado, hasta el punto de que, basándose en las costumbres preexistentes, llegó a admitir la competencia al respecto de la Comunidad Valenciana.⁵³ En efecto, en la STC 121/1992, 28 de septiembre, sobre arrendamientos históricos valencianos,⁵⁴ dispuso:

52. *Vid.*, sobre estas cuestiones, *idem*, pp. 108-110.

53. Sin engarce constitucional, a juicio de muchos autores: por todos, Bercovitz Rodríguez-Cano, R., «La conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 1, 1993, pp. 30-44.

54. Los votos particulares de los magistrados De la Vega Benayas y Gabaldón López dan cuenta del carácter controvertido de la decisión pues, como se cita en el del primero, «la Comunidad Autónoma Valenciana no posee Derecho civil propio, según se reconoce y admite por todos. Salvo en materia de riegos (huerta de Valencia) y su jurisdicción especial (Tribunal de Aguas), la Comunidad Autónoma Valenciana no tiene legislación civil desde los Decretos de nueva planta de 1707».

El art. 149.1.8ª (...) El amplio enunciado de esta última salvedad («Derechos civiles forales o especiales») permite entender que su remisión alcanza no sólo a aquellos Derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución (FJ 1).

Una doctrina que fue reiterada en sus justos términos muy pronto por la STC 182/1992, de 16 noviembre, sobre arrendamientos rústicos de Galicia (FJ 2), y que pervive en la actualidad.

Tan es así que, por ejemplo, el estatuto de autonomía de Andalucía (EA), comunidad autónoma con poca tradición conocida en especialidades civiles, contiene una referencia clara a su actuación en el ámbito legislativo civil: «5. La Comunidad Autónoma ostenta facultades para incorporar a su legislación aquellas figuras jurídico-privadas que fueran necesarias para el ejercicio de sus competencias, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.6.ª y 8ª de la Constitución» (art. 47.5 EA).

Junto con la interpretación viva y dinámica de los derechos civiles basada en la costumbre, el Tribunal Constitucional ha ampliado el radio de acción de las posibilidades competenciales autonómicas a través de otra lectura evolutiva complementaria. En especial del término *desarrollo* que, junto con la *conservación* y *modificación* son las facultades conferidas por el artículo 149.18ª CE a la acción legislativa autonómica. Mientras estos dos últimos adquieren un significado mucho más acotado o restringido, condicionado y prelimitado por lo ya existente, lo cierto es que la jurisprudencia constitucional confiere un sentido mucho más expansivo y dinámico al *desarrollo*.

Y ello porque, dentro de unos límites, le permite *innovar* y hasta en cierta medida engrosar, a través de la acción sobre *instituciones conexas* tal derecho civil propio. Desde la STC 88/1993, de 12 de marzo (FJ 3) sobre equiparación de hijos adoptivos en Aragón (reiterada de inmediato por la STC 156/1993, de 6 de mayo, sobre la Compilación de Derecho Civil balear, FJ 3):

La Constitución permite, así, que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de «conservación» y «modificación», sino también de una *acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales.* (...)

(...) Sin duda que la noción constitucional de «desarrollo» permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de «modificación». El «desarrollo» de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen *instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral* (todas las cursivas son nuestras).⁵⁵

Esta tendencia interpretativa nutritiva de las competencias autonómicas se ha mantenido hasta la actualidad. También a través del deslinde de materias civiles y administrativa con la que, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha avalado recientemente la competencia autonómica para regular las parejas de hecho: así, en la STC 93/2013, de 23 de abril, sobre Ley Foral para la igualdad jurídica de las parejas estables, donde se reconoció, siguiendo la senda de la STC 236/2000, que Navarra «goza de una amplia libertad de configuración legal» en el ejercicio de su competencia en materia de derecho civil foral.⁵⁶

Un deslinde de materias que, sin embargo, no proyecta sus efectos hacia el resto de las comunidades autónomas que no han podido asumir competencias en legislación civil por no cumplir el requisito constitucional de la preexistencia de un derecho propio. Así, en la STC 81/2013, de 11 de abril, se anulan ciertos aspectos de la regulación madrileña de las parejas de hecho, por constituir relaciones jurídicas entre privados, reservadas en exclusiva al Estado en las comunidades autónomas del, así llamado, derecho civil común.

En opinión de un sector doctrinal, las posibilidades autonómicas han llegado tan lejos que sólo se encuentran con el límite de la competencia incluida en el inciso «en todo caso» del artículo 149.1.8ª CE, que se identificaría como nú-

55. De nuevo hay votos particulares, de los magistrados Pi-Sunyer y González Campos, que discrepan de esta interpretación y advierten de los riesgos de su vis atractiva. Según palabras de este último: «Este criterio de proximidad en los contenidos entre el nuevo Derecho Civil y el ya existente no va acompañado de otras precisiones y, por tanto, aun poseyendo una evidente flexibilidad, deja abiertas no pocas interrogantes. Entre ellas, si la proximidad de la materia regulada con la legislación de desarrollo del Derecho Civil debe ser inmediata o también puede ser mucho más remota».

56. El voto particular del magistrado Aragón Reyes, al que se adhiere Rodríguez Arribas, vuelve a poner de manifiesto las reservas a las interpretaciones expansivas de la competencia autonómica colindante con la legislación civil.

cleo duro de la competencia estatal.⁵⁷ Las reservas sobre la excesiva amplitud del arco competencial autonómico, por último, se han puesto de manifiesto en el mismo Tribunal Constitucional,⁵⁸ aunque no puede decirse exactamente que secunde de un modo abierto esta tesis pues, como se recordará, sigue hablando de una doble y consecutiva reserva estatal en la legislación civil, tal como, por otro lado, critica otra importante corriente científica.⁵⁹

Sin un ámbito competencial claramente delimitado ni entre el Estado y las Comunidades, ni entre los distintos espacios de las diversas comunidades autónomas entre sí, hay que establecer una sistemática. En este trabajo, por tanto, se analizarán, en perspectiva competencial, las posibilidades del Estado en el campo del derecho civil común, y se explorarán las posibilidades, en caso de haberlas, de los derechos civiles propios que, por su contenido *prima facie*, puedan tener incidencia en la distribución competencial de la inmigración juvenil. A saber, por las razones que expondremos de inmediato: Aragón, Navarra y Cataluña (§ IV.5 y 6).

57. Por todos, Barber Cárcamo, R., *op. cit.*, p. 50. Lasarte Álvarez, C., «Art. 149.1.8», en Alzaga Villaamil, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución*, tomo XI, Madrid, 1999, p. 219, precisamente aboga por conferir un sentido más limitado al desarrollo del derecho civil propio constitucionalmente permitido.

58. *Vid.* notas 55 y 56.

59. *Vid.* nota 44.

3. La competencia de legislación civil del Estado: el estado civil y la capacidad de obrar de los menores

Ya sabemos que el Tribunal Constitucional no ha definido los contornos de la materia que bajo la general denominación de «legislación civil» se atribuye al Estado en tal sector del ordenamiento jurídico.

De la interpretación jurisprudencial del artículo 149.1.8ª CE, sí se deduce que no se agotan en el listado incluido en el inciso final «En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial».

Además, también se ha avanzado que el criterio del sentido y finalidad de la disposición legal constituye una regla clave en cualquier análisis de signo competencial. Por lo que si nos atenemos al objeto de nuestro estudio, se deducirá que la regulación de la inmigración juvenil responde a la lógica de la protección de un menor que, como tal, no goza, en términos civiles, de la completa capacidad de obrar.

En efecto, no parece fácilmente subsumible esta regulación bajo alguno de los incisos que el artículo 149.1.8ª CE menciona expresamente como reserva normativa del Estado. Empezando por el final, es evidente que no nos encontramos ante normas que resuelvan conflictos de leyes o que determinen las fuentes del derecho, ni mucho menos ante bases de las obligaciones contractuales o ante la ordenación de los registros e instrumentos públicos, ni tampoco ante una relación jurídico civil relativa a las formas del matrimonio.

En cuanto a si estamos ante un supuesto de aplicación y eficacia de las normas jurídicas, hay que tener en cuenta que esta última atribución constitucional debe entenderse referida a lo que el Código Civil entiende por tal en

la rúbrica de los capítulos II y III del título preliminar del Código Civil,⁶⁰ según ha reconocido el Tribunal Constitucional (STC 74/1989, FJ 4; STC 83/1986). De modo que, de acuerdo con su jurisprudencia, hay que interpretar la competencia estatal sobre aplicación y eficacia de las normas en el sentido de que abarca «todo aquello que se concrete en disciplinar la aplicación de las normas jurídicas *en el tiempo*» (la cursiva es nuestra) (STC 14/1986, FJ 6).

Descartada, entonces, que con esta fórmula se esté reservando al Estado la competencia en exclusiva para fijar reglas en cuanto al ámbito subjetivo de aplicación de las normas (menores y extranjeros) a través de este segundo inciso del artículo 149.1.8ª CE, se impone investigar sobre el alcance general de la competencia «legislación civil» al efecto de cubrir la regulación estatal sobre la inmigración juvenil que en este trabajo estudiamos.

Una interpretación sistemática del artículo 149.1.8ª CE en su reserva al Estado de la competencia en legislación civil nos permite apuntar la solución. En efecto, puesta en conexión con la disposición adicional segunda de la propia Constitución, permite concluir que las restricciones a la capacidad de obrar fruto de la minoría de edad, en cuanto estado civil, son competencia del Estado. Dicho en otras palabras, la materia «estado civil» es una competencia del Estado, al menos en lo que se refiere a su determinación y a los principales efectos que produce.

Debe recordarse que la (minoría de) edad es un estado civil con consecuencias inmediatas sobre la capacidad jurídica de obrar de las personas.⁶¹ Si la mayoría de edad de la persona es el estado civil que le otorga la plena capacidad jurídica de obrar, la limitación de tal capacidad propia de la minoría de edad motiva la imposición de un régimen jurídico de representación legal. Por otro lado, el estado civil se contempla como una cuestión de orden público y necesaria eficacia general que debe salvaguardarse sólo a través de las

60. Lasarte Álvarez, C., «Art. 149.1.8ª», *op. cit.*, p. 217; y Lalaguna Domínguez, E., «Derecho civil común de España y Derecho civil propio de las Comunidades Autónomas (II)», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1728, 1994, cuya función *quasiconstitucional* ha sido destacada por la doctrina: Giorganni, M., *El valor constitucional del Derecho civil*.

61. Sin afán exhaustivo y por citar sólo alguna de las referencias imprescindibles de la dogmática civil: Albaladejo, M., *Compendio de Derecho Civil*, Madrid, 2011 (14ª ed.), p. 41; y Castro Bravo, F., *Derecho civil en España*, tomo I, Madrid, 2008, pp. 68 y 75-76. También, entre otros, Ruiz Rico, J. M., *Manual básico de Derecho civil*, Madrid, 2010, pp. 46-47.

competencias del Estado.⁶² Y, por último, es evidente que, además, afecta de lleno a los protagonistas de la inmigración que analizamos y al régimen previsto para suplir su inicial falta de capacidad de obrar.

En este sentido, hay que concluir que de la interpretación conjunta del artículo 149.1.8ª CE y de su disposición adicional segunda se deduce una reserva implícita a favor del Estado de la competencia en la determinación del estado civil y sus efectos jurídicos más determinantes, como, sin duda, los relativos a la capacidad de obrar. Y ello porque, si no, no se explicaría que la disposición adicional segunda contenga una habilitación constitucional explícita para que se puedan conservar ciertas especialidades, precisamente, en la ampliación de la capacidad de obrar de los menores que prevén ciertos derechos civiles forales o propios.

Ciertamente, no estamos ante una norma que cuente con jurisprudencia constitucional expresa o abundante literatura, pero los autores que la han estudiado coinciden en este extremo,⁶³ e interpretan así la previsión constitucional de que «La declaración de mayoría de edad contenida en el artículo 12 de esta Constitución no perjudica las situaciones amparadas por los derechos forales en el ámbito del Derecho privado» (disposición adicional segunda).

También hay tendencialmente coincidencia en circunscribir esta salvedad constitucional a las especialidades contenidas en los derechos forales aragonés y navarro,⁶⁴ aunque no faltan intentos de extenderlo a Cataluña.⁶⁵

En conclusión, no puede sino convenirse que esta habilitación constitucional para que tales derechos forales conserven sus especialidades en la determinación de la mayoría de edad en cuanto estado civil debe interpretarse, *sensu contrario*, en el sentido de que la Constitución asume implícitamente que se trata de una competencia reservada expresamente al Estado en virtud

62. Castro Bravo, F., *op. cit.*, p. 72.

63. Aláez Corral, B., «Disposición adicional segunda», en Casas Baamonde, M.ª E. *et al.*, *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, Madrid, 2009, p. 2797; y Lasarte Álvarez, C., «Disposición adicional segunda: la ampliación de la capacidad de menores en los derechos forales aragonés y navarro», en Alzaga Villaamil, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución*, tomo XII, Madrid, 1999, p. 613.

64. Vaquer Aloy, A., «Los conceptos de "conservación", "modificación" y "desarrollo" del art. 149.1.8 de la Constitución, su interpretación por el legislador catalán», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 2, 1994, pp. 239 y ss.

65. Aláez Corral, B., *op. cit.*, p. 2802.

de la «legislación civil». Pues, de lo contrario, no haría falta esta habilitación expresa a los derechos forales,⁶⁶ y hubiera bastado con la remisión genérica a su conservación, modificación y desarrollo al amparo del artículo 149.1.8ª CE.

La regla de distribución competencial es, entonces, que la determinación de la mayoría (y su reverso: minoría) en cuanto estado civil determinante de la plena capacidad de obrar, es una competencia que corresponde al Estado en virtud de la materia «legislación civil» prevista en el artículo 149.1.8ª CE. Por ello, se reconoce una regla especial en la disposición adicional segunda en relación con particularidades de determinados derechos civiles para que las mantengan en todos aquellos efectos. Siempre que se trate, por lo demás, de efectos en el ámbito del derecho privado y no en el del público, como matiza expresamente, a su vez, la Constitución.

66. Sobre la disposición adicional segunda como habilitación, *vid.* la lectura de ídem, p. 2803, en que defiende que constituye una autorización a que las comunidades autónomas con derecho civil foral regulen un aspecto como el de la capacidad de ejercicio de los derechos fundamentales que, de no existir tal habilitación, parecería sustraído de su competencia ex art. 81.1 CE y ex art. 149.1.1ª CE.

4. Las especialidades normativas sobre capacidad de menores en el derecho civil aragonés y navarro

La disposición adicional segunda garantiza, como hemos visto, que aquellos derechos civiles forales que tradicionalmente otorgaban o reconocían a los menores de edad un cierto grado de capacidad de obrar, desconocido por el Código Civil y por las restantes compilaciones forales, pudieran mantener esta especialidad si todavía estaba viva en el momento de aprobarse la Constitución.⁶⁷ Nos referimos a Aragón y Navarra.

En el caso de Aragón, su derecho foral reconocía un anticipo de la mayoría de edad de los menores de catorce años en su Compilación, aprobada por Ley 15/1967, de 8 de abril, y vigente en el momento de aprobarse la Constitución.⁶⁸ De modo que los menores de catorce años, en determinados supuestos, no necesitaban complemento de la capacidad de obrar sino que, únicamente en su interés, se preveía una «asistencia» que jurídicamente no es comparable con la representación legal que se requiere en el derecho civil común para suplir la falta de capacidad de obrar de los menores.⁶⁹

Aquellas especialidades atinentes a la capacidad de obrar de los menores contemplada en la Compilación Foral de Aragón se han mantenido en esencia hasta la actualidad gracias a la habilitación constitucional. Con alguna modificación, primero a través de la Ley 3/1985, de 21 de mayo, de modificación de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, que precisó mínimamente ese régimen de asistencia del mayor de catorce

67. Lasarte Álvarez, C., «Disposición adicional segunda...», *op. cit.*, p. 613.

68. Básicamente, su art. 4 atribuía la condición de mayor de edad al menor «que hubiese contraído matrimonio»; su art. 5 reconocía la capacidad del menor de edad que tuviera cumplidos los catorce años «para celebrar por sí toda clase de actos y contratos» con determinados requisitos (la «asistencia») y también contemplaba «la libre administración de todos sus bienes» por parte del mayor de catorce años que, con beneplácito de sus padres o mediando justa causa, viva independiente de ellos.

69. Aláez Corral, B., *op. cit.*, p. 2803; y, con más detalle, Bayerri Losada, B., «El menor de edad de catorce años en el derecho civil de Aragón. Su capacidad de obra», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R., y Martínez Simancas, J. (dirs.), *Derechos civiles de España*, vol. VI, Pamplona, 2000, pp. 3337 y ss.

años y advertía el carácter anulable de los actos celebrados sin dicha asistencia. Y después por medio de la Ley de Aragón 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, que contenía una regulación acabada y completa de la capacidad de las personas por razón de la edad, en que distinguía entre: los menores de catorce años, los menores mayores de catorce y los menores emancipados,⁷⁰ y que, a su vez, mantiene el Código del Derecho Foral de Aragón de 2011,⁷¹ perpetuando hasta la actualidad tales especialidades jurídicas, simbolizadas en su artículo 5.3, en que dispone «La representación legal del menor termina al cumplir los catorce años; desde entonces, su capacidad se completa con la asistencia». Recordemos, en efecto, que si cesa la representación legal a los catorce años es porque al menor que alcanza esta edad se le reconoce capacidad de obrar, aunque sea requiriendo la *asistencia* complementaria de quienes serían sus *representantes* en otro caso (en el del derecho civil común).⁷²

Se cristaliza así, en fin, hasta nuestros días esta singular especialidad foral en relación con la capacidad de obrar y el estado civil determinado por la minoría de edad, que está en el espíritu constitucional de la disposición adicional segunda.

Tal como, en buena lógica, llegó a asumir el Tribunal Constitucional en su célebre STC 154/2002 (FJ 10), cuando, mencionando expresamente la Compilación Foral, aunque buscando sintonía con la regulación civil común, excluyó del régimen de representación el consentimiento del menor a una intervención médica, por tratarse de un acto relativo a la personalidad.

Sin embargo, fuera de este supuesto de capacidad jurídica *iusfundamental*, de ejercicio de derechos fundamentales derivado por el Tribunal Constitucional de los preceptos que los consagran,⁷³ lo cierto es que la especialidad

70. Gálvez Muñoz, L., «Disposición adicional segunda», *La Constitución española de 1978*, Madrid, 2003 (ed. revisada en 2011 por A. González Escudero) disponible en www.congreso.es.

71. Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

72. Lasarte Álvarez, C., «Disposición adicional segunda...», *op. cit.*, p. 614.

73. Aláez Corral, B., *op. cit.*, p. 2802.

foral aragonesa en cuanto a la anticipación de la mayoría de edad y su consiguiente reconocimiento de la capacidad de obrar plena se circunscribe, estrictamente, al ámbito jurídico privado.

La habilitación constitucional es elocuente en este sentido. Sólo salva las especialidades en la capacidad jurídica de obrar privada. Recordemos que literalmente se salvaguardan sólo «las situaciones amparadas por los derechos forales en el ámbito del Derecho privado» (la cursiva es nuestra).

De suerte que, aparte de aplicarse a los menores inmigrantes que puedan tener la vecindad civil aragonesa, con los problemas que veremos más adelante (§ IV.6), lo cierto es que no es posible identificar a priori ninguna competencia autonómica adicional para regular sobre la base de esta especialidad querida ningún aspecto nuclear de la inmigración juvenil de los que hemos analizado, pues evidentemente se desenvuelven en un espacio jurídico público, íntimamente relacionado además con la soberanía del Estado.⁷⁴

Esta observación final es evidentemente extrapolable al caso de Navarra, que, como se recordará, es la otra especialidad foral en el ámbito de la capacidad jurídica de obrar de los menores a la que se refiere la Constitución en su disposición adicional segunda.

