

Anuario Jurídico de La Rioja

12

2007



UNIVERSIDAD
DE LA RIOJA



PARLAMENTO
DE LA RIOJA

NOTA:

*La nueva legislación riojana sobre
defensa y protección del menor*

Roncesvalles Barber Cárcamo y
Amelia Pascual Medrano

LA NUEVA LEGISLACIÓN RIOJANA SOBRE DEFENSA Y PROTECCIÓN DEL MENOR

RONCESVALLES BARBER CÁRCAMO

AMELIA PASCUAL MEDRANO

SUMARIO: I. La nueva normativa riojana en materia de menores: la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja y su desarrollo reglamentario. – II. El ámbito competencial de la Comunidad Autónoma de La Rioja en materia de menores. – III. La distribución intracomunitaria de competencias. IV. Estructura y principios generales de la Ley. – V. La promoción y defensa de los derechos del menor. – VI. Situaciones de desprotección social del menor: riesgo y desamparo. – VII. La guarda del menor: el acogimiento. – VIII. La adopción. – IX. A modo de conclusión.

PALABRAS CLAVE/KEYWORDS

Acogimiento, Adopción, Menores, Derechos fundamentales, Guarda, Protección de menores

RESUMEN/ABSTRACT

La Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja y su posterior desarrollo reglamentario en 2007 supone el establecimiento en la CAR de un nuevo régimen jurídico en la materia. El basamento fundamental de la nueva normativa riojana sobre menores se asienta en cuatro ideas: universalidad o transversalidad, lo que equivale a protección integral del menor; eficacia normativa real y efectiva; protección del menor, si bien respetando a su vez los derechos de sus padres, tutores o guardadores; y, por último, descripción detallada de todos los procedimientos para salvaguardar las garantías de las partes implicadas, con fijación clara de plazos, objetivación de criterios y asunción de deberes de información. A ello se une, en los procedimientos encaminados a la adopción, una simplificación en los trámites a realizar por los solicitantes.

The Law 1/2006, of the 28th of February, for the Protection of Minors in La Rioja and its further reglementary development in 2007 establishes a new legal frame for these issues in the Autonomous Community of La Rioja (CAR). The foundations of this new regulation about minors are based on four ideas: universal or transverse scope, which is equivalent to the integral protection of minors; effective and real regulatory efficacy; protection of the minor, although considering also the rights of parents, tutors or guardians; and lastly, a detailed description of all the procedures to safeguard all concerned parties' guarantees, specifying terms and objective criteria clearly, and the assumption of information duties. Moreover, in the case of adoption, a simplification of the procedure to be followed by applicants is included.

I. La nueva normativa riojana en materia de menores: la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja y su desarrollo reglamentario

La configuración en España a partir del artículo 2 de la Constitución de una estructura territorial descentralizada, articulada en Comunidades Autónomas dotadas de autonomía política, hace posible que éstas hayan desarrollado en sus propias normativas el mandato constitucional del artículo 39 y vengan desarrollando políticas propias en esta materia. De hecho todos los Estatutos de Autonomía han asumido competencias en materia de «menores», bien sea de forma expresa, bien dentro de la materia más amplia de «asistencia social». Es más, las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, pueden incluso intervenir e intervienen en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales durante la minoría de edad, dado que en este ámbito, al margen de la previsión del artículo 81.1 de la Constitución que reserva a la ley orgánica el «desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas», el Estado sólo tiene atribuida con carácter general competencia exclusiva para la regulación de las «condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos» (artículo 149.1.1º).