También la Compilación Foral navarra vigente en el momento de aprobarse la Constitución reconocía una elevada capacidad de obrar de los menores.⁷⁵ En efecto, la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, o Fuero Nuevo de Navarra, aprobada por Ley 1/1973, de 1 de marzo, atribuía a los menores de catorce años (en un primer momento preconstitucional fue a los doce para las mujeres) amplia capacidad para realizar por sí mismos una serie relevante de actos.⁷⁶ Todavía vigente con las modificaciones incluidas en sucesivas reformas, sigue manteniendo esta especialidad sobre la capacidad jurídica de obrar de los menores, circunscrita, como ya advertíamos, al ámbito jurí-

74. Lasarte Álvarez, C., «Disposición adicional segunda...», *op. cit.*, p. 618, excluye expresamente los ámbitos administrativo, laboral o de seguridad social, por ejemplo.

75. Gálvez Muñoz, L., *op. cit.*

76. Un estudio completo sobre los mismos en Pérez de Ontiveros, C., «Ley 50», en Rubio Torrano, F. (dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo*, Pamplona, 2002, pp. 125-128.

dico privado y, en consecuencia, de poco interés para el objeto sobre el que versa este estudio.⁷⁷

77. En el caso de Navarra sí hay, en cambio, alguna dimensión pública que al menos conviene matizar, aunque agotara sus efectos en el pasado. La disposición final primera de la Ley 1/1973, con la base en la idea de *ley paccionada*, de difícil encaje constitucional, establecía que «para cualquier modificación o alteración de la vigencia total o parcial de la compilación será necesario un nuevo convenio previo con la diputación foral al efecto de su ulterior formalización». Esta especialidad procedimental dio lugar a que el Real Decreto Ley 33/1978, que rebajó la mayoría de edad a los dieciocho años de los españoles para que pudieran votar en el referéndum constitucional, contemplara expresamente la necesidad de contar con un acuerdo navarro. Lo que en efecto se verificó, a través del ulterior Real Decreto Ley 38/1978, de 5 de diciembre. *Vid.* Lasarte, C., «Disposición adicional segunda...», *op. cit.*, p. 617.

5. El derecho civil catalán

La doctrina es unánime al interpretar la habilitación de la disposición adicional segunda referida exclusivamente al derecho foral aragonés y navarro. En ambas compilaciones, vigentes cuando la Constitución entró en vigor, se constataban, sin ningún género de dudas, especialidades en la (mayor) capacidad de obrar de los menores que avalan esta lectura.⁷⁸

Se puede apuntar, no obstante, algún intento de extender su ámbito al derecho catalán. Así, se ha pensado, que aunque la Compilación no contuviera norma especial alguna al estilo de las que sí incorporaban las de Aragón y Navarra, se podría buscar la competencia a través de la figura de la institución conexas, dada la relación que la capacidad jurídica de obrar de los menores tiene con el estatuto de la persona y el derecho de familia de los que sí se ocupa tradicionalmente la Compilación catalana.⁷⁹

Sin embargo, pronto se descubre que ni antes ni ahora se caracteriza el derecho civil foral catalán por incluir normas capacitadoras del menor que difieran en lo sustancial de la capacitación de obrar que confiere el Código Civil común.⁸⁰ Por lo que no parece que pueda hablarse de especialidad civil en este ámbito de la determinación de la capacidad jurídica de obrar que constituye el ámbito material de la habilitación contenida en la disposición adicional segunda de la Constitución que estamos comentando.

En este sentido, conviene tener presente que el artículo 211-5 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, se limita a incorporar a la regulación autonómica el régimen general de la minoría de edad previsto en el derecho civil común. De modo que, probablemente, nos encontremos, por lo demás, ante la técnica de reproducir normas estatales en las leyes autonómicas,⁸¹ de cuyos

78. *Vid.* nota 63.

79. Vaquer Aloy, A., *op. cit.*, pp. 239 y ss.

80. Aláez Corral, B., *op. cit.*, p. 2802.

81. Puig Blanes, F. (coord.), *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, Madrid, 2011, p. 124.

problemas de inconstitucionalidad se ocupó, como es conocido, la STC 150/1998 (FJ 4), y cuyo tratamiento excede el propósito de esta investigación.

Hay que concluir, pues, negando que el derecho civil foral catalán contuviera en su momento normas capacitadoras del menor diferentes de las comunes y, por tanto, que exista en él especialidad alguna que pueda activar la competencia de preservación recogida en la disposición adicional segunda.

En este ámbito, entonces, no hay ninguna particularidad de las potestades legislativas de la Comunidad Autónoma de Cataluña, ni relativa con carácter general al ámbito civil ni, en lo que nos ocupa –y como analizaremos enseguida–, específicamente en el sector de la inmigración juvenil, respecto al cual, por lo demás, tampoco Navarra y Aragón disponen de autonomía legislativa relevante al amparo de la singular habilitación constitucional para ellas prevista.

6. Problemas de derecho internacional privado e interregional en el ámbito de la inmigración juvenil: la *ley personal*

Antes de ofrecer una conclusión sobre las capacidades estatales para regular la inmigración sobre la base de la «legislación civil», nos tenemos que detener a exponer una serie de problemas de legalidad ordinaria pero muy estrechamente relacionados con las «normas para resolver conflictos de leyes» que, como sabemos, el artículo 149.1.8ª CE asigna sin ningún tipo de excepción al Estado.

El Tribunal Constitucional ha entendido que, en virtud de esta cláusula, al Estado le corresponden tanto el llamado derecho internacional privado como el llamado derecho interregional. Esto es, la fijación de las reglas que determinan la sujeción a cualquiera de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional, así como la determinación de las reglas que rigen la aplicación de un régimen jurídico nacional u otro cuando en el sujeto concurre un elemento de extranjería.

Así, en la STC 156/1993, de 6 de mayo (FJ 2b), precisó:

La disposición impugnada afecta, sin duda, a la vecindad civil y al constituir ésta, según se recordó, punto de conexión para la determinación del estatuto personal es claro que mediante aquélla se viene a incidir sobre un aspecto nuclear del *Derecho interregional*, sector este del ordenamiento al que la norma constitucional se refiere (junto al *Derecho internacional privado*) con la expresión «normas para resolver los conflictos de leyes» (las cursivas son nuestras).

Una doctrina que reiteró poco después en su STC 226/1993, de 8 de julio (FJ 4), completándola con la fijación de unos límites a la competencia estatal para evitar abusos. La sentencia es relevante para este trabajo, pues, precisamente, resuelve un recurso de inconstitucionalidad que interpuso la Diputación General de Aragón contra una nueva redacción dada entonces a las normas de derecho interregional (arts. 14 y 16 CC) por la Ley estatal 11/1990. Allí se establece, en efecto:

No es menos evidente, sin embargo, que la legislación estatal en este ámbito no podrá dar lugar a constricciones o manipulaciones arbitrarias de los respectivos ámbitos de aplicación de aquellos ordenamientos ni provocar, en concreto, un desplazamiento infundado de los Derechos civiles especiales o forales en favor del Derecho Civil general o común por vía de la alteración de las reglas generales del sistema de Derecho interregional. (...) *Las Cortes Generales han de establecer, sólo ellas, las normas de Derecho Civil interregional, pero no es ésta una labor libre de todo vínculo o límite constitucional (...).*

El primero y más importante de estos límites es consustancial, por así decir, a la identidad misma de todo sistema de resolución de conflictos de leyes que no parta –como no parte el nuestro– de la preeminencia incondicionada de uno u otro de los ordenamientos que pueden entrar en colisión: los puntos de conexión para determinar la sujeción personal a un Derecho u otro (la vecindad, en nuestro caso) han de fijarse, *en principio y en tanto sea posible, según circunstancias abstractas o neutras* (las cursivas son nuestras).

Es interesante, en este punto, la matización incluida por el especialista en la materia González Campos en su voto particular en aclaración de que el Estado no se somete a estas reglas de paridad o neutralidad entre ordenamientos en el caso del derecho internacional privado, sino sólo en el del derecho interregional, de modo que, en su opinión, podría optar por soluciones que favorezcan, por ejemplo, la aplicación preferente del español en detrimento de los extranjeros. A su juicio:

Lo determinante, pues, es la posición de paridad de los ordenamientos civiles coexistentes en España y, consiguientemente, ha de entenderse que este *límite sólo opera respecto a la llamada dimensión interna del sistema* español de Derecho internacional privado o, si se quiere, respecto a las normas para resolver los «conflictos internos» *y no en la dimensión externa del sistema, relativa a los conflictos de leyes con otros ordenamientos extranjeros* (voto particular STC 226/1993, ap. 1; la cursiva es nuestra).

La doctrina, en fin, también es unánime a la hora de secundar la interpretación jurisprudencial conforme a la cual al Estado le corresponderían tanto las normas de derecho interregional como las normas de derecho internacional privado.⁸²

El problema relevante en el estudio de la inmigración juvenil desde la óptica de su reparto competencial sobre la base de la legislación civil se refiere a los criterios usados como puntos de conexión. Tanto la residencia como la

82. Por todos, y sintomáticamente, Roca Trías, E., «El derecho...», *op. cit.*, p. 30.

nacionalidad son los criterios (indirectamente) empleados por el legislador estatal, al amparo de su competencia constitucional, y suscitan una serie de paradojas que no pueden dejarse de apuntar; junto con las posibles soluciones, tanto *lege data* como *lege ferenda*.

Las más idóneas para solventar el problema de la normativa que en protección de menores resultaba aplicable fueron ya analizadas al inicio de este trabajo, y a ellas nos remitimos recordando la solución final a favor de la aplicabilidad de la ley española, con independencia de la conveniencia de que se mejore este aspecto de la legislación estatal (§ II.1). Señalaremos aquí, en relación con la legislación civil, las previsiones estatutarias que sí responden al fenómeno de la inmigración en sus territorios y disciplinan la aplicación de la legislación civil foral a los extranjeros una vez que adquieren la nacionalidad española.⁸³

La propia y esencialísima idea de mayoría de edad es, también, objeto de controversia desde la perspectiva de la legislación civil. Se trata de un concepto jurídico definido en cada ordenamiento. En el nuestro, es necesario acudir al artículo 9.1 del Código Civil, que contiene la norma de derecho internacional privado según la cual la *ley personal determinada por la nacionalidad* es la que rige la capacidad y el estado civil de las personas.

No estamos ante un mero ejercicio intelectual de precisión jurídica, sino ante una realidad que puede alumbrar consecuencias importantes. Téngase en cuenta, por ejemplo, que en uno de los países de donde proviene mucha de la inmigración juvenil, Marruecos, la mayoría de edad no se adquiere hasta que se cumplen los veintiún años.⁸⁴

Como es fácil adivinar, esta remisión a las legislaciones nacionales de los menores extranjeros plantea algunos problemas de eficacia, pues, como ya hemos aclarado al inicio de este trabajo (§ II), la aplicación del derecho extranjero está sujeta a un proceso de prueba de vigencia y contenido que

83. El art. 14. 2 del Estatuto catalán, por ejemplo, establece que «2. Los extranjeros que adquieren la nacionalidad española quedan sometidos al derecho civil catalán mientras mantengan la vecindad administrativa en Cataluña, salvo que manifiesten su voluntad en contra». Y en términos parecidos se pronuncia, por todos, el art. 9.2 del Estatuto aragonés.

84. *Dahir*, núm. 1/92/91, de 11 de junio de 1992, de promulgación de la Ley núm. 13/92, que modifica el párrafo 2 del art. 1937 del Código de estatuto personal, núm. 4155, de 17 de junio de 1992.

no siempre se puede realizar, y parte de unas premisas que no se ajustan a la realidad de la inmigración, pues la nacionalidad del inmigrante no se conoce siempre. En la práctica, también decíamos, estas dificultades se han sorteado estableciendo el límite de la minoría de edad en los dieciocho años, tal como hace la norma española en los artículos 12 de la Constitución y 315 CC, con independencia de lo que dispongan las respectivas legislaciones nacionales.

Adicionalmente, hay razones jurídicas que pueden avalar esta práctica. La aplicación de leyes distintas a un mismo supuesto de hecho –la adquisición de la mayoría de edad– sólo es posible cuando la Constitución expresamente habilita para ello (disposición adicional segunda) y sólo en el ámbito privado. En efecto, en el escenario público en que nos encontramos podría tener efectos discriminatorios en el disfrute del estatuto de protección de los menores, que es una de las normas imperativas de orden público de nuestro ordenamiento,⁸⁵ al consagrar valores como la protección a la infancia y el interés del menor, que son esenciales en nuestro sistema constitucional.⁸⁶

Al tratarse de una norma de tal entidad, no sería posible introducir diferencias de esta naturaleza en su disfrute, pues las diferenciaciones por razón de la nacionalidad entrañarían discriminaciones proscritas en nuestra Constitución.⁸⁷ De suerte que, para garantizar la eficacia del estatuto de protección de los menores sin discriminaciones, resulta imprescindible una solución jurídica única para la adquisición de la mayoría de edad que se aplique a todos los menores que se encuentren en España. Por razones obvias, esta norma será la ley española, que fija en dieciocho años la adquisición de la mayoría de edad, respetando lo dispuesto en la Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño (art. 1).

85. Recordemos la STC 141/2000, FJ 5.

86. Espinar Vicente, J. M^a, *op. cit.*, pp. 93 y 169.

87. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los derechos de los menores, al ser indisponibles para los poderes públicos se encuadrarían, dentro de la tradicional clasificación tripartita de los derechos de los extranjeros, entre aquellos que les corresponden en igualdad con los españoles (STC 141/2000, en conexión con STC 107/1984 o STC 236/2007, por todas). *Vid.*, en detalle: Ruiz Legazpi, A., *La expulsión...*, *op. cit.*, en especial pp. 34-98.

Algunos autores llegan a conclusiones similares, sin tener que invocar la fuerza imperativa de las normas de protección de los menores, en combinación con los artículos 13.1 y 14 de la Constitución. Así, se defiende que la Ley de Extranjería contiene implícitamente un concepto propio de menor, que englobaría a todos los extranjeros con menos de dieciocho años que se encuentren en territorio nacional.⁸⁸

En el derecho de la Unión Europea, por su parte, el Consejo engloba, dentro del ámbito de aplicación de la Resolución relativa a menores no acompañados, a todos los menores de dieciocho años. Tal como parece asumir la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a normas y procedimientos comunes en los estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (conocida como Directiva de retorno), al no contener una definición expresa de qué ha de entenderse por menor.

Además, estas interpretaciones respetan la recomendación del Parlamento Europeo según la cual conceptos como el de mayoría de edad, que se mencionan con frecuencia en la legislación nacional, deben utilizarse siempre en interés del niño.⁸⁹ Es evidente, pues, que nos movemos en un ámbito de regulación caracterizado por la impronta protectora.

88. Moliner Navarro, R. M., «Reagrupación Familiar y modelo de familiar en la LO 8/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España», *Actualidad Civil*, núm. 14, abril 2001, p. 508, completamente válido para su regulación tras la reforma de la Ley Orgánica 2/2009.

89. Apartado P de la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de diciembre de 1996, DOCE de 20 de enero de 1997, C20, pp. 170-176. Nótese que «la protección de los derechos del niño» es uno de los objetivos generales de la Unión Europea, desde que el Tratado de Lisboa lo incorpora expresamente en su art. 3 TUE.

7. El alcance de la legislación civil en la regulación de la inmigración juvenil: Estado y comunidades autónomas con derecho civil propio

Se impone concluir, entonces, con un deslinde de las competencias estatales y autonómicas sobre la inmigración juvenil al amparo del título de «legislación civil», en los términos constitucionalmente determinados por el artículo 149.1.8ª CE.

Así, al Estado le corresponde la regulación de la edad como estado civil y las reglas sobre la adquisición de la plena capacidad jurídica de obrar y, en especial, de los requisitos de representación legal para suplir tal falta de capacidad jurídica plena. De ahí que pueda regular las instituciones jurídico-privadas de protección de los menores en que consisten la patria potestad y la tutela ordinaria, precisamente como mecanismos de integración de la plena capacidad jurídica de obrar del menor.

Las comunidades autónomas carecen de competencia al respecto. La habilitación de la disposición adicional segunda en relación con las especialidades de la capacidad de obrar (anticipación de la mayoría de edad) que pudieran mantener ha de circunscribirse a Aragón y Navarra, y limitarse al ámbito jurídico privado, de modo que carecen de incidencia en la regulación de los aspectos del estatuto de protección propios del régimen jurídico de la inmigración juvenil. Por su parte, no puede sostenerse que Cataluña cuente ni pueda contar con competencia para introducir especialidades normativas en este campo.

Así, la competencia del Estado en legislación civil no presenta contornos de geometría variable en cuanto a la determinación del estado civil derivado de la edad, las reglas de adquisición de la plena capacidad jurídica de obrar y los requisitos de representación legal en el ámbito jurídico público. Si acaso reforzada, eventualmente, por la competencia sobre las «condiciones básicas» que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos con la que pueda contar el Estado a la hora de establecer esa regulación en virtud del artículo 149.1.1ª CE, que, en todo caso, cede ante la competencia más específica contenida en el artículo 149.1.8ª CE, tal como hemos visto (§ II.1).

Además, tratándose de menores de edad provenientes de otras nacionalidades, el Estado refuerza esa competencia material con la derivada de su capacidad exclusiva de fijar normas para resolver los «conflictos de leyes». De suerte que, al amparo del artículo 149.1.8ª CE, forma parte de su ámbito de decisión legislativa el establecimiento de las normas de derecho internacional privado que propicien la aplicación de la legislación española tanto en la determinación de la mayoría de edad como en la designación de la normativa española de protección.

Ahora bien, la competencia del Estado para regular el estado civil determinado por la edad y fijar las reglas de adquisición de la plena capacidad de obrar y, con ellas, los requisitos de representación legal para suplir la falta de tal capacidad plena de obrar no prejuzga otras competencias de las comunidades autónomas.

En primer lugar, las que puedan tener en relación con las concretas formas y figuras a través de las cuales se articula y que, como tal, puedan estar ancladas a su capacidad para «conservar, modificar y desarrollar» el derecho civil propio, en los términos que hemos analizado. Nos referimos, por ejemplo, a las formas de articular la tutela que, como requisito de representación legal del menor, sí regula el Estado. Además, claro está, de las competencias que sobre otras instituciones puedan disponer a raíz del título de protección de los menores y que veremos de inmediato (§ V).

Estas conclusiones se refuerzan con la interpretación que ha apuntado el Tribunal Constitucional en tres asuntos de importancia aquí.

En la STC 72/1983, de 29 de julio, se debatía una ley vasca de cooperativas, y uno de los razonamientos que empleó el Tribunal Constitucional para declarar su inconstitucionalidad fue, precisamente, que la determinación de la ley que rige la capacidad y representación (de persona jurídica, y no física, como en el caso que nos ocupa más directamente) es una norma de solución de conflictos reservada al Estado.

Esta competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.8) es el aspecto que interesa poner ahora de relieve, dada su trascendencia para valorar la constitucionalidad de la Ley impugnada, según veremos; si bien, con carácter complementario parece oportuno aludir a que en tanto no se dicte una Ley postconstitucional para solucionar estos posibles conflictos habrá que tener también en cuenta lo dispuesto por el título preliminar del Código Civil (art. 9.11, en conexión con el art. 16), en cuanto a *la aplicación de la*

Ley personal para determinar la capacidad y representación de las personas jurídica
(...) (la cursiva es nuestra).

La STC 88/1993 examinó un ley de las Cortes de Aragón por la que se producía una equiparación de los hijos adoptivos con los biológicos a determinados efectos sucesorios, no estrechamente previstos con anterioridad en el derecho civil foral, pero sí íntimamente conectados con ellos (se asienta en este pronunciamiento, como se recordará, la doctrina de las *instituciones conexas* que interpreta en sentido amplio la competencia de desarrollo constitucional reconocida a las comunidades autónomas en relación con su derecho civil).

En este punto, resulta de interés subrayar la argumentación del Tribunal que diferencia entre la constitución o determinación del estado civil en función de la edad (que se presume competencia estatal) y la capacidad para modular los efectos de ese estado civil, que no se pueden considerar esenciales como los determinantes de la capacidad de obrar, sino que son efectos muy parciales y circunscritos a determinadas instituciones configuradoras del derecho civil propio.

El criterio expuesto permite ya una valoración de conjunto –esto es, sin perjuicio del posterior examen de cada precepto impugnado– de la Ley 3/1988, de las Cortes de Aragón. Esta Ley –*hemos de reiterar– no disciplina la constitución de la adopción, sino un aspecto general de sus efectos*, y en cuanto tal, aunque se proyecte sobre un instituto ajeno, hasta su incorporación, al vigente Derecho civil aragonés, no puede calificarse sólo por ello, de inconstitucional. Existe una relación entre la adopción y el Derecho propio de Aragón que legitima constitucionalmente la regulación que se contiene en la Ley impugnada, que no puede considerarse ajena o desvinculada del Derecho civil foral, sino más bien como una norma que se incardina en el Derecho familiar y sucesorio de Aragón. Para demostrarlo basta, en efecto, con advertir que la actual Compilación aragonesa *ordena relaciones e institutos jurídicos respecto de los cuales el status familiae del adoptado aparece en indiscutible conexión* (...) (STC 88/1993, FJ 3; la cursiva es nuestra).

El último pronunciamiento tiene menor entidad como referente jurisprudencial, pues está todavía pendiente del debate y decisión sobre el fondo. Pero es cuanto menos ilustrativo de la tesis que aquí defendemos.

A la espera de la sentencia que resuelva el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de la Comunidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, que prioriza la custodia compartida como régimen preferente en caso de ruptura matri-

monial si no hay acuerdo entre los padres, en un sentido más incisivo de lo que dispone el Estado (que permite al juez adoptarla en interés del menor, pero no la impone),⁹⁰ el Tribunal Constitucional ha levantado la suspensión que sobre ella pendía en Auto del Tribunal Constitucional (ATC) 161/2011, de 22 de noviembre.

Si bien no prejuzga la constitucionalidad ex artículo 149.1.8ª CE de esta disposición, sí puede constituir un buen indicio en el sentido que aquí defendemos. Si se diferencia el estado civil y las reglas sobre límite de capacidad de obrar y el modo en que se articula la representación legal que la suple, especialmente en el ámbito del cuidado del menor, las comunidades autónomas pueden tener un mayor campo de actuación, y no sólo como competentes en la protección de los menores, sino también, adicionalmente, en virtud de su legislación civil propia, si es que contemplan alguna especialidad en este sentido.

90. El 19 de julio de 2013 el Consejo de Ministros examinó el Anteproyecto de Ley que elimina la excepcionalidad de la custodia compartida que pretende reformar el Código Civil en sentido de imponer la preferencia, tal como hacía el valenciano. A enero de 2014 no se ha convertido todavía en Proyecto de Ley. Probablemente, esta modificación anunciada también incide en la falta de solución de fondo del Tribunal Constitucional sobre la ley valenciana.

V

**La competencia en materia de protección
de menores**

1. La competencia exclusiva de las comunidades autónomas en materia de protección de menores: estado de la cuestión

El artículo 148.1.20ª CE fija como competencia que las comunidades autónomas pueden asumir en exclusiva la «asistencia social». Se trata del cimientamiento constitucional sobre el cual todas las comunidades autónomas, incluso aquellas que sufrieron el periodo transitorio de cinco años de limitación en su techo competencial, asumieron la competencia sobre protección de menores

Se trata la «asistencia social» de una materia muy indefinida, respecto a la cual la propia norma fundamental brinda pocos criterios que ayuden en su determinación.⁹¹ Desde el principio, sin embargo, se constató un marcado desplazamiento estatutario de la noción *asistencia social* hacia la de *servicios sociales*. Y lo cierto es que los estatutos de autonomía pronto optaron por reforzar la delimitación de la materia que asumían añadiendo títulos ejemplificativos.⁹² Entre ellos, la protección de menores se recoge, sin excepción, específicamente en todos los estatutos de autonomía como competencia exclusiva.

Si una nota ha caracterizado a la asistencia social constitucionalmente prevista como competencia autonómica es el carácter de «técnica pública de protección». Ello no sólo la diferencia de la antigua idea de beneficencia (aunque en ella hunda sus raíces), tal como se ocupó de destacar la STC 146/1986 (FJ 2), sino que permite abogar por una noción amplia de asistencia social, igualmente admitida por el Alto Tribunal:

La Asistencia Social viene conformada como una *técnica pública de protección*, lo que la distingue de la clásica beneficencia, en la que históricamente halla sus raíces. Aunque en una primera aproximación el lenguaje constitucional no desmiente esta caracterización del análisis de la Constitución, de los Estatutos de Autonomía e, incluso, de los Decretos de traspaso de funciones y servicios en la medida en que puedan

91. Mercader Uguina, J. R., «Asistencia social: art. 148.1.20ª CE», en Casas Baamonde, M.ª E. *et al.*, *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, Madrid, 2009, p. 2249.

92. Ídem, p. 2250.

servir como elementos auxiliares de la interpretación, proporcionan una noción más amplia, impropia si se quiere, de lo que es la Asistencia Social a efectos del reparto de competencias constitucionalmente establecido.

Desde el momento fundacional del Estado de las autonomías, entonces, la protección y tutela de los menores es asumida como competencia exclusiva en todos los estatutos de autonomía. En las comunidades autónomas constituidas ex artículo 143 CE sucedió al amparo del artículo 180.1.20ª CE, y en las comunidades autónomas del artículo 151.1 CE, por aplicación del artículo 149.3 CE.⁹³ Esta última norma es hoy en día, como es notorio, la regla de distribución competencial determinante para todas,⁹⁴ y a ella nos atenderemos sin perjuicio del valor interpretativo de aquella otra disposición, en el sentido apuntado por la jurisprudencia constitucional.

Como es lógico, tras las reformas de 2006 y 2007, los nuevos estatutos consolidan este tipo de competencia exclusiva, hasta el punto de que, por ejemplo, el Estatuto de Castilla y León se limita a reproducir en su artículo 70.1.10ª lo que ya dispusiera el artículo 31.1.2 de tal norma institucional básica de 1983, y así menciona la «Protección y tutela de menores» en las competencias exclusivas que tiene la Comunidad de Castilla y León.

No es este el momento de tratar el debate sobre la «devolución de la competencia» en materia de protección de menores, que se suscitó en la Comunidad Autónoma de Canarias, pues, al hilo de los problemas de gestión de su inmigración, también juvenil, se desarrolló más en términos políticos y en

93. Así, el art. 10.14 y 39 del Estatuto de Autonomía del País Vasco de 1979; art. 9. 28 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979; art. 27.23 del Estatuto de Autonomía de Galicia; art. 13.23 Estatuto de Autonomía de Andalucía de 1981; art. 10.1.25 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias; art. 24.23 del Estatuto de Autonomía de Cantabria; art. 8.1.32 del Estatuto de Autonomía de La Rioja; art. 10.1.18 del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia de 1982; art. 31.27 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana de 1982; art. 35.1.28 del Estatuto de Autonomía de Aragón de 1982; art. 31.1.31 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha de 1982; art. 30.14 del Estatuto de Autonomía de Canarias de 1982; art. 44.23 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra; art. 17. 31 del Estatuto de Autonomía de Extremadura de 1983; art. 10. 35ª del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears de 1983; art. 26.1.1.24 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid de 1983; así como el art. 21.1.18 de los Estatutos de Autonomía de Ceuta y Melilla de 1995.

94. *Vid.* referido a la STC 277/1988, el comentario a esta regla constitucional de Fernández Farreres, G., *La contribución...*, *op. cit.*, pp. 74-76.

clave, muy probablemente, de competición electoral, que con un trasfondo jurídico técnico mínimamente riguroso.⁹⁵

El artículo 49.27 del Estatuto de la Comunidad Valenciana, el artículo 61.3 del Estatuto de Andalucía, el artículo 30.39 del Estatuto de las Illes Balears y el artículo 70.30ª del Estatuto de Aragón son otras normas de atribución de la competencia exclusiva en materia de protección de menores. Como lo es el artículo 166.3.a) del Estatuto de Cataluña que, situándolas en el bloque relativo a los servicios sociales, enumera con algo más de detalle que sus homólogos⁹⁶ las competencias que en exclusiva corresponden a la Generalitat.

Con independencia del alcance que en su día pudiera tener el artículo 148.1.20ª CE, que ahora nos sirve únicamente –insistimos– como criterio interpretativo de la materia, no puede dudarse hoy de que, basándose en la cláusula residual del artículo 149.1.3ª CE, todas las comunidades autónomas han asumido la competencia exclusiva en la protección de los menores.

A la vista del desarrollo del modelo constitucional ello abarca no sólo «instituciones públicas de protección de los menores» en sentido estricto, en las que se incluirían los centros o organismos públicos de protección (creación, organización, régimen y funcionamiento), sino también, y muy destacadamente, todo el conjunto de «figuras, técnicas o mecanismos legales de protección pública de los menores», y ello por implicar la intervención de la administración pública competente con independencia, ahora, de su intensidad (y, por tanto, la tutela administrativa, la guarda administrativa, el acogimiento). De

95. Estado de la protección de los menores que ha pasado del ámbito de las meras declaraciones políticas al de las iniciativas parlamentarias, latente, por ejemplo, en la Comunicación del Gobierno Canario sobre el Proyecto de reforma de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (*Boletín Oficial del Parlamento de Canarias*, VII Legislatura, núm. 14, de 19 de enero de 2009), que en la fecha tuvo el honor de ser el asunto pionero en el planteamiento de devoluciones de competencias, siempre en el terreno político-parlamentario de las declaraciones, nunca en el jurídico de los hechos, hasta que emergió el de la devolución de las competencias de la «administración de la administración de justicia» de la Comunidad de Madrid, y, en general, el replanteamiento del modelo autonómico que está emergiendo (en muchas ocasiones con no pocos visos de demagogia) a raíz de la crisis.

96. Salvo Andalucía, que también las contempló, después que Cataluña, con minuciosidad. Art. 66.2 EA: «a) La competencia exclusiva en materia de protección de menores, que incluye, en todo caso, la regulación del régimen de protección y de las instituciones públicas de protección y tutela de los menores desamparados, en situación de riesgo, y de los menores infractores, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación civil y penal. b) La participación en la elaboración y reforma de la legislación penal y procesal que incida en la competencia de menores a través de los órganos y procedimientos multilaterales a que se refiere el apartado 1 del artículo 221 de este Estatuto».

suerte que la competencia abarcaría también «la regulación de todos estos instrumentos legales para hacer efectivo el derecho a la protección de los menores», así como la «regulación del régimen jurídico aplicable».⁹⁷

Se trataría, en todo caso, de una amplia competencia para regular la vertiente pública de la actuación de protección, no los característicos y propios del Derecho privado (adopción, tutela ordinaria, acogimiento familiar), que se atribuye, en los términos ya analizados, al titular de la competencia en «legislación civil».⁹⁸

97. *Vid.* el excelente trabajo de Palma del Teso, A. de, «La protección de los menores tras la Constitución de 1978», en *Administraciones públicas...*, *op. cit.*, en concreto pp. 55 y 56.

98. *Ídem*, p. 56.

2. Apunte sobre la protección de los menores en Cataluña

De acuerdo con el artículo 166.3 del Estatuto de Cataluña:

3. Corresponde a la Generalitat, en materia de menores: a) La competencia exclusiva en materia de protección de menores, que incluye, en todo caso, la *regulación del régimen de la protección y de las instituciones públicas de protección y tutela de los menores desamparados*, en situación de riesgo y de los menores infractores, respetando en este último caso la legislación penal. b) La Generalitat participa en la elaboración y la reforma de la legislación penal y procesal que incida en las competencias de menores (la cursiva, que es lo que a este informe interesa, es nuestra).

En este sentido, hay que tener en cuenta que el propio artículo 40.3 del Estatuto de Cataluña menciona como principio rector de la actuación de los poderes públicos y autonómicos no sólo la protección de los niños, sino, más específicamente, la satisfacción prioritaria del interés superior del menor. En clara conexión con el mandato constitucional que ex artículo 39.4 CE se deriva de la Convención de Derechos del Niño, vinculante para todos los poderes públicos.

En ejercicio, en suma, de su competencia exclusiva en materia de protección de menores, Cataluña ha desplegado su propia actividad legislativa, de fechas relativamente recientes, en el sentido de que ha amoldado su panorama infraestatutario, reformándolo, a ese nuevo marco jurídico constitucional.

No es casual, desde la óptica competencial –como más adelante analizaremos– que el propio Código Civil de Cataluña haya optado por una «administrativización» de la regulación; o sea, que haya reconducido el grueso de la regulación del régimen de protección de menores y sus instituciones desde el Código Civil a una ley específica:⁹⁹ la Ley 14/2010, de 27 de mayo, sobre

99. Barrón Arniches, P., «La acumulación de las instituciones de protección de la persona en el nuevo Libro II del *Codi Civil de Catalunya*», en *La codificación del Derecho civil en Cataluña: Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Barcelona, 2011, p. 223. Y de la misma opinión es Padial Albás, A., «La protecció de la infància i l'adolescència a l'actual normativa catalana: la declaració de desemparament i l'acolliment», en *La codificación del Derecho civil en Cataluña: Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Barcelona, 2011, p. 149.

derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia (a la que llamaremos, para abreviar, ley catalana de protección de menores).

Se trata de una ley de contenido notablemente «administrativizado», en la medida que regula, principalmente, la actuación jurídica pública en estos asuntos, lo que justifica que se dicte al amparo de la competencia autonómica en materia de protección de menores (como se refleja en el apartado I de su propio preámbulo). A diferencia de la de naturaleza jurídica privada que cobija la competencia en legislación civil, como es evidente.

En efecto, los artículos 228-2 y 228-7 del Código Civil de Cataluña producen un cierto desplazamiento (y consiguiente vaciamiento) de su propio contenido al remitir abierta e íntegramente diversos aspectos de la protección de menores a lo que disponga la legislación sobre la infancia y la adolescencia. En el primer precepto se trata de la declaración de desamparo y en el segundo lo que se remite a esta legislación de cuño mucho más administrativo que civil es el conjunto de «medidas de protección de los menores en situación de desamparo, el procedimiento para su adopción y revisión, el régimen de recursos y causas de cese». Todo ello en relación con la propia definición de *desamparo* que incorpora el artículo 228-1 del Código Civil de Cataluña, a imagen y semejanza de las previsiones estatales al respecto introducidas en el Código Civil por la Ley de Protección Jurídica del Menor (art. 172.1 CC).

A pesar de que, por otra parte, el libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, contiene una serie relevante de artículos dedicados a instituciones de protección de la persona, incluidos menores, y aún más, incorpora un capítulo (VIII) específico sobre «La protección de los menores desamparados». Siendo en este orden de ideas especialmente reseñables las novedades en relación con los acogimientos, que es donde en este capítulo se puede simbolizar la existencia de un régimen jurídico propio genuinamente autonómico que se diferencia de las previsiones comunes establecidas en la legislación estatal.¹⁰⁰ Destacan, en este sentido, las amplias posibilidades de acogimiento familiar para los menores en situación de desamparo previstas en el artículo 228-9 del Código Civil de Cataluña.

100. Padial Albás, A., *op. cit.*, p. 158.

Esta opción de remisión legislativa entraña a la vez un cierto viraje con la tradición jurídica de los años posteriores en que, precisamente, incluso de las instituciones jurídico-públicas de protección, se acometía sobre la base de la competencia estatutaria en la protección de los menores (por ejemplo, Ley 37/1991), como tendremos ocasión de ver de inmediato.¹⁰¹

De la Ley 14/2010, la ley catalana de protección de menores, hay que decir que incluye en su ámbito subjetivo de aplicación la inmigración juvenil. No sólo porque su artículo 9 reconoce la prohibición de discriminación entre menores por su origen nacional, sino también porque se desprende de su articulado. Bajo la elocuente rúbrica «Apoyo a la integración social de los niños y los adolescentes inmigrados», su artículo 43.3 dispone expresamente que:

1. Las administraciones públicas deben fomentar, mediante servicios y programas de acogida, la integración social de los niños o adolescentes inmigrados.
2. La Administración de la Generalidad, mediante el departamento competente en materia de protección de los niños y los adolescentes, debe prestar el *servicio de primera acogida en relación con los niños y adolescentes inmigrados sin referentes familiares*, de acuerdo con lo dispuesto por la legislación vigente.
3. *Los niños y los adolescentes extranjeros que se encuentran en Cataluña tienen los derechos que reconoce la presente Ley y, especialmente, tienen derecho a ser escuchados y a recibir información de modo comprensible sobre cualquier actuación que lleve a cabo la Administración en relación con su persona (las cursivas, como siempre, son nuestras).*

En sintonía con el principio del superior interés del menor irradiado en el ordenamiento jurídico desde la Convención de Derechos del Niño por el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, el artículo 5 de la ley catalana de protección de menores realiza una maniobra de aproximación para intentar detallar algo más este concepto jurídico, por lo demás absolutamente indeterminado:

4. Para determinar el interés superior del niño o el adolescente deben atenderse sus necesidades y sus derechos, y debe tenerse en cuenta su opinión, sus anhelos y aspiraciones, así como su individualidad dentro del marco familiar y social.

Lo sustantivo en nuestro análisis, circunscrito a la inmigración juvenil es, en fin, que regula la constitución de una tutela para los menores en situación de desamparo. Así, tras definir en detalle esta situación fáctica (art. 105 Ley

101. *Vid. infra* nota 107.

14/2010), prevé un procedimiento (arts. 106 a 108) a resultas del cual se puede producir una declaración de desamparo (art. 109) que comporta la asunción de funciones tutelares con suspensión de la patria potestad por la entidad pública de protección de los menores competente.

El esquema es similar al previsto por el Estado, como veremos en el siguiente apartado, aunque con alguna variación que conviene resaltar en la medida que pueda conducir a una interpretación restrictiva. La más evidente es que la legislación catalana habla de la necesidad de «declarar el desamparo *tras* la incoación de un expediente administrativo», cuando la legislación estatal prevé una «declaración *automática*» que se produce directamente por efecto de la ley sin exigir que se constate en resolución o procedimiento administrativo alguno, al menos en momento inicial constitutivo.¹⁰² Aunque también puede verse en la definición de la situación de desamparo a través de un elenco de supuestos (art. 105) un efecto restrictivo de la inicial definición amplia que introdujo el legislador estatal cuando diseñó este instrumento de protección.¹⁰³

Como vemos, el espacio normativo de intersección entre la legislación estatal y la legislación autonómica es amplio y está delimitado por el entrecruzamiento de varios títulos competenciales que merecen un análisis más detenido.