De esta forma, a lo largo de estos años, las CCAA han ido aprobando un buen número de disposiciones normativas referidas directamente a las personas menores de edad. En la mayor parte de casos, dichas normas, han ido a su vez respondiendo a las diversas modificaciones legislativas operadas en el ámbito estatal, fenómeno del que constituye un buen ejemplo el gran desarrollo normativo autonómico en esta materia con posterioridad a la aprobación de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. Tras ella, y manteniendo asimismo su perspectiva global e integradora, un buen número de CCAA han ido aprobando leyes que, además de abordar las tradicionales instituciones de protección del menor (riesgo, desamparo, guarda, adopción...), fijan la actuación administrativa de cara a la protección del menor y a la promoción y defensa del ejercicio efectivo de sus derechos en cualquier ámbito (Ley 1/1997, de 7 de febrero, de la CA de Canarias; Ley 3/1997, de 9 de junio, de la CA de Galicia; Ley 7/1999, de 28 de abril, de la CA de Cantabria; Ley 1/1998, de 20 de abril, de la CA de Andalucía; Ley 3/1999, de 31 de marzo, de la CA de Castilla-La Mancha; Ley 12/2001, de 2 de julio, de la CA de Aragón; Ley 14/2002, de 25 de julio, de la CA de Castilla y León; Ley 3/2005, de 18 de febrero, de la CA del País Vasco; Ley 15/2005, de 5 de diciembre, de la CA de Navarra; Ley 1/2006, de 28 de febrero, de la CA de La Rioja; y Ley 17/2006, de 13 de noviembre, de la CA de las Islas Baleares).

En la Comunidad Autónoma de La Rioja (en adelante CAR), tras la experiencia acumulada durante los años de vigencia de la Ley 4/1998, de 18 de marzo, del Menor (BOR, núm. 36, de 24 de marzo de 1998), el 23 de febrero de 2006, el Parlamento riojano aprobó una nueva Ley en materia de menores, firmada por el Presidente de la Comunidad el día 28 de ese mismo mes (BOR núm. 33, de 9 de marzo de 2006; BOE núm. 70, de 23 de marzo de 2006).

La anterior Ley riojana del Menor fue, en su día, uno de los primeros textos autonómicos que, asumiendo una concepción moderna del menor, como verdadero sujeto de derechos –presente ya en nuestra Constitución y en la mayor parte de textos internacionales– vino a dar respuesta a la variada y compleja problemática planteada por las personas menores de edad.

Al hilo, sin embargo, de la evolución jurídica y social en esta materia existían sólidas razones que avalaban la conveniencia, como señala su propia Exposición de Motivos, para «sustituirla por un instrumento más moderno y más adaptado a la realidad social». Y es que problemas que sólo la aplicación de las normas a la realidad concreta ponen de manifiesto, posibilidades de mejora en su eficacia, nuevas realidades socio-culturales y modificaciones en la normativa estatal hacían, entre otros factores, ciertamente aconsejable acometer una nueva ordenación legal que, sin abandonar las líneas exitosas de la anterior, diese respuesta a las actuales necesidades.

Así las cosas, el 18 de octubre de 2005, el Gobierno de la CAR presentó ante la Cámara legislativa riojana un Proyecto de Ley de Protección de Menores, aprobado en sesión plenaria el 23 de febrero de 2006. De dicha sesión cabe destacar que, aun cuando se pusieron de manifiesto discrepancias acerca de determinadas previsiones de la nueva regulación, los Grupos Parlamentarios de la oposición manifestaron su aceptación del «porcentaje mayoritario» o de una «parte importante» del texto legislativo.

La aprobación de este nuevo marco legislativo pese a que, en general, cabe tildarlo de detallista o minucioso en muchas de sus prescripciones y, por ende, directamente aplicable, requería, lógicamente, de su consiguiente concreción reglamentaria, habilitada por la Disposición Final primera de la Ley y ejecutada, en 2007, por el Gobierno de la CAR mediante cuatro Decretos: Decreto 30/2007, de 25 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Composición de la Comisión de Adopción, Acogimiento y Tutela de La Rioja; Decreto 31/2007, de 25 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Intervención Administrativa en Materia de Adopción; Decreto 32/2007, de 25 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento por el que se constituye

el Registro de Protección de Menores, y Decreto 108/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre intervención de las Administraciones Públicas de La Rioja en la protección y la guarda de los menores.

II. El ámbito competencial de la CA de La Rioja en materia de menores

El grado de transversalidad de este tipo de materias hace que el ejercicio de las competencias autonómicas incida, casi inevitablemente, en ámbitos de competencia total o parcialmente estatal, y que ambas normativas deban, con mejor o peor fortuna, y con mayor o menor grado, según los casos, de armonía, convivir necesariamente de cara a su plena regulación.