102. Por todos los especialistas en el régimen administrativo de la tutela es de esta opinión, por todos, Palma del Teso, A. de, *Administraciones públicas...*, op. cit., p. 199.

103. Algo que ya se reprochó al Decreto 1/1997, de 7 de enero, por contrastar con la amplia y clara definición catalana de la Ley 37/1991. Vid. informe extraordinario del Síndic de Greuges, *La situación de los menores inmigrantes solos*, Barcelona, 2006, p. 28.

3. La convergencia de otros títulos competenciales (estatales) colindantes

Un primer análisis de la legislación vigente pone de relieve la convergencia constante del título competencial de protección de menores con el de legislación civil, cuyos contornos en relación con la inmigración juvenil se han ido desgranando en el texto, así como se han analizado pormenorizadamente en el apartado anterior (§ IV). En la búsqueda de soluciones competenciales adecuadas, es el momento, también, de considerar las posibilidades subsidiarias que ofrece un título competencial más general, como puede ser el artículo 149.1.1ª CE, en cuanto herramienta del Estado para regular algunos aspectos básicos de una materia como la protección de menores, que en principio le es ajena.

a) Legislación estatal sobre protección del menor frente a legislación autonómica de protección de menores: aproximación jurisprudencial. Crítica a la cláusula de supletoriedad

Pensemos que uno de los cimientos de la inmigración juvenil se construye sobre la tutela del menor por instituciones públicas para una situación de desamparo, que está prevista en el propio Código Civil (en la redacción que le dio la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor), aunque presente la naturaleza de institución jurídico-pública de protección, pues compromete la actuación administrativa.¹⁰⁴

Tratándose esta situación de desamparo de una regulación dictada al amparo del artículo 149.1.8ª CE, en abierto contraste con otros aspectos de su regulación, como las situaciones de riesgo, o incluso el papel que asumen las entidades públicas que tienen simplemente la categoría de legislación supletoria del Estado, tal como dispone la propia disposición final 20ª de la legislación que comentamos, en conexión con la cláusula constitucional del artículo 149.3 CE.

104. Incomprensiblemente, en algunos estudios no se aborda la diferente naturaleza de las distintas instituciones de protección previstas en el Código Civil: por ejemplo, Vas González, J. M.ª, *Instituciones jurídicas de protección del menor en el Derecho Civil español*, Madrid, 2009, pp. 343-350.

Por su parte, las comunidades autónomas con derecho civil propio pueden regular, en los términos y con las limitaciones que ya hemos visto, y como hace Cataluña, las instituciones también previstas por el Estado (acogimiento, guarda, etc.) con más o menos detalle según las posibilidades de las tradiciones y posibles instituciones conexas de su propio derecho.

Pero insistimos en que el caso de Cataluña es ilustrativo en este punto, pues, siendo una comunidad autónoma con cierta capacidad para regular determinados aspectos de la protección de menores en clave de legislación civil (como pone de manifiesto el propio Código Civil catalán, en conexión con su disciplina del derecho de familia),¹⁰⁵ lo cierto es que opta en el fondo por derivar todo su tratamiento al poder autonómico basado en la protección de menores, como pone de relieve la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, que es dictada al amparo de la competencia exclusiva asumida en el artículo 166.3 del Estatuto de Cataluña sobre protección de menores.¹⁰⁶

A su vez, Aragón y Galicia, que también son comunidades autónomas que cuentan con derecho civil propio, adoptaron esta misma posición jurídica, y aunque esgrimieron sus respectivas competencias en derecho civil para regularlas (Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia; Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, en desarrollo del derecho civil aragonés), terminan por disciplinarlas ampliamente en las leyes dictadas al amparo de la competencia específica en protección de menores (respectivamente, en la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia y en la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón).

Mientras que, por ejemplo, Navarra, también ha incluido en su derecho civil foral los aspectos relativos a la protección de menores, que regula íntegra-

105. Así lo contempló, por ejemplo, en la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, de protección de los menores desamparados y de la adopción, aunque sin declarar expresamente el título efectivamente empleado para dictarla: conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio. *Vid.* Palma de Teso, A. de, «Los menores...», *op. cit.*, p. 419.

106. En opinión de Palma de Teso, A. de, «Las competencias de la Generalitat de Cataluña en materia de protección pública de menores», *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm. 5, 2007, p. 419, el legislador estatal regula la figura de la tutela administrativa de los menores desamparados en el Código Civil, al amparo del título competencial legislación civil del art. 149.1.8ª de la Constitución, desde 1987, condicionando con ello de forma definitiva la regulación realizada con posterioridad y el régimen jurídico de la institución en Cataluña. Volveremos sobre ello después.

mente en su Ley foral 15/2005, de promoción, atención y protección a la infancia y adolescencia de Navarra.

Todo ello, teniendo en cuenta, además, que los contenidos normativos de este tipo de leyes no difieren demasiado en el fondo de las disposiciones homólogas con las que cuentan todas las demás comunidades autónomas, que, como es evidente, carecen de derecho civil propio. Tomando también en consideración que la convergencia de títulos competenciales en las comunidades autónomas que sí cuentan con derecho civil propio puede llevar, en el mejor de los casos, a un *entrecruzamiento pacífico* de competencias, pues arrojan idéntico resultado sobre la titularidad de la competencia. Por no mencionar la tendencia pendular detectada en algunas comunidades autónomas a regular la misma cuestión, unas veces al amparo de la protección de menores, otras, bajo el paraguas de las facultades constitucionales en relación con el derecho civil propio, o incluso de ambas simultáneamente, como sucede en Cataluña.¹⁰⁷

El propio Tribunal Constitucional se ocupó de esta tensión competencial entre la materia de legislación civil y la materia de protección de menores en la STC 31/2010 (FJ 104). Al hilo, precisamente, del Estatuto de Cataluña. Si bien de un modo un tanto superficial, y sin arrojar reglas de fondo que permitan resolver las cuestiones que aquí tratamos directamente, sí nos brinda algún criterio interpretativo.

A los recurrentes de la inconstitucionalidad de la reforma del Estatuto Catalán les inquietaba que en la redacción resultante de su artículo 166.3, que reproducimos más arriba, se suprimiera toda referencia a la legislación civil del Estado que, en cambio, sí incluía la versión anterior.¹⁰⁸

107. La primera ley catalana de protección pública de los menores, Ley 8/1985, de 27 de julio, fue aprobada al amparo de la competencia que el Estatuto de 1979 le atribuía en materia de «instituciones públicas de protección y tutela de menores» (art. 9.28 en relación con el art. 25.2). Después, la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, de protección de los menores desamparados fue dictada como legislación civil, al amparo de la competencia para la «conservación, modificación y desarrollo del derecho civil catalán» (art. 9.2 EC 1979). En la actualidad, el Código Civil catalán la contempla, pero con una amplísima remisión en blanco a la Ley 14/2010, de 27 de mayo, sobre derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia, la cual cifra su fundamento competencial «en el artículo 166.3 y 4 del propio Estatuto, que atribuye a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de protección de menores y de promoción de las familias y de la infancia».

108. El art. 9 del Estatuto de Cataluña de 1979 preveía la competencia exclusiva de la Generalitat en «instituciones públicas de protección y tutela de menores, *respetando, en todo caso, la legislación civil, penal y penitenciaria*» (la cursiva es nuestra).

Es cierto que, aplicando la doctrina general sobre la supremacía normativa de la Constitución y las reglas de distribución competencial, el Tribunal confirma la legitimidad de la competencia exclusiva autonómica en materia de protección de menores, pues, en efecto, no se puede considerar que invada la competencia estatal en legislación civil, ya que aquélla no deriva del reconocimiento estatutario sino del artículo 149.1.8ª CE mismo.

(...) el enunciado de la competencia autonómica como exclusiva no enerva las diferentes competencias del Estado que puedan estar implicadas (art. 149.1.6, 7 y 17 CE, entre otras), debiendo insistir, no obstante, en que de ningún modo se precisa una expresa salvaguarda de las competencias constitucionalmente reservadas al Estado por el art. 149.1 CE, puesto que constituyen límites infranqueables a los enunciados estatutarios (STC 31/2010, FJ 104).

De modo, que el Tribunal Constitucional se limita a reconocer el espacio limítrofe de algunas materias y el inevitable roce de competencias, remitiéndose implícitamente, como es habitual en su doctrina competencial, a la solución de los casos y controversias puntuales, eludiendo el dictado de reglas generales de, por lo demás, siempre difícil extrapolación.¹⁰⁹ Y esto es precisamente lo que haremos en el siguiente apartado para la materia sobre la que versa este estudio, no sin antes hacer una mención a la legislación estatal de protección de menores que, a su vez, brinda la oportunidad de hacer alguna reflexión sobre la supletoriedad, que es muy a menudo invocada por la doctrina, especialmente la civilista.¹¹⁰

Como ya sabemos, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, es la artífice del sistema de protección de menores basado en la tutela. En su artículo 18.1, estableció una regulación clave para comprender este sistema, especialmente en las vertientes más decisivas para la inmigración juvenil. Dicha regulación se incorporaría, como ya hemos avanzado, en el artículo 172 del Código Civil. Así, tras identificar como un estadio de mayor gravedad necesitado de intervención inmediata el «desamparo de los menores», prevé la constitución de una tutela de carácter

109. Este casuismo es abiertamente admitido por el Tribunal Constitucional desde la STC 125/1984 (FJ 1), tal como ha analizado con detalle Fernández Farreres, G., *La contribución...*, *op. cit.*, en especial pp. 167 y ss.

110. Por todos, Mercader Uguina, J. R., *op. cit.*, p. 31. Y Carrasco Perera, A., «La Codificación civil catalana: competencia y optimización», en *La codificación del Derecho civil en Cataluña: Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Barcelona, 2011, p. 29.

automático, *ope legis*, en favor del menor por parte de las administraciones públicas competentes en la protección de menores. Y todo ello, insistimos, sobre la base de la competencia en legislación civil del Estado.

Como se ha reconocido, esta opción legislativa representó una apuesta por la «administrativización» de la tutela que, en su momento, constituyó un indudable avance en el ámbito del estatuto de protección que evocaba el artículo 148.1.20ª CE, pero que, en la actualidad, está siendo cuestionada.¹¹¹ «Administrativización»¹¹² en el sentido de que apuesta por un papel activo directamente tuitivo de los poderes públicos, y ello sin perjuicio de que hoy en día sea preferible una opción más decisiva a favor, por ejemplo, de los acogimientos familiares, frente a la guarda en centros públicos o semipúblicos. En todo caso, nosotros analizamos la legislación vigente todavía centrada, especialmente en el campo de la inmigración juvenil que nos ocupa, en la tutela administrativa como instrumento de protección, al que se remite expresamente, recordemos, el artículo 35 de la Ley de Extranjería.

Lo curioso es que el propio Estado respeta expresamente las eventuales competencias autonómicas en legislación civil. Así hay que entenderlo, pues en su disposición final 20ª.3 se reconoce literalmente, en aquel extremo, dictada en ejercicio del artículo 149.1.8ª CE, «sin perjuicio de la normativa que dicten las comunidades autónomas con competencia en materia de Derecho Civil, Foral y Especial».¹¹³ Las cuales, por su parte, han seguido el esquema

111. Así lo reconocía el Informe sobre el Anteproyecto de Ley de actualización de la legislación de protección a la infancia en el Consejo de Ministros de 8 de julio de 2011 para justificar el cambio legislativo que se proponía emprender. Disponible en <http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Enlaces/08072011-enlaceinfancia.htm>, no llegó a convertirse en Proyecto de Ley antes de que se disolviera el Parlamento y pusiera fin a la IX Legislatura. En el ecuador de la X Legislatura, a finales de diciembre de 2013, se han comprometido cambios en el marco jurídico de la protección de la infancia por los ministerios principalmente competentes. Hasta donde conocemos, todavía sin texto articulado, pero con la filosofía de priorizar el acogimiento familiar frente al institucional: *vid.* <http://www.msssi.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?id=3103>.

112. No en el sentido que, con razón, critica Palma del Teso, A. de, «Las competencias...», *op. cit.*, p. 418, porque hay que reconocer que se «administrativiza» una institución tradicionalmente civil. *Vid.* Contreras P. P., «Artículo 172», en Bercovitz, R. (coord.), *Comentarios a las Reformas del Código Civil*, Madrid, 1993, pp. 65-68; y Carretero Espinosa, C., «La competencia legislativa de las comunidades autónomas en materia de menores», en *Protección jurídica del menor*, Granada, 1997, pp. 15 y ss.

113. Aunque lo haga en alusión a los preceptos no orgánicos de la ley, los cuales tampoco deslinda, asumiendo implícitamente, en contra de la jurisprudencia del Tribunal constitucional, el carácter atributivo de competencia del art. 81.1. CE (STC 137/1986, FJ 3; o STC 173/1998, FJ 7).

normativo estatal en su mayoría. Desde luego, lo han hecho en lo relativo a la tutela de los menores desamparados, tan decisiva, como explicamos, en el ámbito de los jóvenes inmigrantes. Ya sea porque lo asumen como legislación civil propia, las comunidades autónomas que pueden, ya sea porque lo asumen como institución de protección de menores también propia, sin descartar que puedan considerarla una condición básica ex artículo 149.1.1ª CE, lo cierto es que, en la práctica, todas las comunidades autónomas cuentan en sus respectivos sistemas de protección de menores con esta institución.

Y lo mismo sucede con otras análogas, como las derivadas de las situaciones, de menor gravedad que el desamparo, calificadas de situaciones de riesgo, respecto a las cuales el propio legislador estatal admite su mera condición de «legislación supletoria» de la que dicten las comunidades autónomas al amparo de sus respectivas competencias en «asistencia social» (disposición final 20ª.Primer LOPJM).

En este sentido, hay que considerar excesivo el recurso a la legislación supletoria del Estado en una materia, como ésta, relativa a la protección de los menores, en que todas las comunidades autónomas ya habían legislado al respecto en ejercicio de sus propias competencias exclusivas. Podría interpretarse, en efecto, que la única finalidad de estas disposiciones de carácter supletorio sería, entonces, la de desplazar a la legislación autonómica, conculcando la de sobra conocida doctrina jurisprudencial que prohíbe el uso de la legislación estatal supletoria con esa única finalidad subrepticia (por todas, SSTC 118/1996 y 61/1997).¹¹⁴

Este complejo entramado normativo de nivel legislativo, tanto estatal como autonómico, no hace sino reforzar la necesidad de dotar a su análisis de un encuadre constitucional adecuado, en el que el alcance de las competencias que sobre cada una de las materias corresponde al Estado y a las comunidades autónomas parte de la interpretación constitucional y no de su desarrollo legal actual.

b) *Encuadre constitucional: «condiciones básicas» del artículo 149.1.1ª CE frente a «legislación civil» de la disposición final 21ª de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor*

114. De la misma opinión es Palma del Teso, A. de, «Las competencias...», *op. cit.*, pp. 428-429.

La Constitución, en efecto, no impide con carácter absoluto la intervención estatal en la «asistencia social» ni tampoco, en consecuencia, en la protección de los menores como una de sus facetas.

La STC 146/1986 reconoció tempranamente esta posibilidad cuando afirmó, al hilo de ciertas ayudas de acción social:

(...) pero, en este caso, al tratarse de competencias exclusivas, la dirección política de la Comunidad Autónoma es la que en principio debe estimarse prevalente, puesto que son *las Comunidades Autónomas las que tienen la competencia para diseñar su propia política de Asistencia Social*, sin perjuicio de las competencias que al Estado correspondan en virtud del artículo 149.3, en el art. 150.3 o, en su caso, *en el art. 149.1.1ª*, pero ninguno de ellos parece relevante en el presente caso, donde tampoco se trata de imponer determinados objetivos y políticas de «Asistencia Social».

Esta opción ha sido un foco conflictual nada desdeñable, sobre todo en lo relativo a las subvenciones y ayudas económicas, pero, en general, se ha asumido de modo pacífico también por la doctrina¹¹⁵. Más discutibles pueden ser las interpretaciones que dan pie a la intervención del Estado cuando «existan problemas sociales peculiares que exijan un planteamiento global»,¹¹⁶ pues, desde el plano de la distribución constitucional de competencias, sólo es de recibo en la medida que se pueda reconducir a las «condiciones básicas» previstas expresamente como habilitación estatal en el artículo 149.1.1ª CE.

Hay que recordar, en este punto evocador de las conocidas como cláusulas de «interés general», la reiterada jurisprudencia constitucional sobre su consecución, precisamente, a través del sistema constitucional de distribución de competencias, y no a pesar de él (STC 13/1992, FJ 4.3º):¹¹⁷

3º En consecuencia, esto significa que la persecución del interés general que representa el Estado se ha de materializar «a través de», no «a pesar de» los sistemas de

115. Por todos, Mercader Uguina, J. R., *op. cit.*, p. 2251. *Vid.*, ampliamente, en este sentido las monografías: Vicente Paches, F., *Asistencia social y servicios sociales. Régimen de distribución de competencias*, Madrid, 2003; y Suárez Corujo, B., *La protección social en el Estado de las autonomías*, Madrid, 2006. Deben, no obstante, reseñarse las discrepancias que en su día suscitó esta lectura en el seno del propio Tribunal Constitucional. *Vid.* el voto particular que formuló al parecer de la mayoría el magistrado Leguina Villa.

116. Mercader Uguina, J. R., *op. cit.*, p. 2251.

117. Pérez Grande, M. A., «La aportación de la Jurisprudencia Constitucional a la construcción del Estado Autonómico: una aproximación al estudio de sus principales criterios generales», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 17, 2003.

reparto de competencias articulados en la Constitución (...), excluyéndose así que el ámbito de competencias pueda ser extendido por meras consideraciones finalísticas.

Ciertamente, era esta una opción en manos del legislador estatal si quería regular algunos aspectos básicos de la protección de menores y establecer un cierto marco jurídico uniforme. En el entendido de que el artículo 149.1.1ª CE no puede interpretarse, como es de sobra conocido, como una puerta abierta a la uniformidad. Una cierta unidad jurídica en el ejercicio de los derechos no puede equipararse a uniformidad ni a identidad, tal como viene reiterando el Tribunal Constitucional desde la pionera STC 37/1981, FJ 2 (y, por todas las demás, STC 75/1990, FJ 5):

Tampoco cabe discutir que dicha diversidad es en sí misma, y como tantas otras, fruto necesario y legítimo de la autonomía que la Constitución garantiza, de tal modo que lo que cabe exigir a los órganos de las Comunidades Autónomas, y lo que debe ser preservado por el Estado, es estrictamente que el despliegue de las competencias de aquéllas no cree rupturas («divergencias irrazonables y desproporcionadas», dijo nuestra STC 48/1988, en su fundamento jurídico 25) en las «condiciones básicas» de igualdad de todos los españoles para el ejercicio y cumplimiento de sus derechos y deberes constitucionales y, en el caso presente, para el acceso a la función pública docente. *Uniformidad, en otras palabras, no es identidad, y tanto menos ha de serlo cuando la primera se afirma, en este art. 149.1.1.º de la Constitución, como elemento de integración, no de supresión, de la diversidad que nace de la autonomía* (la cursiva es nuestra).

Que el objetivo del legislador estatal de protección de menores es, precisamente, dotar de cierta unidad al sistema de protección de los menores es algo que se desprende de la lectura misma de la exposición de motivos, en la que en diversos pasajes se insiste en su «preocupación por dotar al menor de un adecuado marco jurídico de protección» o en su propósito de construir «un amplio marco jurídico de protección que vincula a todos los Poderes Públicos».

El Estado, entonces, se consideró desprovisto de la capacidad de actuar en el terreno de la protección de los menores, sobre el que no sólo todas las comunidades autónomas habían ya asumido competencias, sino que las habían ejercitado a través de la proliferación de leyes específicas. Por eso resulta todavía más incomprensible la mención de su carácter supletorio, al que ya hemos hecho referencia. De modo que decide acudir al título de legislación civil, porque probablemente estimó que le confería mayores facultades uniformizadoras. Y así, aunque desde la misma exposición de

motivos, manifieste su vocación de respeto a los derechos civiles propios, lo cierto es que no tuvo en el fondo en cuenta el desarrollo normativo que, al amparo de las posibilidades que sobre su derecho civil les ofrecía el artículo 149.1.8ª CE, ya habían emprendido las comunidades autónomas de Cataluña, Aragón y Navarra.¹¹⁸ Probablemente, entonces, si la conflictividad entorno a esta materia no ha sido mayor, es porque la legislación estatal y las autonómicas competentes han presentado una sintonía de intenciones y visiones que, por lo demás, se ha desenvuelto más por esta vía voluntaria que por la de la imposición competencial ex Constitución.

118. Palma del Teso, A. de, «Las competencias...», *op. cit.*, p. 425.

4. El alcance de la competencia de protección de menores en la regulación de la inmigración juvenil

Situándonos de nuevo en el terreno de las reglas de distribución constitucional de competencias, puede cuestionarse la legitimidad constitucional de aquella parte de la Ley de Protección de Menores que, regulando la tutela automática por los entes públicos de protección, se funda en la competencia de «legislación civil» prevista en el artículo 149.1.8ª CE, sin serlo materialmente, por constituir una institución de protección de menores, respecto de la cual el Estado sólo tendría la capacidad de «regular» esas «condiciones básicas».

De modo que, siempre de acuerdo con la Constitución, la capacidad de intervención estatal en la protección de menores consistiría sólo en la regulación de esas ciertas condiciones básicas de las instituciones de protección, ex artículo 149.1.1ª CE. Lo que, a su vez, obligaría a respetar, en el caso de las comunidades autónomas que cuentan con derecho civil propio, su ámbito competencial respectivo, conforme a las reglas que ya hemos visto; y en todas las demás, como es evidente, las competencias relativas a la protección de menores, que son muy libres de configurar en todo lo que no sea condición básica ex artículo 149.1.3ª CE, de conformidad con sus propios estatutos de autonomía.

En este sentido, la condición de derecho fundamental en el sentido de la rúbrica del título I de la Constitución, como principio rector, del mandato de protección de menores contenido en el artículo 39 CE reforzaría esta argumentación robusteciendo el significado del sentido de «ejercicio de los derechos» para garantizar cuya igualdad entre todos los ciudadanos se reserva al Estado la capacidad de regular tales «condiciones básicas».

Asumamos que, en efecto, la configuración de un sistema de protección en el que las instituciones públicas tienen asignado un cometido proactivo es una condición básica del modelo. En este supuesto, tanto la tutela administrativa para el caso de desamparo como el reconocimiento de su aplicación en el caso de los menores extranjeros pueden ser, en efecto, regulados –como

de hecho lo son— por el Estado (art. 172 CC y art. 35 LE). Lo mismo podría decirse, incluso, respecto a la repatriación, como modelo también básico del sistema de protección que se aplica a los menores cuando son extranjeros (art. 35 LE). En este caso, habría que tener en cuenta, una vez más, que la previsión no constituiría sino una especificación a la realidad de la inmigración juvenil del derecho del menor a la vida en familia y, en definitiva, su derecho a no ser separado de ese entorno salvo que su interés superior lo aconseje (art. 9 CDN y art. 172.4 CC).

En ambos casos —tanto residencia tutelada como repatriación para reintegración familiar—, el paraguas competencial hay que encontrarlo en el artículo 149.1.1ª CE, que, en efecto, es invocado en la regulación específica prevista en el artículo 35 LE para los menores extranjeros. Pero no así, en lo que a la residencia se refiere, en la configuración de la tutela administrativa del menor en desamparo al que el propio artículo 35 LE se remite, y que se contiene en el artículo 172 CC, dictado, incorrectamente, ex artículo 149.1.8ª CE.

Nótese que hablamos tanto ex artículo 149.1.1ª CE («regulación») como ex artículo 149.1.8ª CE («legislación») de competencias, por lo demás, exclusivamente *normativas* del Estado. Se excluyen, por tanto, aspectos de ejecución, y se tiene en cuenta la doctrina consolidada ya por el Tribunal Constitucional (desde la STC 86/1991, FJ 9, a la STC 31/2010, FJ 61). Ésta reconoce la dificultad que entraña el deslinde de conceptos, pero a la vez circunscribe la mayor dificultad a la capacidad reglamentaria. Si se admite, entonces, que en su virtud la competencia normativa se termina en la facultad de dictar leyes y reglamentos (ejecutivos) de carácter general, no puede dudarse de que tal capacidad normativa del Estado no incluiría la ejecución a través de los actos individuales de aplicación.¹¹⁹

En consecuencia, siguiendo apegados al ámbito de la inmigración juvenil, la previsión de la legislación de extranjería por la que se atribuye la decisión de repatriar al menor a la Administración del Estado no tiene soporte competencial alguno. Así, una de las principales conclusiones de este trabajo es que el inciso del artículo 35.5. LE que establece que «la *Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen, a aquél donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en*

119. Vid. Fernández Farreres, G., *La contribución...*, op. cit., pp. 226-233.

España» es inconstitucional. Y ello por no respetar el sistema de distribución competencial al haber invadido el espacio de decisión que corresponde a las comunidades autónomas en las materias que, como la protección de menores, no se reservan de modo exclusivo al Estado.

En efecto, la decisión en el caso concreto sobre retorno o tutela es una competencia de corte ejecutivo que no puede asumir el Estado en virtud de ninguno de los títulos competenciales que se entrecruzan en su favor: ni «legislación civil» del artículo 149.1.8^a CE ni «condiciones básicas» del artículo 149.1.1^a CE. Además, y de modo definitivo, porque si no puede considerarse «regulación de condición básica», tal decisión ejecutiva entra de plano en la materia de protección de menores como competencia exclusiva de las comunidades autónomas.

Ciertamente, aunque el artículo 35 no lo diga de forma expresa, tal decisión que afecta al menor ha de tomarse, como todas las que le conciernen, sobre la base de lo que convenga a su interés superior. Y no se trata de que Administración del Estado no pueda ponderarlo, pues igualmente está vinculada por el mandato contenido tanto en el CDN (art. 3) como en la LOPJM (art. 2). Se trata más bien de que su aplicación como guía rectora en la toma de esa decisión es, materialmente, un acto ejecutivo que se encuadra de lleno en la materia protección de menores que, como técnica pública de protección, corresponde constitucionalmente a las comunidades autónomas. Si el menor debe ser repatriado o si el menor debe permanecer en España tutelado por las administraciones públicas competentes para ello es, en fin, una decisión propia de estas últimas. Al margen ahora de los efectos que esta decisión tenga en el ejercicio de otras competencias estatales, que trataremos en el próximo apartado.

Lo mismo cabe decir, en nuestra opinión, respecto de la figura conforme a la cual se ejecuta o instrumentaliza la tutela. El Estado puede regular la necesidad de tutelar a los menores como manifestación de su capacidad para legislar en una materia civil en lo que concierne al estado civil y a la capacidad jurídica de obrar. Y ello, como hemos visto, con efectos incluso en aquellas comunidades autónomas con derecho civil propio, con las salvedades hechas por la disposición adicional segunda para la anticipación de la capacidad jurídica privada en Aragón y Navarra, no sin determinantes. Pero no puede incidir en la decisión que en cada caso concreto se adopte, en aplicación de la legislación civil o básica de protección de menores.

De ahí que la remisión a la tutela ordinaria que incluye el legislador de extranjería en su artículo 35.11 LE no merezca en su conjunto y en el fondo tacha de inconstitucionalidad, pues se limita a realizar una previsión del régimen jurídico civil para los menores extranjeros. Si bien es cierto que, en este caso, el sostén competencial del precepto es a todas luces inapropiado, pues esta regulación sí debería, en cambio, dictarse al amparo del artículo 149.1.8ª CE, por ser un título más específico, y no del artículo 149.1.1ª CE, que es el soporte competencial esgrimido.

No puede olvidarse, con todo, que el artículo 239 CC confiere *sensu contrario* carácter preferente a esta tutela administrativa frente a la ordinaria. Pues, en efecto, contempla esta última sólo en el caso de que «existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste». En línea con el último párrafo de la exposición de motivos de la propia Ley Orgánica de Protección Jurídica de Menores, que afirma, rotundamente, que al tener «como objetivo básico [la ley] la protección de los menores de edad a través de la tutela administrativa se ha incorporado la modificación de otros artículos en su gran mayoría conexos con esta materia».

Siempre desde esta lógica, lo que sí produce más problemas es la previsión del propio artículo 35.11 LE de otra actuación ejecutiva del Estado que no encuentra engarce competencial habida cuenta de la materia de protección de menores sobre la que igualmente versa. Nos referimos a la disposición según la cual «La *Administración General del Estado* y las Comunidades Autónomas *podrán establecer convenios con organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores, con el fin de atribuirles la tutela ordinaria de los menores extranjeros no acompañados*», que debe ser considerada, igualmente, contraria al reparto constitucional de competencias, en virtud del cual se asigna a las comunidades autónomas en exclusiva la protección de los menores.

Todavía llaman mucho más la atención ciertas iniciativas parlamentarias,¹²⁰ tendentes a conformar una suerte de cupo de menores extranjeros que el Estado distribuiría por cada una de las comunidades autónomas, en función

120. *Vid.* la propuesta, que finalmente no prosperó, contenida en la enmienda núm. 177 presentada por el Grupo Parlamentario EAJ-PNV en el proceso de tramitación parlamentaria de la iniciativa gubernamental que desembocó en la Ley Orgánica 2/2009. http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_031-08.PDF#page=1.

de ciertos parámetros objetivos, como población, plazas disponibles, etc., para que gestionaran su protección. Su falta de constitucionalidad es tan evidente que nos exime de ulterior comentario, pues en la decisión de la tutela de un menor sólo puede incidir el ejercicio de la competencia ejecutiva de la administración autonómica en aplicación de las leyes que obligan a considerar preferente sobre cualquier otro aspecto el superior interés del menor.

Probablemente, esta referencia legal lo es en clave económica de financiación, pero en este caso no pueden sino recordarse las limitaciones de la capacidad de gasto como título competencial (STC 146/1986).¹²¹ Como, en fin, pone de manifiesto la mucho más correcta desde el punto de vista del respeto a la distribución constitucional de competencias, referencia del artículo 35.12 LE a los acuerdos entre comunidades autónomas, en cuanto titulares legítimas de la competencia en materia de protección de menores.

En cuanto a la tutela administrativa como figura clave –insistimos– en la configuración del régimen jurídico de la inmigración juvenil,¹²² es de recibo considerar su regulación, como vemos, cubierta por la competencia estatal para regular «condiciones básicas» en el ejercicio de los derechos ex artículo 149.1.1ª CE. Todavía con más razón cuando, como en el caso de los extranjeros, son la llave que abre el acceso a todo el sistema de protección que, como se recordará, ha sido calificado por el Tribunal Constitucional como de «orden público» e indisponible, por tanto, para los poderes públicos (STC 141/2000). A esta filosofía debe entenderse que responde el artículo 35.5 LE que, en su previsión sobre esta tutela de los menores, no merecería tacha de constitucionalidad alguna, pues, de acuerdo con la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 2/2009, que le brinda su redacción actual, se debe considerar dictado, precisamente, al amparo de este título.

Pero si se desciende desde el terreno de la regulación al de la decisión en el caso concreto y, por tanto, a la ejecución, sí cabe hacer alguna observación más de corte competencial. Abordaremos varias cuestiones al respecto.

121. *Vid.* Fernández Farreres, G. «La subvención y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 38, 1993.

122. Porque sobre su andamiaje, insistimos, se construye todo el régimen jurídico de la inmigración en España. E incluso más, se modela, en el plano legal, una prohibición de su expulsión, no mencionada expresamente, y que constitucionalmente se deriva de la remisión del art. 39.4 CE a los tratados internacionales y, en especial, a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Vid.*, al respecto, Ruiz Legazpi, A., *La expulsión...*, *op. cit.*

La primera está relacionada con la perspectiva competencial, pero en clave de reserva de jurisdicción. Es imprescindible mencionar la STC 185/2012, de 17 de octubre, precisamente, sobre la reserva de jurisdicción en relación con la custodia compartida de menores. Y ello porque sirve para reforzar bien la distinción entre la naturaleza civil de algunas instituciones, competencia del Estado (salvo las excepciones de derechos civiles propios) por contraposición a las de naturaleza administrativa que comentamos en relación con los menores, también extranjeros, en desamparo. Si en las segundas el poder público competente es de carácter administrativo, en las primeras existe una reserva de jurisdicción, hasta el punto de que excluye ya no sólo la participación de la Administración, sino incluso la del Ministerio Fiscal. Nótese que, precisamente, en esta decisión del Alto Tribunal se anula, por ser contrario a los artículos 117.3 y 24 CE, el inciso «favorable», con el que se calificaba el informe previo del Ministerio Fiscal, que, en la redacción dada por la Ley 15/2005 al artículo 92.8 del Código Civil, se exigía para que el juez pudiera acordar la guarda y custodia compartida cuando la pide uno de los progenitores.

Más cuestionable, en este orden de ideas, es el Auto del Tribunal Supremo (Sala especial de Conflictos de Competencia), de 15 de abril de 2011, en el que se afirma la naturaleza civil de la competencia (jurisdiccional) sobre los menores no acompañados y su tutela, o, mejor, el cese de su tutela, una vez acreditada la mayoría de edad por el procedimiento legalmente establecido al efecto, en relación con el artículo 172.6 del CC, que es, precisamente, el origen de esta distribución entre jurisdicciones. Su valor, al no tratarse del órgano encargado de dirimir los conflictos constitucionales de competencias es, entonces, el de clarificar la competencia objetiva de la jurisdicción civil en un asunto que tiene que ver no tanto con la constitución de la tutela administrativa como, precisamente, con su extinción, pero por la específica razón de adquisición de la mayoría de edad. Probablemente al colindar con la adquisición de la mayoría de edad como estado civil y con ella de la plena capacidad jurídica de obrar, entonces se explica su vinculación con la materia civil por la que opta el Tribunal Supremo. Sin olvidar, lo difuminados que están, en ocasiones, los límites entre la protección por medio de figuras civiles y la que se lleva a cabo a través de la actuación administrativa.¹²³

123. Palma del Teso, A. de, *Administraciones públicas...*, *op. cit.*, p. 56, cita como ejemplo, entre otros, la regulación del acogimiento preadoptivo, en que se autoriza a la Administración a intervenir en ejecución de su tradicional autotutela declarativa y ejecutiva, sin requerir consentimiento de los progenitores cuando, además, la impugnación, no suspende ni siquiera la ejecutividad de la resolución administrativa: una

Otra de las cuestiones interesantes tiene que ver con la posibilidad de elección entre figuras de protección. Así, el Estado puede regular, como efectivamente hace en los artículos 172, 173 y 173 bis CC (en la redacción dada por el art. 19 LOPJM), no sólo la tutela, sino también el acogimiento familiar o el acogimiento residencial, como figuras a través de las cuales se realiza la tutela administrativa. Nótese que el artículo 172.3 CC dispone que «La guarda asumida a solicitud de los padres o tutores o como función de la tutela por ministerio de la ley, se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial». Añadiendo además que «El acogimiento familiar se realizará por la persona o personas que determine la Entidad Pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director del centro donde se ha acogido al menor».

Ahora bien, al hacerlo, debe respetar, por un lado, las demás figuras de protección que hayan podido establecer las comunidades autónomas en el ámbito de la protección pública de menores (recordemos que el art. 149.1.1ª CE no opera en la lógica legislación básica - desarrollo; STC 61/1997, FJ 7a). Por otro lado, tales figuras tienen que coexistir con otras de carácter privado que hayan podido establecer las comunidades autónomas con competencias legislativas para desarrollar su derecho civil propio (prohijamiento del derecho navarro o aragonés; amplia configuración del acogimiento familiar en el catalán con previsión de la modalidad en familia extensa o incluso en familia ajena, etc.). Todas ellas pueden ser de interés, además, en la gestión de un fenómeno como el de la inmigración juvenil en el que, dadas sus peculiaridades cambiantes de unos lugares a otros, quizá pueda encontrarse mejor respuesta en una adecuada combinación de figuras propias de protección con el desarrollo particular de las previstas como condición básica por el Estado. Lo que nos conduce de nuevo al plano autonómico de la ejecución.

Así, nos encontramos, por ejemplo, que el artículo 120.1 de la Ley catalana de protección de menores (Ley 14/2010) establece, en principio, un abanico más amplio de esta tipología de medidas y prevé que «las medidas que deben adoptarse por resolución motivada, siempre teniendo en cuenta el interés del niño o el adolescente, pueden ser las siguientes: a) El acogimiento familiar simple por una persona o una familia que pueda suplir, temporalmente, el núcleo familiar natural del niño o el adolescente. b) El acogimiento familiar

regulación que se mantiene vigente, en efecto, a través de la regulación que del acogimiento preadoptivo hacen los arts. 147 y 148 de la Ley catalana 14/2010.

permanente. c) El acogimiento familiar en unidad convivencial de acción educativa. d) El acogimiento en un centro público o concertado. e) El acogimiento preadoptivo. f) Las medidas de transición a la vida adulta y a la autonomía personal. g) Cualquier otra medida de tipo asistencial, educativo o terapéutico aconsejable, de acuerdo con las circunstancias del niño o el adolescente».

Y matiza, además, en su artículo 120.2, que «Las medidas de acogimiento familiar, siempre que sea posible, tienen preferencia respecto de las que conllevan el internamiento del menor o la menor en un centro público o concertado», además de que «el niño o el adolescente para cuya protección es necesaria la aplicación de la medida de acogimiento en familia ajena o en centro tiene derecho a ser acogido lo más cerca posible de su domicilio, salvo que no le resulte beneficioso». En contraste tendencial con la preferencia por la tutela administrativa e institucional por la que parece decantarse la Ley Orgánica 1/1996, a decir de su exposición de motivos, tal como mencionamos más arriba.

En este sentido, hay que entender que la opción entre figuras de protección ha de hacerla, siguiendo los criterios legales, la autoridad competente, ya que consiste en un acto de naturaleza ejecutiva que forma parte de la materia de protección de menores. De modo que, cuando no haya reserva de jurisdicción, ésta debe ser adoptada por los poderes públicos competentes, que son los autonómicos, sobre la base de las disposiciones legales y el interés superior del menor en el caso concreto. E incluso cuando hay reserva de jurisdicción, se confiere a la administración tutora un papel importante en el procedimiento jurisdiccional que desemboque en la constitución de la figura civil de protección de la que, en su caso, se trate (art. 1828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, cuya vigencia se salvaguarda en la disposición derogatoria 1.1ª de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil).¹²⁴

Así, en lo que a la inmigración juvenil se refiere, aunque la Ley de Extranjería no lo contemple expresamente, es evidente que, cuando el artículo 35.7 se refiere a la tutela por una «Administración Pública o en virtud de resolución judicial, por cualquier otra entidad» (en referencia a la llamada tutela ordinaria)

124. Nótese, en todo caso, que incluso cuando hay reserva de jurisdicción en la declaración de una figura de protección civil (acogimiento familiar, por ejemplo: art. 173.3 CC) las posibilidades de actuación administrativa son muy amplias, no sólo ejerciendo la acción civil como tutores legales, sino incluso ejerciendo sus facultades investidas de autotutela declarativa y ejecutiva al poder decidir un acogimiento familiar provisional (art. 173.3 CC) *Vid. infra*, también, nota 119.

está haciendo alusión a la posibilidad abierta por el propio artículo 239 CC, y en cuya actuación tiene un papel activo decisivo la propia Administración autonómica que, hasta que recaiga resolución judicial es –no se olvide– tutora legal del menor extranjero, por disposición automática de la ley. Pero, sobre todo, lo decisivo es que también desde esta perspectiva, la decisión entre la alternativa de la residencia tutelada y la repatriación del menor para reintegrarlo en su entorno familiar como dos figuras o técnicas complementarias de protección del menor extranjeros es, a todas luces, una decisión ejecutiva que se encuadra en el terreno material de la protección de menores y corresponde, por tanto, a la Administración autonómica.