Dejando al margen ahora otras normas estatales, resulta fundamental partir en esta materia de la regulación estatal plasmada en la ya citada LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. Su variado y multidisciplinar objeto hace, no obstante, difícil la determinación exacta de su radiografía en el plano competencial. Conviven en ella disposiciones que desarrollan derechos y libertades fundamentales, y que, en consecuencia, tienen carácter orgánico, junto con otra gran mayoría de mero rango legal (Disposición final vigésimo tercera). Dentro de éstas, las referidas en la Disposición final vigésimo primera de la ley son, a tenor de la misma, dictadas por el Estado como legislación supletoria de la que dicten las CCAA con competencia en materia de asistencia social, previsión ésta que, obviamente, responde a un momento temporal en el que el TC todavía no había dictado su famosa sentencia sobre la Ley del Suelo (STC 61/1997, de 20 de marzo), o la igualmente significativa, por más que pasara más desapercibida, sobre transportes (STC 118/1996, de 27 de junio), fijando claramente los límites de la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 de la Constitución.

Recordemos así cómo, en las sentencias citadas, el TC acaba por afirmar claramente que la cláusula de supletoriedad no puede entenderse como un título competencial general a disposición del Estado. De tal forma que si el Estado carece de un título competencial específico, las normas que dicte con el único propósito de crear Derecho supletorio del de las Comunidades Autónomas estarían viciadas de incompetencia y serían, por ello, nulas dada su vulneración del orden constitucional de competencias.

Dejando pues dichos preceptos al margen, y exceptuados un pequeño número de disposiciones, que se justifican en el título de Nacionalidad, inmigración y extranjería del 149.1.2º, en el de Administración de Justicia del

149.1.5º y en el de Legislación mercantil, penal penitenciaria y procesal del 149.1 6º, los restantes preceptos no orgánicos de la Ley estatal se amparan desde un punto de vista competencial en el título Legislación civil del artículo 149.1. 8º, sin perjuicio, claro está, de la normativa que dicten las CCAA con competencia en materia de Derecho civil foral o especial.

Ello sentado, si pasamos a examinar la nueva Ley riojana, su fundamento competencial resulta evidente: el apartado 32, del artículo 8 del Estatuto de Autonomía (en adelante, EAR), atribuye a la CA de la Rioja, la competencia exclusiva sobre la materia de «protección y tutela de menores».¹ De forma, en definitiva, que desde un punto de vista general, la nueva Ley del Menor no plantea problema alguno acerca de su legitimidad competencial.

Cosa bien distinta, porque ahí es obviamente donde pueden comenzar los problemas, es interpretar el alcance concreto de esta competencia autonómica.

Por lo que se refiere, *en primer lugar*, a lo que cabe encuadrar como promoción y defensa de los derechos del menor, sin perjuicio del respeto de específicos títulos competenciales estatales, las disposiciones legales autonómicas de protección del menor pueden incidir en la regulación del ejercicio de dichos derechos durante la minoría, si bien tienen, en este ámbito, un límite general en el desarrollo de los derechos fundamentales reservado a la ley orgánica en el art. 81.1 de la CE (al menos en la parte de desarrollo que quepa integrar en las condiciones básicas de las que habla el 149.1.1ª CE).

Conviene, además, recordar que tratándose de una materia de competencia estatal, el TC, aun con sus vaivenes, en alguna ocasión ha recordado que «su simple reproducción por la legislación autonómica, además de ser una peligrosa técnica legislativa, incurre en inconstitucionalidad por invasión de competencias en materias cuya regulación no corresponde a la CA».²

En segundo lugar, la regulación por la nueva Ley riojana de las situaciones de desprotección social del menor, la guarda de menores o la adopción,

¹ El citado apartado se incorpora a nuestro Estatuto tras la reforma estatutaria operada por la LO 2/1999, de 7 de enero. Hasta esa fecha, y desde su redacción inicial, el EAR atribuyó, de acuerdo al 148.1.20º CE, competencia, también con carácter exclusivo, sobre «la asistencia y bienestar Social, incluida la política juvenil» (art. 8.1. 18º del EAR en la redacción de 1982 y 1994).