Por último, nadie puede discutir cabalmente el indudable efecto que este ejercicio de competencia autonómica sobre la tutela del menor tiene en una clara competencia estatal sobre el reconocimiento del estatus de extranjero residente y su documentación correspondiente.

El propio artículo 35.7 LE es consciente de ello cuando declara la regularidad de la estancia de un menor tutelado, tanto por la Administración como bajo la fórmula de la tutela ordinaria. Y añade, además, que «a instancia del organismo que ejerza la tutela (...) se otorgará al menor una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores». Así como el artículo 35.9 LE, cuando, tratando de resolver uno de los problemas endémicos en la gestión de la inmigración juvenil, habilita al reglamento para que determine «las condiciones que habrán de cumplir los menores tutelados que dispongan de autorización de residencia y alcancen la mayoría de edad para renovar su autorización o acceder a una autorización de residencia y trabajo». Algo que se desarrolla efectivamente en los artículos 197 y 198 del Reglamento de desarrollo de la Ley (tras su reforma en el 2009, que se aprobó por el Real Decreto 557/2011).

VI

**Una propuesta de articulación de la
convergencia de competencias: colaboración
a través de un procedimiento participado**

En cuanto al reparto de competencias en materia de inmigración juvenil entre el Estado y las comunidades autónomas hay que aceptar, en fin, una cierta concurrencia de competencias.¹²⁵

Desde luego, tal categoría es, en nuestra doctrina, muy controvertida. Fuera del supuesto de la cultura (e investigación científica y técnica), plasmado en el artículo 149.2 CE, no siempre se reconoce la existencia de materias sobre las que concurren Estado y comunidades autónomas en virtud de sendos títulos competenciales atributivos de facultades homologables.¹²⁶

Probablemente, con todo, en nuestro campo de estudio es más correcto técnicamente hablar de concurrencia de materias sobre las que confluyen o concurren distintas competencias estatales y autonómicas colindantes.

Así, como hemos visto, junto con la dimensión de protección de menores de la residencia tutelada, cuya regulación estatal es reconducible al artículo 149.1.1ª CE y la decisión en el caso concreto, a la Administración autonómica (art. 149.1.3ª CE), pueden entreverse otra serie de aspectos susceptibles de entrar en el ámbito de la inmigración del artículo 149.1.2ª CE: expedición de la autorización de residencia cuando no sea posible la repatriación (artículo 35.7 LE) o reconocimiento de la legalidad de esa estancia tutelada, en los términos previstos reglamentariamente, cuando el joven inmigrante adquiera la mayoría de edad. En realidad, se trata de una incidencia de gran intensidad. Si se presta atención, en un marco depurado desde el punto de vista competencial en los términos que venimos desgranando, de la decisión autonómica del tutelar al menor se derivaría la obligación para el Estado de documentarlo expidiendo la oportuna autorización de residencia. Y lo mismo cuando se

125. Fernández Alles, J. J., *op. cit.*, p. 474, la define como una «parcial concurrencia competencial» porque «la competencia exclusiva del Estado sobre "nacionalidad, emigración, inmigración y extranjería" ex art. 149.1.1ª CE no impide el desarrollo de la política autonómica dirigida a prestar servicios a la población inmigrante: integración social, política educativa, etc.».

126. Vid. a propósito de Biglino Campos, P., *Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia*, Madrid, 2007, el diálogo con Arroyo Gil, A., «El inacabado debate sobre la competencia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 28, 2008, pp. 337-353.

trata de expedir la autorización para el extranjero que adquiere la mayoría de edad tras unos años tutelado por la Administración pública.

También son colindantes otros ámbitos como, singularmente, el de las «relaciones internacionales» del artículo 149.1.3ª CE. Piénsese, por ejemplo, en la necesidad de localizar a los familiares en el país en el que se encuentren antes de reagrupar con ellos al menor (en línea con lo recientemente dispuesto por el art. 35.1 LE).

Sin perjuicio de la actividad con proyección exterior que las comunidades autónomas puedan desplegar en el ámbito de sus competencias (como hemos analizado en § II.3), y sin perjuicio de que, en consecuencia, puedan llevar a cabo actuaciones en relación con la protección de los menores en los países de origen de la inmigración juvenil, como parece haber reconocido el propio artículo 35.2 LE,¹²⁷ lo cierto es que las concretas tareas de identificación y localización de las familias son un presupuesto esencial y determinante en el procedimiento de repatriación del joven que, como bien presupone el artículo 35.5 LE, requiere de la participación de la Administración exterior del Estado a través de sus distintas representaciones diplomáticas; como asimismo requeriría de tal participación la ejecución de la repatriación del menor para ser colocado junto a su familia.¹²⁸ De nuevo aquí, nos encontramos con una incidencia de alta intensidad, pues apenas tomada la decisión de repatriar al menor, se activa la obligación estatal de localizar a las familias a través de sus representaciones diplomáticas.

Este tupido entrecruzamiento de competencias convergentes sobre una misma materia termina generando, de algún modo, el efecto del condicionamiento del ejercicio de una competencia por el ejercicio de otra de distinta titularidad. Sólo que de un modo distinto al más habitual en nuestro sistema, producido como consecuencia de la localización territorial del ejercicio de la

127. Montilla Martos, J. A., «Las funciones...», *op. cit.*, p. 27. En línea con quien, el propio legislador, parece haber previsto, incluso, que las comunidades puedan suscribir acuerdos con los países de origen dirigidos a procurar que la atención e integración social de los menores se realice en su entorno de procedencia.

128. El art. 195 del vigente Reglamento de Extranjería no prevé, como hacía el anterior, que la repatriación fuera «ejecutada por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía», pero contempla esa vicisitud a través de constantes referencias a las Oficinas de Extranjería como responsables de la ejecución, sin perjuicio de la bienvenida referencia a que los menores puedan (deban) ser acompañados por personal de los servicios de protección de menores que los tutelen.

competencia y en el sentido del condicionamiento estatal del ejercicio de la competencia autonómica. En nuestro caso, el ejercicio de la competencia autonómica de protección de menores es el que determina el correlativo ejercicio de la competencia estatal.

Las llamadas a la colaboración en este terreno son constantes, al menos en el plano ejecutivo de la eficiencia de la actuación administrativa. En un estudio de corte constitucional sobre la distribución de competencias se impone analizar los efectos del principio de colaboración, consustancial, como siempre ha reconocido el Tribunal Constitucional, al sistema de reparto de competencias, aunque no esté expresamente mencionado en el tenor literal de la norma fundamental (por todas, STC 152/1988).

Tal principio implícito, pero esencial, puede tener dos manifestaciones distintas, aunque relacionadas. Existe un supuesto muy singular de competencias en colaboración que se refiere el ejercicio de competencias exclusivas y que es distinto del principio general de colaboración en el ejercicio de las competencias respectivas por parte del Estado y las comunidades autónomas, al que también nos vamos a referir, en segundo lugar, distinguiéndolo, por su parte, del supuesto de la participación de las comunidades autónomas en el ejercicio de determinadas competencias del Estado.¹²⁹

La primera tipología de competencias en colaboración suele disciplinarse por medio de cláusulas estatutarias que contemplan el ejercicio de la competencia autonómica en colaboración con el Estado. Salvando la inicial perplejidad producida por el hecho de que se regule en ejercicio de competencias exclusivas asumiendo la colaboración del Estado (el problema de las «falsas exclusivas») lo cierto es que, mediante esta técnica, «se garantiza que lo que hace uno de los órganos colaboradores no lo puede hacer el otro, de manera que sus actuaciones no son intercambiables, sino complementarias», porque, hay que entender, se basan en títulos competenciales distintos, atributivos de facultades diferentes y no intercambiables (STC 11/1986, FJ 3).

Ante el silencio de la Constitución y de los estatutos, el Tribunal Constitucional termina por apelar a los mecanismos de colaboración recogidos en otras

129. Siguiendo a Fernández Farreres, G., *La contribución...*, *op. cit.*, pp. 325-327, 345-365 y 328-332, respectivamente.

normas meramente interpretativas no integrantes del bloque de constitucionalidad (como, por ejemplo, los decretos de traspaso de competencias).¹³⁰

En el ámbito de la inmigración juvenil esta previsión tiene su valor de cara al futuro, en la medida que se establezca específicamente este marco de ejercicio de competencias exclusivas en colaboración. Por ahora, resulta de interés mencionar el precedente más inmediato relacionado con la materia de inmigración. Una de las novedades que incluyó el Estatuto de Cataluña tras su última reforma fue, precisamente, una previsión de esta naturaleza. Así, el artículo 138.2 EAC establece que:

(...) corresponde a la Generalitat la *competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros* cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña. Esta competencia, que se ejercerá en *necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros* (...).

Y precisa a reglón seguido que la misma competencia ejecutiva incluye:

- a) La tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena. b) La tramitación y la resolución de los recursos presentados con relación a los expedientes a que se refiere la letra a) y la aplicación del régimen de inspección y sanción.

Del mismo modo que el artículo 62.1.b) del Estatuto de Andalucía también incorporó, tras su última reforma, una previsión similar:

- b) La competencia ejecutiva en materia de autorizaciones de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Andalucía, *en necesaria coordinación con la competencia estatal* en materia de entrada y residencia y de acuerdo con lo que establezca la legislación del Estado. Esta competencia incluye la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo, la tramitación y resolución de los recursos presentados a dichas autorizaciones y la aplicación del régimen de inspección y sanción.

Nótese que sendos preceptos mencionan el principio de coordinación, cuyas diferencias con el principio de colaboración, por otro lado, no han sido siempre bien trazadas.¹³¹ La clave para incluir nuestro supuesto de ejercicio com-

130. Ídem, p. 326.

131. Para Otto, I., «Ejecución de la legislación del Estado por las Comunidades Autónomas y su control», en Martín-Retortillo Baquer, S. (coord.), *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. IV, Madrid, 1991, p. 3382, hay colaboración (él lo llama cooperación)

petencial en la colaboración y no en la coordinación la suministra la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 214/1989, FJ 20) al reafirmar:

(...) la voluntariedad en el caso de la cooperación frente a la imposición en la coordinación –ya que toda coordinación conlleva un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto del coordinado.

Siempre, a su vez, que la naturaleza voluntaria de una colaboración como la que debería poder articularse en el ámbito de la inmigración juvenil para garantizar la actuación de los poderes públicos concernidos se interprete en el sentido del *deber* genérico de colaboración constitucionalmente insito en el sistema de reparto de competencias.¹³²

Por su parte, es destacable del principio de colaboración que, como regla general, no incide en el sistema de distribución de competencias modificándolo o alterándolo (STC 76/1983, FJ 14), y, en general, su articulación concreta no viene predeterminada de antemano. A veces se han contemplado convenios de colaboración (STC 13/1992, FJ 7) pero, en ocasiones, se han buscado otras soluciones de cooperación «dentro del respeto a las respectivas competencias, aunque es evidente que la decisión final corresponderá al titular de la competencia» (STC 77/1984, FJ 3; STC 227/1988, FJ 20; STC 149/1991, FJ 4). Se trata, en todo caso, de dejar constancia de la constante reiteración tanto jurisprudencial como doctrinal de la colaboración interadministrativa como mecanismo idóneo para evitar fricciones competenciales.

En este orden de ideas, para garantizar el adecuado ejercicio de cada una de las competencias que conciernen a la gestión de la inmigración juvenil, podría ser deseable una regulación que arbitrara un procedimiento participado en el que se tuvieran en cuenta las competencias propias de cada una de las administraciones implicadas, así como la incidencia de la competencia propia en el ejercicio de las competencias ajenas.

donde el resultado se consigue de acuerdo con el principio de bilateralidad en alguna de las fases, mientras que hay coordinación cuando existe una decisión unilateral, acompañada o no de actividades bilaterales en su preparación. Del mismo parecer es Fernández Farreres, G., *La contribución...*, *op. cit.*, p. 350, para quien la colaboración es una modalidad de realización de actividades propias, mientras que la coordinación es una potestad sobre los demás.

132. *Vid. ídem*, p. 352.

El mecanismo, ya implementado desde 2009,¹³³ en relación con la gestión de las autorizaciones de trabajo, articulado a través de una plataforma informática, nos provee de un buen antecedente. Incluso tratándose de un supuesto técnicamente más complejo, ya que requiere el concurso de dos decisiones administrativas (autorización de trabajo y de residencia) acumulativas y más autónomas entre sí que en nuestro supuesto, en que la actuación estatal vendría legalmente determinada por la decisión autonómica, sobre lo que interesa al menor, de tutelarlos en unos casos y repatriarlos en otros.¹³⁴

A través de esta aplicación, en fin, se ha demostrado que cada administración puede conocer el exacto estado del procedimiento en tiempo real y disponer de toda la información necesaria que ambas administraciones comparten, hasta el punto de que, cuando por las razones que sean, hay que acudir al traslado físico de la información, se puede hacer de un modo mucho más rápido y diligente.

A través del procedimiento que proponemos, y mediante una plataforma informática de tales características que serviría de soporte a la tramitación del procedimiento administrativo,¹³⁵ sendas administraciones públicas podrían intercambiar la información más adecuada para el ejercicio de sus respectivas competencias en el ámbito de la inmigración juvenil. Así, por ejemplo, la Administración autonómica podría tener en cuenta los factores relacionados con la familia de origen del menor, conocidos a partir de los datos obtenidos por las representaciones diplomáticas en el exterior, y decisivos en todo caso para adoptar la decisión sobre si lo que procede es tutelar o repatriar al menor. Por su parte, la Administración estatal podría actuar con más previsión respecto a las nuevas autorizaciones de residencias de menores a los que se decida tutelar, y proveer más ágilmente su documentación. En su caso, además, la participación de ambas administraciones en el procedimiento redundaría previsiblemente en una más eficaz ejecución de la repatriación

133. Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio, por el que se modificó el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, para adecuarlo al traspaso de las competencias sobre autorizaciones iniciales de trabajo. Cuya legitimidad, desde la óptica de la distribución constitucional de competencias, fue resuelta favorablemente por la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de octubre de 2011.

134. Aja, E., *Inmigración...*, *op. cit.*, p. 181.

135. Palma del Teso, A. de, «Los menores...», *op. cit.*, p. 553, propone la creación de un procedimiento participado, no tanto para la toma de la decisión de repatriación, sino para la fase preparatoria del procedimiento.

una vez que, en su caso, la misma haya sido acordada, con participación tanto de los responsables de la entidad de protección de menores como de agentes de policía.

De modo que, una vez que la Administración autonómica decide la tutela del menor, el procedimiento daría lugar a la apertura del trámite de documentación, sustanciado ante la Administración estatal. También en el caso de la repatriación, decidida por la Administración autonómica, el procedimiento confluiría en la actuación administrativa estatal, en mejor y más eficaz colaboración con los servicios de protección de menores, tanto españoles como, en su caso, del país al que se repatría o de aquel en el que se encuentran los familiares, por ejemplo. Y ello sin mencionar su virtualidad en el delicado momento de la determinación de la edad, que hemos excluido deliberadamente del objeto de este estudio por generar unos problemas de corte distinto a los aquí tratados, pero sobre los que las instituciones asimismo reclaman un esfuerzo de coordinación a todas las instituciones y administraciones competentes.¹³⁶

Aunque con un planteamiento distinto, que basa la articulación en torno a un órgano de decisión más que en torno a un procedimiento, puede, en fin, resultar de interés la experiencia italiana del llamado Comitato per i Minori Stranieri. De acuerdo con las disposiciones que lo regulaban,¹³⁷ estuvo participado tanto por representantes de las administraciones estatal (Asuntos Exteriores, Interior, Asuntos Sociales, y Gracia y Justicia), provincial y local (competentes en materia de protección de menores en Italia) como por dos representantes de organizaciones sociales de mayor representatividad de entre las que operaban en el ámbito de la familia. Cierto es que la Administración estatal contaba con la mayor representación en el Comitato y que tal preponderancia determinaba una posición de control sobre las demás que suscitaba recelos. Tampoco puede pasarse por alto que su incardinación con

136. *Vid.* Síndic de Greuges, Resolución 2011 sobre procedimiento de edad de los menores extranjeros no acompañados; o Ararteko vasco, Resolución 5/2013, de 17 de junio, en sintonía con las conclusiones del Defensor del Pueblo, *¿Menores o adultos? Procedimientos de determinación de la edad*, 2011, disponible en https://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/Menores-O-Adultos-Procedimientos_para_la_determinacion_de_la_edad-vOPT.pdf. Me ocupé en detalle de estas cuestiones en Ruiz Legazpi, A., «La determinación de la edad de los extranjeros indocumentados», *Revista de Derecho Político*, núm. 61, 2004, pp. 141-172.

137. Art. 33, Testo Unico y Regolamento concernente i compiti del Comitato per i minori stranieri, DPCM, n. 535, de 9 de diciembre de 1999, derogado por el art. 12 comma 20, del DL 95/2012 (convertido con modificaciones en Ley L. n. 135/2012).

el más alto rango en la jerarquía administrativa (en la Presidencia del Consejo de Ministros) dificultó sobremanera una eficiente actuación en la práctica.

El Comitato tenía, además, sede en Roma, lo que dificultaba aún más su operatividad, no sólo porque la decisión de lo que convenía al menor se tomaba en la lejanía física del menor (o, en su defecto, si quería ser oído, con el correspondiente traslado a los efectos), sino porque, al requerir el desplazamiento de alguno de sus miembros, difería notablemente la inmediatez en la toma de decisiones, que tampoco podía suplirse con reuniones periódicas, pues se reunía con poca frecuencia, de modo que, en cada sesión, terminaba por analizar varios casos a la vez.¹³⁸

A pesar de que en Italia se decidiera prescindir de él,¹³⁹ se ha considerado de interés citarlo en la medida que pueda servir como posible modelo sobre el que articular el ejercicio de las competencias respectivas sobre las materias implicadas tanto en la repatriación del menor para reagruparlo con su familia en el país de origen o en aquel otro en el que se encuentren como, especialmente, en la residencia tutelada.¹⁴⁰

138. Vid. Peti, G., *Il male minorile. La tutela dei minori stranieri come esclusione*, Verona, 2004, pp. 51 y ss.

139. Tras su supresión (12 comma 20, del DL 95/2012; convertido con modificaciones en Ley L. n. 135/2012), las funciones que en su día correspondían al Comitato per i Minori Stranieri han sido asumidas por la Dirección General de la Inmigración y Política de Integración, lo que coloca a un órgano de la Administración central italiana en una situación incompatible con el modelo español de distribución de competencias que estamos analizando.