² Sentencia 147/1993, 29 de abril.

debía tener presente la competencia estatal en materia de legislación general penal, penitenciaria, procesal..., y sobre todo civil. Más aún en este último extremo, en una Comunidad Autónoma como la nuestra que carece de Derecho civil foral o especial. Pero dicho esto, es necesario no obstante constatar, tal y como en su día ya hiciera el Consejo Consultivo de La Rioja,³ que, toda vez que la CAR ostenta competencia exclusiva en materia de protección de menores, la determinación y regulación de las medidas administrativas que a dicho fin se establezcan pertenecen a la estricta competencia de la misma quedando por tanto, en dicho ámbito, excluida la competencia estatal.

Como casi siempre en materia competencial, la conclusión no es, sin embargo, tan sencilla. El legislador estatal no ha asumido esa, en teoría, clara falta de competencia para regular la intervención de las Administraciones Públicas en la protección de los menores y haciendo un uso que bien cabe tildar de forzado de su competencia en materia de «legislación civil», ha venido incidiendo a través de las consabidas reformas del Código civil y de la propia LO 1/1996, en lo que en realidad es «intervención administrativa autonómica». Sea como fuere, desde un punto de vista práctico, ello suponía que la CAR debía, obviamente, respetar la legislación estatal en este punto, pero cabe suscribir también las palabras del Dictamen del Consejo Consultivo antes aludido y entender que la CAR podía, sin embargo, «cubrir normativamente los intersticios, huecos o vacíos» que el legislador estatal eventualmente deje. De tal forma que, respetada la legislación estatal vigente en la que se ha hecho expresa invocación habilitadora al artículo 149.1.8ª, «todo lo demás, siempre que se refiera a la indicada intervención de la Administración en materia de protección de menores (con respeto, por tanto, a los restantes títulos competenciales del Estado) ha de entenderse comprendido en la indicada competencia autonómica».

Este planteamiento competencial es el que parece animar algunas importantes disposiciones de la Ley que, sin perjuicio de respetar la vigente normativa estatal, no ha dudado en dar contenido y resolver, a la vista de su propia competencia, lagunas de las que aquélla adolece o incertidumbres que la misma viene provocando (desamparo de urgencia, guarda de hecho, promoción de la tutela ordinaria, etc.).

3 Dictamen 9/1996, de 12 de noviembre.

III. La distribución intracomunitaria de competencias

Desde un punto de vista formal –de técnica legislativa–, cabe destacar la mejora operada por la nueva Ley en este aspecto. Se ha sido así muy cuidadoso en las alusiones a las diversas Administraciones públicas compelidas en cada momento, se ha hecho explícito en la Exposición de Motivos el contenido dado a la terminología utilizada y se han evitado futuros problemas a consecuencia de modificaciones en la organización o denominación de las Consejerías, al referirse siempre a «*la Consejería competente en materia de...*» (y aquí la que en cada caso lo resulte).

En un plano ya más de fondo la nueva Ley –alude a ello su propia Exposición de Motivos– nace con una «vocación de universalidad». La nueva normativa ha pretendido constituir una suerte de «Código del menor», de manera que en ella se regulan todas y cada una de las competencias y potestades que tiene la CAR en la materia, con el fin de convertir la misma en un instrumento más eficaz para la acción de los poderes públicos y, por ende, para la protección de los menores y sus derechos.⁴

A estos efectos la Ley, *en primer lugar*, vincula a la Administración Pública de la CAR, con independencia de la Consejería que sea competente. Es evidente así el protagonismo que, lógicamente, detenta la que lo sea, en cada momento, en materia de Servicios Sociales (artículo 3.1),⁵ pero la Ley no es sólo una ley desde y para esa Consejería. En razón a la materia, y dado ese afán transversal que anima esta Ley, el abanico se abre a cualquier Consejería. La propia Ley, a lo largo de su articulado, se remite de forma expresa, a las Consejerías competentes en salud o educación, y la inclusión, por ejemplo, de las llamadas «situaciones de inadaptación» del artículo 57, en conexión con la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, pone lógicamente en un primer plano a la Consejería competente en materia de justicia e interior (artículo 3.1, párrafo 2º).⁶ Con

4 Art. 1.1: «La presente Ley tiene por objeto la regulación de las competencias y potestades de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja y de las Entidades Locales de su ámbito territorial en materia de protección de menores».

5 Art. 3.1: «Corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, a través de la Consejería competente en materia de Servicios Sociales, la declaración de las situaciones, la tramitación de los procedimientos y la adopción y ejecución de las medidas de protección que regula esta Ley, así como la coordinación general de la atención a los menores, la planificación de la misma y la evaluación de los programas»

6 Art. 3.1, párrafo 2º: «Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior la ejecución de las medidas a que se refiere el artículo 57 de esta Ley, que corresponderá a la Consejería com-

carácter general, además, esta vinculación de toda la Administración autonómica se refleja claramente en el hecho, en la práctica de gran relevancia, de que la Ley (art. 3.3)⁷ residencia las facultades de inspección y sanción en caso de incumplimiento de la Ley en las Consejerías competentes por razón de la materia, sin perjuicio de reconocer a la Consejería competente en materia de Servicios Sociales una función de impulso, en aras de la protección del menor de la forma más eficaz posible.

En segundo lugar, la Ley, respetando la autonomía municipal, ha pretendido también vincular a la Administración Local y, sobre todo, garantiza la coordinación y cooperación de los Servicios Sociales Municipales con los que corresponden a la Administración autonómica (artículo 3.4).⁸

Y en tercer lugar, por encima de todo ello, las Administraciones Públicas de la Rioja, esto es, todas las que ejercen su actividad y desarrollan sus funciones dentro del ámbito territorial de la CA, incluidas las Entidades Locales, vienen llamadas por la ley en el ámbito territorial y funcional que les corresponda a velar «por el respeto y garantía de los derechos y libertades» de los menores y a prestarles «la asistencia necesaria para el efectivo ejercicio de los mismos» (art. 6). De hecho, el articulado del Título I de la Ley, «de la promoción y defensa de los derechos de los menores», vincula repetidamente y de forma expresa a las Administraciones Públicas de La Rioja «en plural».

petente en materia de Justicia e Interior. Igualmente corresponderá a esta Consejería la ejecución de las políticas públicas que lleve a cabo el Gobierno de La Rioja para garantizar la seguridad y el bienestar de los menores en el ejercicio por sus padres del derecho de visitas que tuvieren reconocido por resolución judicial, todo ello en los casos y términos que resulte de ésta y siempre que dichos menores no estuvieran sometidos a la acción protectora de la Administración que regula esta Ley».

7 Art. 3.3: «Corresponden a la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, a través de las Consejerías en cada caso competentes por razón de la materia, las facultades de inspección y de sanción en caso de incumplimiento de las prescripciones de la presente Ley. Cuando correspondan a otra consejería, la competente en materia de Servicios Sociales podrá instar tales actuaciones inspectoras y, en su caso sancionadoras».

8 Art. 3. 4: «Las Entidades Locales de La Rioja ostentan en materia de protección de menores las competencias que les reconoce el ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de las obligaciones que les impone esta Ley, la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja establecerá cauces de coordinación y cooperación en los Servicios Sociales Municipales para procurar la elaboración de programas integrados y actuaciones eficaces que proporcionen mayor bienestar a los menores».

IV. Estructura y principios generales de la Ley

De extensión media –en comparación con otras leyes autonómicas similares–, sus 127 artículos, han quedado estructurados en un Título preliminar y 7 Títulos, a los que hay que añadir 3 Disposiciones Adicionales, 1 Disposición Transitoria, 1 Disposición Derogatoria, y 2 Disposiciones finales.

El esquema sistemático es el habitual en este tipo de leyes. Se comienza con un *Título Preliminar*, donde quedan reflejados los aspectos más generales de la ley: objeto, ámbito subjetivo de aplicación, organización competencial y principios rectores de la actuación administrativa. De todo ello cabe destacar, al margen del tema competencial al que ya hemos aludido, el cuidado y la precisión que la Ley ha tenido a la hora de determinar el significado y alcance de quién es el sujeto de la ley, esto es, los menores. Dicha cuestión, soslayada a menudo por la leyes autonómicas, genera sin embargo en la práctica no pocos problemas en el quehacer administrativo. Menor, evidentemente, es quien no haya cumplido 18 años, pero cabe que la ley personal del sujeto determine la mayoría a una edad inferior. Por otra parte, un claro afán protector y garantista, hace que la consideración a determinados efectos como mayor, en los supuestos de emancipación o habilitación legal, no obstaculice, en los casos y términos establecidos por la Ley, el que estas personas puedan gozar de las medidas de protección previstas por la misma; o que, igualmente, la ley sea de aplicación a cualquier menor que resida o se encuentre en el territorio riojano, con independencia de su nacionalidad o vecindad.