140. De hecho, en nuestro país existe algún antecedente de experiencia piloto más o menos formalizada a través, normalmente, de protocolos para la coordinación de los distintos agentes implicados. Por ejemplo, el primer Protocolo de actuación en relación con los menores extranjeros no acompañados y para facilitar la repatriación de los mismos, aprobado el 12 de diciembre de 2002 por el Observatorio de la Infancia (órgano colegiado, entonces dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en el que están representadas tanto la Administración General del Estado como las autonómicas y locales, así como ONG que trabajan en el campo de la infancia), fue sustituido por un nuevo Protocolo de menores extranjeros no acompañados, aprobado por acuerdo adoptado en la reunión del Grupo de Menores no Acompañados de la Infancia el 14 de noviembre de 2005. Vid. Blanes Gómez, E., «Nuevos retos que plantean los menores extranjeros a la Administración General del Estado», en Lázaro González, I. E., y Culebras Llana, I. (coords.), *Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al Derecho. IV Jornadas sobre Derecho de los Menores*, Madrid, 2006, p. 95. Por su parte, el Gobierno en su día reconoció la necesidad de elaborar un protocolo enfocado a mejorar la coordinación de las administraciones en el ámbito de la repatriación de menores, *Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, núm. 45, de 2 de julio de 2008, p. 120, en el sentido que recomienda reiteradamente el Defensor del Pueblo en sus informes. Por todos, el *Informe 2012*, p. 156.

Ciertamente, la instauración de un procedimiento participado se amolda mejor que la de un organismo participado a la secuencia temporal de intervenciones públicas, pero probablemente no son incompatibles entre sí y junto al procedimiento participado se pueden establecer otros mecanismos de colaboración más enfocados a los órganos.

Con independencia de las propuestas de lege ferenda, en este trabajo sólo se ha querido analizar en detalle la regulación de la inmigración juvenil enfocada desde un reparto de competencias respetuoso con las reglas constitucionales. Como en él se analiza, una distribución de las tareas asignadas a los poderes públicos acordes con el reparto constitucional de competencias puede redundar en una más eficiente regulación y gestión del complejo fenómeno de la inmigración juvenil.

VII

Conclusiones

Si se parte de un análisis de la regulación vigente de la inmigración juvenil, se deduce, a través de la debida interpretación conforme con el mandato constitucional contenido en el artículo 39.4 CE, su carácter eminentemente protector. En efecto, incluido su régimen en el artículo 35 de la Ley de Extranjería, con él se trata de amoldar a la realidad de la extranjería del joven los postulados del sistema de protección de menores establecidos, básicamente, por la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (y los cambios que, en su día, introdujo tal Ley Orgánica 1/1996 en el Código Civil).

Así, se prevé la repatriación del menor para reagruparlo con su familia o reintegrarlo en su entorno, en aplicación del principio general de reunión de los niños con su familia, salvo que ello sea perjudicial para su superior interés (art. 9 CDN y art. 172.4 CC). Del mismo modo que se prevé (de modo subsidiario en la teoría, pero como solución abrumadoramente preferente en la práctica) la residencia del menor extranjero tutelada por los servicios públicos. Incluso, tras la reforma del 2009, se admite la tutela ordinaria que se establezca judicialmente como cauce para garantizar la permanencia del menor en el país, en este caso a cargo de personas individuales, y no de entidades públicas.

Entre los dos polos –integración frente a control–, inevitablemente en tensión en cualquier política migratoria, en nuestro campo de estudio el relativo al control policial de los flujos y la persecución de la inmigración irregular cede frente al de la integración. Es, de nuevo, la consecuencia directa asumida por el legislador del mandato constitucional de protección del menor y la imposición de su superior interés como cuestión preferente (CDN ex art. 39.4 CE).

Es evidente, entonces, como primera conclusión, que nos encontramos ante una realidad social que no encaja con la inmigración como materia competencial asignada en exclusiva por el artículo 149.1.2ª CE al Estado.

En efecto, siguiendo la estela doctrinal, el propio Tribunal Constitucional ha corroborado una lectura contenida y prudente del artículo 149.1.2ª CE como título atributivo de competencias al Estado en materia de inmigración. Y lo ha

limitado al llamado *núcleo duro* para garantizar que las comunidades autónomas no vean alteradas sus competencias sectoriales como consecuencia de la presencia de la inmigración, tal como sucedería si, al contrario, se contemplara este título con carácter horizontal y una naturaleza de arrastre tal que sirviera para franquear la intervención del Estado por la mera existencia de un destinatario extranjero en las políticas, sobre todo las sociales. Lo hizo en la STC 31/2010 (FJ 83).

Por *núcleo duro* de la inmigración se entiende el conocido como *contenido tradicional* del derecho de extranjería. El perímetro más próximo a la soberanía, omnicompreensivo de todas aquellas cuestiones relativas a la situación jurídico-administrativa del inmigrante o, por expresarlo más gráficamente, las decisiones que afectan a la entrada, salida y permanencia de extranjeros. Aspectos todos ellos que están al servicio de la política de control de flujos migratorios como manifestación genuinamente soberana del Estado de decidir sobre los extranjeros que admite en su territorio.

En el caso de la inmigración juvenil, pues, fuera del hecho debido de la documentación administrativa del menor tutelado, el Estado no estaría constitucionalmente habilitado para intervenir basándose en este título, por más que sea inercialmente invocado por el legislador (de una manera un tanto tortuosa: en la disposición final 2ª de la Ley Orgánica 2/2009, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, y por referencia, además, a los preceptos no orgánicos, dando a entender que los demás son dictados al amparo del artículo 81.1 CE, separándose de la jurisprudencia constitucional).

La tarea de buscar un título competencial específico, respetando la preferencia fijada por el Tribunal Constitucional frente a los más genéricos, nos llevó a dejar de lado inicialmente las posibilidades conferidas al Estado por el artículo 149.1.1ª CE. Al menos las que se derivan de su conexión con el artículo 149.1.2ª CE. Sobre su eventual alcance en el terreno de la inmigración juvenil, dada su incidencia en los derechos de protección de los que son titulares los menores, sin embargo, hubimos de volver después para alcanzar una conclusión valiosa, una vez exploradas las limitaciones de otros títulos, como decimos, más específicos.

Inicialmente, emergieron como títulos fértiles tanto la legislación civil, a la que alude el artículo 149.1.8ª CE, como, desde luego, la protección de los menores, asumida por las comunidades autónomas sobre la base de la cláusula

residual del artículo 149.1.3ª CE, aunque se entienda que a ella se refería el artículo 148.1.20ª CE, al mencionar la «asistencia social».

La «legislación civil» está prevista como competencia exclusiva del Estado en el artículo 149.1.8ª CE. Pero de su prolija redacción se desprende enseguida la compartición de esta materia, al menos en algunos aspectos, y aunque sólo sea en aquellas comunidades que históricamente contaban (o al menos lo hacían en el momento de entrar en vigor la Constitución) con derecho civil foral o propio. Así se constata de la progresiva interpretación jurisprudencial de este precepto acuñada por el Tribunal Constitucional, analizada pormenorizadamente en nuestro trabajo.

El reparto de las competencias estatales y autonómicas sobre la inmigración juvenil al amparo del título de «legislación civil», en los términos constitucionalmente determinados por el artículo 149.1.8ª CE según la jurisprudencia constitucional, es, precisamente, otra de las conclusiones reseñables de este estudio.

Y ello aunque tal trazado de deslinde concierna sólo a las comunidades autónomas de Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia y Navarra, así como a Vizcaya y Álava, por ser las únicas que cuentan con derecho civil propio. No sólo porque se trata –especialmente los territorios del País Vasco y Cataluña– de zonas donde la presencia de inmigración juvenil es estadísticamente más relevante que en otras regiones, sino porque, como es evidente que las demás comunidades autónomas carecen de competencia alguna al respecto, ha de convenirse en que lo que pueda el Estado realizar en el caso de aquéllas está, con más razón, igualmente habilitado constitucionalmente para emprenderlo en las comunidades autónomas que se rigen por el llamado derecho civil común.

Así, no se puede dudar de que corresponde al Estado la regulación de la edad como estado civil y las reglas sobre la adquisición de la plena capacidad jurídica de obrar y, en especial, la determinación de los requisitos de representación legal para suplir tal falta de capacidad jurídica plena. Aspectos sobre los que incluso las comunidades autónomas con derecho civil propio carecen de competencia.

A esta conclusión se llega por la interpretación sistemática del artículo 149.1.8ª CE con la disposición adicional segunda de la Constitución. En efecto, la ha-

habilitación de esta última disposición en relación con las especialidades de la capacidad de obrar (anticipación de la mayoría de edad) ha de entenderse, *sensu contrario*, como limitadora de que, a falta de previsión constitucional expresa, las comunidades autónomas de derecho civil propio puedan desplegar sus facultades (conservar, modificar o desarrollar) alguno de estos aspectos jurídico-civiles. Teniendo en cuenta, además, que la habilitación expresa ha de entenderse circunscrita a Aragón y Navarra, y, adicionalmente, que está acotada al ámbito jurídico privado. De modo que hay que convenir que incluso en aquellos casos con habilitación constitucional expresa para incidir en la capacidad jurídica y sus efectos en cuanto a la representación legal, tales comunidades carecen de potestad en la regulación de los aspectos del estatuto de protección propios del régimen jurídico de la inmigración juvenil, de eminente carácter público. Por su parte, también hay que asumir que es discutible que Cataluña cuente con competencia para introducir especialidades normativas en este campo abierto por la disposición adicional segunda al amparo de la doctrina de las «instituciones conexas», como proponen algunos autores. En todo caso, no las ha incluido.

De modo que, al final, la competencia del Estado en legislación civil presenta una disposición mucho más uniforme de lo que inicialmente cabía pensar, y de contornos de geometría no tan variable, al menos que sean reseñables en el planteamiento general inicial de la inmigración juvenil. Y, en definitiva, el Estado asume la competencia legislativa en cuanto a la determinación del estado civil derivado de la edad, las reglas de adquisición de la plena capacidad jurídica de obrar y los requisitos de representación legal en el ámbito jurídico público.

Adicionalmente, tratándose de menores de edad provenientes de otras nacionalidades, el Estado refuerza esa competencia material en el ámbito civil con la derivada de su capacidad exclusiva de fijar normas para resolver los «conflictos de leyes». De suerte que, al amparo del artículo 149.1.8ª CE, forma parte de su ámbito de decisión legislativa el establecimiento de las normas de derecho internacional privado que propicien la aplicación de la legislación española tanto en la determinación de la mayoría de edad como en la designación de la normativa española de protección. Tal como ha entendido el Tribunal Constitucional (STC 156/1993, de 6 de mayo).

Ahora bien, la competencia del Estado para regular el estado civil determinado por la edad y para fijar las reglas de adquisición de la plena capacidad

de obrar y, con ellas, los requisitos de representación legal para suplir la falta de tal capacidad plena no prejuzga otras competencias de las comunidades autónomas que, disponiendo de ellas, puedan ejercer legítimamente en el ámbito civil con incidencia indirecta en la inmigración juvenil.

En primer lugar, las que puedan tener en relación con las concretas formas y figuras a través de las cuales se articula y que, como tal, puedan estar ancladas a su capacidad para «conservar, modificar y desarrollar» el derecho civil propio, en los términos analizados extensamente en este trabajo. Hemos hablado de las reglas de determinación de la capacidad de obrar y su condicionamiento de la necesidad de contar con representación legal como atributos del Estado, pero no de las figuras concretas a través de las que se ejerce y se lleva a cabo la representación para suplir la falta de capacidad de obrar sobre las que estas comunidades autónomas sí pueden disponer de facultades normativas.

Nos referimos, por ejemplo, a las formas de articular la tutela que, como requisito de representación legal del menor (que sí regula y establece el Estado), puede corresponder desarrollar a las comunidades autónomas (acogimiento residencial o familiar, con sus diversas variables en residencias, casas de acogida, acogimiento con familiares, con otras familias, etc.) y que sí pueden establecer las comunidades autónomas al amparo de su capacidad de conservar, modificar y desarrollar su propio derecho civil, cuando este último comprende cuestiones relativas al *status familiae*. Nótese en este capítulo la capacidad de desarrollar «instituciones conexas» que el Tribunal Constitucional ha reconocido a estas comunidades autónomas.

Estas conclusiones se refuerzan con la interpretación que ha apuntado el Tribunal Constitucional en dos asuntos de importancia aquí. En la STC 72/1983, de 29 de julio, se debatía una ley vasca de cooperativas, y uno de los razonamientos que empleó el Tribunal Constitucional para declarar su inconstitucionalidad fue, precisamente, que la determinación de la ley que rige la capacidad y representación (de persona jurídica, y no física, como en el caso que nos ocupa más directamente) es una norma de solución de conflictos reservada al Estado. Una doctrina que corrobora la definición de la competencia estatal aquí defendida.

De la misma manera, que en el ATC 161/2011, de 22 noviembre, se encuentran argumentos en defensa del ámbito autonómico en la legislación civil que

en este estudio se plantea. En él, a la espera de la sentencia que resuelva sobre el fondo del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de la Comunidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, que prioriza la custodia compartida como régimen preferente en caso de ruptura matrimonial si no hay acuerdo entre los padres, en un sentido más incisivo de lo que dispone el Estado (que permite al juez adoptarla en interés del menor, pero no la impone), el Tribunal Constitucional ha levantado la suspensión que sobre ella pendía. Si bien no prejuzga la constitucionalidad ex artículo 149.1.8ª CE de esta disposición, sí puede constituir una buena pista en el sentido que aquí defendemos.

Si se diferencia el estado civil y las reglas sobre límite de capacidad de obrar y el modo en que se articula la representación legal que la suple, especialmente en el ámbito del cuidado del menor, puede atisbarse algún campo de actuación en virtud de la legislación civil propia en las comunidades autónomas que disponen de él, por más que la tendencia general, salvo excepciones, seguida en la práctica sea la de homogeneizarse con el derecho civil común. Probablemente por influencia del marco homogeneizador que sí establece el Estado en relación con el sistema de protección de menores por la vía que a continuación se explica y que a veces es difícil de diferenciar del ámbito civil en que se ha situado el análisis hasta el momento.

Una de las cuestiones que ha añadido complejidad a nuestro estudio ha sido discernir la existencia de dos tipos (a veces llamados circuitos) distintos de instituciones de protección. Las de naturaleza civil (tutela, guarda, curatela) y la de naturaleza administrativa (cristalizada en la tutela administrativa a cargo de las entidades públicas de protección de menores). Ya que parece evidente que una y otra apelan a títulos competenciales diversos.

Esta última tutela administrativa constituye, además, tal como se explica en el trabajo, la piedra angular sobre la que pivota todo el sistema jurídico de protección de menores. Es, precisamente, lo que motiva que hayamos analizado en detalle las posibilidades tanto normativas como ejecutivas de las comunidades autónomas en este terreno y que hayamos llegando a las conclusiones que de inmediato se exponen.

En primer lugar, de acuerdo con las reglas de distribución constitucional de competencias, puede objetarse la legitimidad constitucional de aquella parte de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor que, regulando la tutela

automática por los entes públicos de protección, se funda en la competencia de «legislación civil» prevista en el artículo 149.1.8ª CE. Pues no es materia civil, al constituir, precisamente, una institución de protección de menores de naturaleza administrativa, respecto de la cual el Estado sólo tendría, a lo sumo, la capacidad de «regular» esas «condiciones básicas» en virtud del artículo 149.1.1ª CE.

De modo que, siempre de acuerdo con la Constitución, la capacidad de intervención estatal en la protección de menores se ceñiría sólo a la regulación y sólo de esas ciertas condiciones básicas de las instituciones de protección, ex artículo 149.1.1ª CE. Y las comunidades autónomas retendrían, entonces, no sólo todas las competencias ejecutivas, sino también el margen regulatorio (normativo) que quede fuera del establecimiento de las condiciones básicas. Dicho de otro modo, basándose en sus competencias relativas a la protección de menores, en fin, las comunidades autónomas son muy libres de configurar el marco de protección de los menores en todo lo que no sea condición básica ex artículo 149.1.1ª CE, de conformidad con sus propios estatutos de autonomía.

Se asume, como conclusión del estudio que, en efecto, la configuración de un sistema de protección como el basado en la tutela administrativa, en el que las instituciones públicas tienen asignado un cometido proactivo, reúne esta característica y se trata de una condición básica del modelo.

A favor de esta premisa actúa el carácter rector (de la política social y económica) del principio de protección de los menores predicable de un mandato como el que contiene el artículo 39 CE, regulado en el título constitucional reservado a los derechos fundamentales. No se trata de negar su eficacia como mandato de optimización al que se someten los demás poderes públicos, sino de reforzar su proyección como *derecho* sobre cuyas condiciones básicas de ejercicio se pronuncia el artículo 149.1.1ª CE.

Todavía con más razón cuando, como en el caso de los extranjeros, son la llave que abre el acceso a todo el sistema de protección, que, como se recordará, ha sido calificado por el Tribunal Constitucional como de *orden público* e indisponible, por tanto, para los poderes públicos (STC 141/2000). A esta filosofía debe entenderse que responde el artículo 35.5 LE, que, en su previsión sobre esta tutela de los menores, no merecería tacha de constitucionalidad alguna, pues de acuerdo con la disposición adicional segun-

da de la Ley Orgánica 2/2009, que le brinda su redacción actual, se debe considerar dictado, precisamente, al amparo de este título (art. 149.1.1ª CE).

En este supuesto, tanto la tutela administrativa para el caso de desamparo como el reconocimiento de su aplicación en el caso de los menores extranjeros pueden ser, en efecto, legítimamente regulados –como de hecho lo son– por el Estado (art. 172 CC y art. 35 LE).

Lo mismo cabe decir, incluso, respecto a la repatriación. Siempre que sea leída como modelo también básico del sistema de protección que se aplica a los menores cuando son extranjeros (art. 35 LE). En este caso, habría que tener en cuenta, una vez más, que la previsión no constituiría sino una especificación a la realidad de la inmigración juvenil del derecho del menor a la vida en familia, y en definitiva, su derecho a no ser separado de ese entorno salvo que su interés superior lo aconseje (art. 9 CDN y art. 172.4 CC).

De modo que estas líneas generales contenidas en el artículo 35 LE no presentarían tacha de constitucionalidad pues hay que entenderlas dictadas, como condiciones básicas del sistema de protección de menores cuando son extranjeros, en virtud del artículo 149.1.1ª CE. Recuérdense que este último es el título precisamente invocado (de una manera, insistimos, un tanto tortuosa por la disposición final 2ª de la Ley Orgánica 2/2009, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000: por referencia a los preceptos no orgánicos, dando a entender que los demás son dictados al amparo del art. 81.1 CE, alejándose de la jurisprudencia constitucional).

En ambos casos, tanto para la residencia tutelada como para la repatriación que persigue reintegración familiar, el paraguas competencial hay que encontrarlo en el artículo 149.1.1ª CE, que, en efecto, es invocado en la regulación específica prevista en el artículo 35 LE para los menores extranjeros. Y ello al margen de que la configuración de la tutela administrativa del menor en desamparo a la que el propio artículo 35 LE se remite, y que se contiene en el artículo 172 CC, haya que entenderla incorrectamente regulada en este último precepto, dictado ex artículo 149.1.8ª CE.

Nótese que hablamos tanto ex artículo 149.1.1ª CE («regulación») como ex artículo 149.1.8ª CE («legislación») de competencias, por lo demás, exclusivamente *normativas* del Estado. Se excluyen, por tanto, aspectos de ejecución.