Tras el Título preliminar, el *Título I* se dedica a la promoción y defensa de los derechos de los menores, materia ésta que, lógicamente, dada su proyección sobre todos los menores, parece obligado que ocupe el pórtico sistemático de la ley.

En el *Título II*, se abordan las situaciones de desprotección social del menor. Tras unas breves disposiciones generales, la Ley, en orden al calado y gravedad de la posible intervención pública, se ocupa en los Capítulos II, III y IV, de la situación de riesgo y de las medidas que cabe adoptar, de la declaración de desamparo y la consiguiente asunción de la tutela del menor por parte de la Administración Pública de la CAR y, por último, de lo que denomina «situaciones de inadaptación», expresión ésta que da cabida a las que son consecuencia de la adopción de alguna de las resoluciones previstas en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.⁹ El Título se cierra con un breve Capítulo V, referido a la pro-

moción de la tutela ordinaria en relación con los menores en situación de desamparo o que, sin estar privados de la necesaria asistencia moral y material, no estuvieran bajo la patria potestad. Como su breve descripción enseña, este Título aborda sistemáticamente el elenco de posibles medidas sobre los menores a adoptar por la Administración en función de las diversas situaciones fácticas en que pueden encontrarse los menores.

El *Título III* se dedica a la guarda de los menores por la Administración de la CAR. Deja fijados, en primer lugar, los supuestos que dan lugar a la misma, sus diversas modalidades y su contenido general. Tras ello, y ya de modo específico se ocupa de la guarda en situación de desamparo (Capítulo II), de la guarda de menores a solicitud de los padres o tutores (Capítulo III), cerrándose el título con un Capítulo, el IV, en el que la Ley aborda de manera sistemática la ordenación del régimen de acogimiento o, lo que es lo mismo, el modo en el que se ejerce la guarda por parte de la Administración de la CAR en los supuestos en ésta procede.

El *Título IV* de la Ley ha venido a regular, en el marco de su competencia, toda la materia de adopción. Su regulación jurídica sistemática no es, sin embargo, una tarea nada sencilla. Sabido es que, al margen del respeto de la legislación civil estatal, las CCAA deben contar, en el caso de la adopción internacional, con la normativa internacional al respecto y las propias normas de hecho o de Derecho de cada país. De manera pues que, aun cuando desde el punto de vista de los adoptantes, la CA, sea una adopción nacional o internacional, tiende a aparecer como responsable de todo el proceso, la competencia sobre esta última es manifiestamente limitada. La Ley ha tratado no obstante de proporcionar un régimen jurídico global y coherente de todos los procesos de adopción. Se abre así el Título que nos ocupa con un Capítulo I de «Disposiciones Generales», para luego abordarse en el Capítulo II y III las peculiaridades de la adopción nacional e internacional.

La Ley se cierra con otros tres Títulos. El *Título V* se reserva a la «Iniciativa social e instituciones colaboradoras», el *Título VI* articula la creación de un registro central y único de Protección de Menores de la CAR a fin, como señala el artículo 112, de garantizar la seguridad jurídica y la adecua-

9 Conviene observar a este respecto que, pese a la dificultad inherente a la regulación de dichas situaciones, dado su grado de dependencia y vinculación a una normativa estatal no siempre clara y de compleja gestación temporal, la Ley riojana vuelve a evidenciar aquí ese aludido propósito de constituir un marco jurídico integral para la intervención autonómica en materia de menores, se cual fuere la situación en que se halle el menor.

da ordenación de la actuación administrativa en esta materia y, finalmente, el *Título VII* recoge un completo catálogo de infracciones y sanciones.

V. La promoción y defensa de los derechos del menor

La Constitución de 1978, a partir de la consideración de la minoría de edad como un período evolutivo de desarrollo y formación de la propia personalidad, ha establecido, al margen de que los menores, en tanto personas, sean verdaderos sujetos de los derechos en ella reconocidos, la necesidad de que el mismo obtenga una protección especial. Protección que queda articulada desde una doble perspectiva: por una parte, el artículo 39.2 ordena a los poderes públicos «asegurar la protección integral de los hijos», donde obviamente se incluyen los menores; y por la otra, el apartado siguiente del mismo precepto, encomienda e impone a los padres, sujetos jurídico-privados, un deber constitucional de asistencia de todo orden a los hijos durante su minoría de edad.