Si se tiene en cuenta la doctrina consolidada ya por el Tribunal Constitucional (desde la STC 86/1991, FJ 9, a la STC 31/2010, FJ 61), y a pesar de la reconocida dificultad que entraña el deslinde de conceptos, se concluye que la competencia normativa del Estado se termina en la facultad de dictar leyes y reglamentos (ejecutivos) de carácter general, sin que pueda comprometer, como regla, la ejecución a través de los actos individuales de aplicación.

En consecuencia, la previsión de la legislación de extranjería por la que se atribuye la decisión de repatriar al menor a la Administración del Estado no encontraría soporte competencial. Una de las principales conclusiones de este trabajo es, por tanto, que el inciso del artículo 35.5. LE que establece que «la *Administración del Estado* resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen, a aquél donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España» sería inconstitucional.

En efecto, la decisión en el caso concreto sobre retorno o tutela es una competencia de corte ejecutivo que no puede asumir el Estado en virtud de ninguno de los títulos competenciales que se entrecruzan en su favor: ni «legislación civil» del artículo 149.1.8ª CE ni «condiciones básicas» del artículo 149.1.1ª CE. Además, y de modo definitivo, porque si no puede considerarse «regulación de condición básica», tal decisión ejecutiva entra de plano en la materia de protección de menores como competencia exclusiva de las comunidades autónomas.

Lo mismo cabe decir, en nuestra opinión, y en lógica consecuencia, respecto de la figura conforme a la cual se ejecuta o instrumentaliza la tutela en cada caso concreto. El Estado puede regular la necesidad de tutelar a los menores como manifestación de su capacidad para legislar en una materia civil en lo que concierne al estado civil y la capacidad jurídica de obrar. E incluso, como condición básica puede imponer a las administraciones autonómicas competentes la obligación automática de tutelar a los menores. Pero lo que el Estado no puede adoptar es la decisión que en cada caso concreto se adopte: ni sobre la elección entre repatriación o residencia tutelada ni, en este último caso, sobre el modo o figura a través de la que se articula, en concreto, la tutela (acogimiento familiar o residencial, básicamente).

Y así ha de plantearse (y, en su caso, resolverse) la eventual fricción entre legislaciones que, como la catalana, apuestan por la preferencia del acogimiento familiar en contraste con la estatal, tendencialmente inclinada por

la institucional. Pensemos que el artículo 239 CC confiere, *sensu contrario*, carácter preferente a esta tutela administrativa frente a la ordinaria, en línea con el último párrafo de la exposición de motivos de la propia Ley Orgánica de Protección Jurídica de Menores que la afirma, rotundamente. En contraposición, por ejemplo, a lo dispuesto en el artículo 120.2 de la Ley catalana 14/2010, sobre los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, que otorga clara preferencia al acogimiento familiar.

Vemos, en suma, que el Estado puede regular, como efectivamente hace en los artículos 172, 173 y 173 bis CC (en la redacción dada por el art. 19 LOPJM), no sólo la tutela, sino también el acogimiento familiar o el acogimiento residencial, como figuras a través de las cuales se realiza la tutela administrativa. Ahora bien, al hacerlo, debe respetar, por un lado, las demás figuras de protección que hayan podido contemplar las comunidades autónomas en el ámbito de la protección pública de menores (recordemos que el art. 149.1.1^a CE no opera en la lógica legislación básica - desarrollo: STC 61/1997, FJ 7a). Por otro lado, sería recomendable que considerara que todas ellas pueden ser de interés, además, en la gestión de un fenómeno como el de la inmigración juvenil en el que, dadas sus peculiaridades cambiantes de unos lugares a otros, quizá pueda encontrarse mejor respuesta en una adecuada combinación de figuras propias de protección con el desarrollo particular de las previstas como condición básica por el Estado. Lo que nos conduce de nuevo al plano autonómico de la ejecución.

En este sentido, hay que insistir en que la opción en el caso concreto entre figuras de protección la ha de hacer, siguiendo los criterios legales, la autoridad competente, que es la autonómica por consistir un acto de naturaleza ejecutiva que forma parte de la materia de protección de menores. De modo que, cuando no haya reserva de jurisdicción (el caso de la tutela ordinaria), la misma debe ser adoptada por la Administración autonómica sobre la base de las disposiciones legales y el interés superior del menor en el caso concreto. En este sentido, nótese que incluso cuando hay reserva de jurisdicción por tratarse de una institución civil, se confiere a la administración tutora un papel importante en el procedimiento jurisdiccional que desemboque, eventualmente, en la constitución de la figura civil de protección de la que, en su caso, se trate (art. 1828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, cuya vigencia se salvaguarda en la disposición derogatoria 1.1^a de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil).

Así, en lo que a la inmigración juvenil se refiere, aunque la Ley de Extranjería no lo contemple expresamente, es evidente que, cuando el artículo 35.7 LE habla de la tutela por una «Administración Pública o en virtud de resolución judicial, por cualquier otra entidad» (en referencia a la llamada tutela ordinaria), está haciendo alusión a la posibilidad abierta por el propio artículo 239 CC, y en cuya actuación tiene un papel activo decisivo la propia Administración autonómica que, hasta que recaiga resolución judicial es, no se olvide, tutora legal del menor extranjero, por disposición automática de la ley.

En todo caso, lo definitivo es que, también desde esta perspectiva, la decisión entre la alternativa de la residencia tutelada y la repatriación del menor para reintegrarlo en su entorno familiar como dos figuras o técnicas complementarias de protección del menor extranjero es, a todas luces, una decisión ejecutiva que se encuadra en el terreno material de la protección de menores y corresponde, por tanto, a la Administración autonómica. Viciando con toda probabilidad la legitimidad del artículo 35.7 LE, insistimos en el inciso en que tal decisión es atribuida a la Administración del Estado.

Siempre desde esta lógica, también es problemática la previsión del propio artículo 35.11 LE de otra actuación ejecutiva del Estado con difícil engarce competencial, habida cuenta de la materia de protección de menores sobre la que igualmente versa. Nos referimos a la disposición según la cual «La *Administración General del Estado* y las Comunidades Autónomas *podrán establecer convenios con organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores, con el fin de atribuirles la tutela ordinaria de los menores extranjeros no acompañados*». Y concluimos que debe ser considerada, igualmente, poco respetuosa del reparto constitucional de competencias.

Sin divagar en el debate teórico sobre *conurrencias competenciales*, de si estamos ante un supuesto de competencias concurrentes o, como parece más probable, de concurrencia de materias en las que confluyen varias competencias estatales y autonómicas, lo cierto es que nadie puede cabalmente discutir el indudable efecto que este ejercicio de competencia autonómica sobre la tutela del menor tiene en una inequívoca competencia estatal sobre el reconocimiento del estatus de extranjero residente y su documentación correspondiente.

El propio artículo 35.7 LE es consciente de ello cuando declara la regularidad de la estancia de un menor tutelado, tanto por la Administración como bajo la fórmula de la tutela ordinaria, e impone al efecto la obligación de documentar al menor. Así como el artículo 35.9 LE toma en consideración esta circunstancia cuando, tratando de resolver uno de los problemas endémicos en la gestión de la inmigración juvenil, habilita al reglamento para que determine las condiciones en que los jóvenes tutelados pueden, una vez alcanzada la mayoría de edad, ser igualmente documentados y permanecer legalmente en España.

Concluimos en este estudio, en fin, que con una regulación de la inmigración juvenil respetuosa con la distribución constitucional de competencias no es difícil encontrar el cauce por el que transcurra la debida colaboración entre administraciones. En especial, consideramos de más eficacia y utilidad un procedimiento participado.

El modelo a seguir lo constituiría, en nuestra opinión, el procedimiento instaurado para implementar las previsiones de los estatutos de autonomía que atribuyen a la comunidad autónoma respectiva la competencia ejecutiva en autorización inicial de trabajo, condicionante, a su vez, de la autorización de residencia que expide el Estado, en un único acto final resultante de dos voluntades administrativas concurrentes.

Tomando como ejemplo este último caso previsto en la ley y ya funcionando, creemos que en el ámbito de la inmigración juvenil podría instaurarse esta suerte de canal, a través del cual fluyera la llamada *colaboración en el ejercicio de competencias exclusivas*. Sin que fuera imprescindible consagrarla estatutariamente, como en el supuesto que tomamos de referencia, pues hemos visto que el bloque de constitucionalidad ya dota de normas claras, podría materializarse a través de una reforma de la Ley de Extranjería, en su artículo 35 LE, acorde con las reglas constitucionales de distribución de competencias en el ámbito de la inmigración juvenil.

Bibliografía

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., «Comentarios al artículo 9 del Código Civil», en ALBALADEJO, M., y DÍAZ, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, 1995.

AJA, E., *Inmigración y democracia*, Madrid, 2012.

—, «La política inmigratoria del Estado como marco de la actividad de las Comunidades Autónomas», en AJA, E., MONTILLA, J. A., y ROIG, E. (coords.), *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Valencia, 2006.

ALÁEZ CORRAL, B., «Disposición adicional segunda», en CASAS BAAMONDE, M.^a E. *et al.*, *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, Madrid, 2009.

ALBALADEJO, M., *Compendio de Derecho Civil*, Madrid, 2011 (14^a ed.).

ARENAS GARCÍA, R., «Dimensión internacional de la tutela por ministerio de la ley», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1997.

AROZAMENA SIERRA, J., «Competencia de las Comunidades Autónomas en materia civil: el artículo 149,1.8^a de la Constitución», *Actualidad Civil*, núm. 35, 1988.

ARROYO GIL, A., «El inacabado debate sobre la competencia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 28, 2008.

BARBER CÁRCAMO, R., «Constitución y el Derecho civil», *Revista de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm. 2, 2004.

BARNES, J., *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1^a*, Barcelona, 2004.

BARRIO GALLARDO, A., «Condicionamientos materiales del Derecho civil, foral o especial», *Cuadernos Lacruz Berdejo*, núm. 2, 2005.

BARRÓN ARNICHES, P., «La acumulación de las instituciones de protección de la persona en el nuevo Libro II del *Codi Civil de Catalunya*», en *La codificación del Derecho civil en Cataluña: Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Barcelona, 2011.

BAYERRI LOSADA, B., «El menor de edad de catorce años en el derecho civil de Aragón. Su capacidad de obra», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., y MARTÍNEZ SIMANCAS, J. (dirs.), *Derechos civiles de España*, vol. VI, Pamplona, 2000.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 1, 1993.

BLANES GÓMEZ, E., «Nuevos retos que plantean los menores extranjeros a la Administración General del Estado», en LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., y CULEBRAS LLANA, I. (coords.), *Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al Derecho. IV Jornadas sobre Derecho de los Menores*, Madrid, 2006.

BOSCH CAPDEVILLA, E., «La distribución de competencias en materia de legislación civil: de la Constitución española de 1931 al Estatuto de Cataluña de 2006», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 701, 2007.

BIGLINO CAMPOS, P., *Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia*, Madrid, 2007.

CARRASCO PERERA, A., «La Codificación civil catalana: competencia y optimización», en *La codificación del Derecho civil en Cataluña: Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Barcelona, 2011.

CARRETERO ESPINOSA, C., «La competencia legislativa de las comunidades autónomas en materia de menores», *Protección jurídica del menor*, Granada, 1997.

CASTRO BRAVO, F., *Derecho civil en España*, tomo I, Madrid, 2008.

CONTRERAS, P. P., «Artículo 172», en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a las Reformas del Código Civil*, Madrid, 1993.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *¿Menores o adultos? Procedimientos de determinación de la edad*, 2011, https://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/Menores-O-Adultos-Procedimientos_para_la_determinacion_de_la_edad-vOPT.pdf.

DÍEZ BUESO, L., «El marco competencial», en POMED SÁNCHEZ, L., y VELASCO CABALLERO, F. (eds.), *Ciudadanía e inmigración. Monografía de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, 2003.

ESPINAR VICENTE, J. M.^a, *Teoría general de Derecho internacional privado*, Madrid, 2000.

ESTEBAN DE LA ROSA, G., «Situación jurídica y protección social de los niños extranjeros en España», en MOYA ESCUDERO, M. (coord.), *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Granada, 2001.

FERNÁNDEZ ALLES, J. J., «Las competencias sobre inmigración en la jurisprudencia constitucional: del mito de la exclusividad a las relaciones intergubernamentales», *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España. II Jornadas ítalo-españolas de Justicia Constitucional*, Valencia, 2005.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Madrid, 2005.

—, «La subvención y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 38, 1993.

FERNÁNDEZ MASÍA, E., «Las entidades públicas y la protección de los menores extranjeros», *Actualidad Civil*, núm. 2, 1998.

GÁLVEZ MUÑOZ, L., «Disposición adicional segunda», *La Constitución española de 1978*, Madrid, 2003 (ed. revisada en 2011 por A. GONZÁLEZ ESCUDERO).

GARCÍA VÁZQUEZ, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Valencia, 2007.

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil, I, Parte General del Derecho civil*, vol. I, *Introducción* (ed. revisada por J. DELGADO ECHEVARRÍA), Madrid, 1988.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., «Derecho civil común de España y Derecho civil propio de las Comunidades Autónomas (II)», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1728, 1994.

—, «Derecho civil común de España y Derecho civil propio de las Comunidades Autónomas (I)», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1727, 1994.

LASARTE ÁLVAREZ, C., «Art. 149.1.8», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución*, tomo XI, Madrid, 1999.

—, «Disposición adicional segunda: la ampliación de la capacidad de menores en los derechos forales aragonés y navarro», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución*, tomo XII, Madrid, 1999.

—, *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*, Madrid, 1980.

LLOVERAS FERRER, M. R., «La competencia en Derecho civil en la STC sobre el Estatuto», *InDret*, núm. 4, 2010.

MERCADER UGUINA, J. R., «Asistencia social: art. 148.1.20ª CE», en CASAS BAAMONDE, M.ª E. *et al.*, *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, Madrid, 2009.

MOLINA NAVARRETE, C., «Situaciones de los extranjeros», en MONEREO PÉREZ, J. L., y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social (LE 4/200 y RD 557/2011)*, Granada, 2013.

MOLINER NAVARRO, R. M., «Reagrupación familiar y modelo de familiar en la LO 8/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España», *Actualidad Civil*, núm. 14, abril 2001.

MONTILLA MARTOS, J. A., «Las funciones y competencias de las CCAA en inmigración», en AJA, E., MONTILLA, J. A., y ROIG, E. (coords.), *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Valencia, 2006.

—, «El fenómeno de la inmigración en España en el Estado autonómico», en VVAA, *El Estado autonómico: Integración, solidaridad y diversidad*, Madrid, 2005.

MONTILLA MARTOS, J. A., y VIDAL FUEYO, C., *Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 2007.

OTTO, I., «Ejecución de la legislación del Estado por las Comunidades Autónomas y su control», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (coord.), *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. IV, Madrid, 1991.

PADIAL ALBÁS, A., «La protección de la infancia i l'adolescència a l'actual normativa catalana: la declaració de desemparament i l'acolliment», *La codificación del Derecho civil en Cataluña: Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Barcelona, 2011.

PALMA DEL TESO, A. de, «Las competencias de la Generalitat de Cataluña en materia de protección pública de menores», *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm. 5, 2007.

—, *Administraciones públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, Madrid, 2006.

—, «Los menores inmigrantes no acompañados», en AJA E., MONTILLA, J. A., y ROIG, E. (coords.), *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Valencia, 2006.

PÉREZ DE ONTIVEROS, C., «Ley 50», en RUBIO TORRANO, F. (dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo*, Pamplona, 2002.

PÉREZ GRANDE, M. A., «La aportación de la Jurisprudencia Constitucional a la construcción del Estado Autonómico: una aproximación al estudio de

sus principales criterios generales», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 17, 2003.

PETI, G., *Il male minorile. La tutela dei minori stranieri come esclusione*, Verona, 2004.

PUIG BLANES, F. (coord.), *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, Madrid, 2011.

PUIG SALELLAS, J. M., «El desenvolupament de la competència legislativa en matèria civil», *L'exercici de les competències sobre Dret civil de Catalunya: (Materials de les Onzenes Jornades de Dret Català a Tossa) 20è Aniversari 1980-2000*, Valencia, 2002.

ROCA TRÍAS, E., «La competència en matèria de dret civil», *Revista Catalana de Dret Públic. Especial Sentència sobre l'Estatut*, 2010.

—, «El derecho civil catalán en la Constitución de 1978», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 78, 1979.

ROIG, E., «Relaciones intergubernamentales en materia de inmigración», en AJA, E., MONTILLA, J. A., y ROIG, E. (coords.), *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Valencia, 2006.

—, «Autonomía e inmigración: competencias y participación de las Comunidades Autónomas y de los Entes Locales en materia de inmigración», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 14, 2002.

RUIZ LEGAZPI, A., *La expulsión de menores extranjeros: límites constitucionales*, Madrid, 2011.

—, «La determinación de la edad de los extranjeros indocumentados», *Revista de Derecho Político*, núm. 61, 2004.

RUIZ RICO, J. M., *Manual básico de Derecho civil*, Madrid, 2010.

SANTOLAYA MACHETTI, P., «Disposición final», en SANTOLAYA MACHETTI, P. (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Valladolid, 2002 (2ª ed.).

SÍNDIC DE GREUGES, *La situación de los menores inmigrantes solos*, Barcelona, 2006.

SUÁREZ CORUJO, B., *La protección social en el Estado de las autonomías*, Madrid, 2006.

TORNOS MAS, J., en AJA, E. (dir.), *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1985.

VAQUER ALOY, A., «Los conceptos de “conservación”, “modificación” y “desarrollo” del art. 149.1.8 de la Constitución, su interpretación por el legislador catalán», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 2, 1994.

VAS GONZÁLEZ, J. M.^a, *Instituciones jurídicas de protección del menor en el Derecho Civil español*, Madrid, 2009.

VICENTE PACHES, F., *Asistencia social y servicios sociales. Régimen de distribución de competencias*, Madrid, 2003.

Sin estadísticas fiables que nos permitan conocer el auténtico impacto de la crisis económica en la inmigración juvenil, lo cierto es que es una realidad entre nosotros. Sus protagonistas son menores, llegados a España con la intención de trabajar, sin la compañía de responsables legales e, incluso, muchas veces animados por estos últimos, quienes depositan en las garantías de la legislación de protección de la juventud y la infancia las esperanzas de triunfar en una apuesta migratoria de toda la familia. Ello es así porque si quien migra es un adulto se verá sometido únicamente a las reglas policiales de extranjería.

El análisis de la regulación de la inmigración juvenil arroja como resultado una serie de problemas, especialmente en clave institucional. Todos ellos revelan al unísono la necesidad de clarificar las capacidades de cada uno de los poderes públicos concernidos en su gestión: Estado y comunidades autónomas. En este libro se exploran por primera vez de forma minuciosa los diversos títulos atributivos de competencias que confluyen en esta materia: la “inmigración”, asignado al Estado en exclusiva (art. 149.1.2ª CE); la “legislación civil” que el Estado parcialmente comparte con las comunidades autónomas con Derecho civil propio (art. 149.1.8ª CE); la competencia en materia de protección de menores asumida por las comunidades autónomas (art. 149.3 CE en conexión con el art. 148.1.20ª CE) y, finalmente, la incidencia adicional en esta materia de otros títulos horizontales como las “condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos” (art. 149.1.1ª CE).

El enfoque competencial del estudio no se limita, sin embargo, al mero ejercicio teórico sino que incluye propuestas concretas sobre lo que cada uno de los entes públicos puede regular o decidir en aspectos tan relevantes como la permanencia de dichos menores en España. Por ello, el libro es también un instrumento para mejorar la gestión de este fenómeno.

ISBN: 978-84-393-9177-7



9 788439 139177