Conviene tener en cuenta que, lejos de planteamientos pasados en los que básicamente se partía de la consideración del menor como mero «objeto» de protección, la CE de 1978 marca un punto de inflexión en esta temática, marcado por el reconocimiento del menor como pleno titular de derechos, con capacidad progresiva y gradual para ejercerlos directamente. El menor es hoy un auténtico sujeto activo, llamado también a participar en la sociedad de la que forma parte. Es más, la consideración del menor como sujeto de derechos constituye el primer y más importante elemento para la protección de la persona durante ese período, sin que ello, por supuesto, signifique olvidar la necesidad simultánea de proteger de forma especial al menor, en tanto se halla inserto en un proceso progresivo de desarrollo y formación de la personalidad. De hecho, esa específica situación va a tener también, lógicamente, importantes efectos sobre la extensión del contenido, las condiciones de ejercicio y defensa de sus derechos, si bien, eso sí, la limitación o delimitación de los derechos del menor en función de su peculiar situación evolutiva o madurez y, por supuesto, con el fin último de salvaguardar su propio interés, debe armonizarse con el hecho de la propia y plena titularidad de derechos por parte del menor.¹⁰

¹⁰ A este respecto puede verse el completo estudio de B. ALÁEZ CORRAL, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003.

La LO 1/1996 viene a ejemplificar claramente esa nueva concepción de los menores. Según señala su propia Exposición de Motivos, la Ley parte de un nuevo planteamiento en los derechos del menor¹¹ en el que pueden destacarse tres notas fundamentales: primera, «reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos» acorde con su desarrollo; segunda, interpretación restrictiva de las limitaciones que pudieran derivarse de su condición, principio que recoge expresamente el art. 2, párrafo 2º; y tercera, matización del contenido de algunos derechos para combinar la necesaria protección que requiere su edad con la posibilidad de ejercitarlos.

Así las cosas cabe afirmar, en definitiva, que la protección del menor queda hoy en nuestro ordenamiento articulada básicamente a través de la propia titularidad y ejercicio, con las matizaciones que se quiera, de derechos fundamentales, de derechos legales específicos y del cumplimiento por parte de todos los poderes públicos del mandato constitucional del artículo 39 de protección del menor.

A partir de todo lo anterior, la nueva Ley, como ya hemos visto, ha reservado su Título I a la «promoción y defensa de los derechos de los menores». En él, básicamente, la Ley trata de articular, dentro de su ámbito competencial, medidas prácticas cara a la efectividad de buena parte de los derechos fundamentales del menor, a la par que reconoce ella misma algunos derechos específicos ligados a su especial condición e insertados en el mandato de especial protección que la CAR, como poder público, tiene encomendado *ex constitutione*. Se trata, por tanto, de disposiciones que, eventualmente, afectan a todos los menores, con independencia de que se hallen o no sometidos a una acción específica de protección por parte de las Administraciones públicas.

A estos efectos, la Ley riojana ha huido de forma consciente –así lo afirma su Exposición de Motivos– de fórmulas vacías de contenido y de repetición de enunciados que ya están establecidos en la Constitución, en la Ley

11 «Las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el *status* social del niño y como consecuencia de ello se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia». «El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección de la infancia es promover su autonomía como sujetos». *Exposición de motivos*, nº. 2.

Orgánica 1/1996, de Protección del Menor, o en los Tratados internacionales sobre estas materias suscritos por España. Textos éstos que, obviamente, son directamente aplicables y vinculantes, si bien no parece que ello se tenga habitualmente en cuenta en el panorama comparado autonómico, muy proclive en general a la reiteración superflua. Y es que con razón suele afirmarse que el menor es la fuente más importante de retórica legal, de declaraciones pomposas y, en general, de grandes principios de tenor casi «poético», pero de escasa efectividad. En sentido inverso, es manifiesto el intento del nuevo texto legal de huir de todo ello, para –y esto es lo importante– establecer, en cada caso, como señala su Exposición de Motivos, los instrumentos técnicos precisos para asegurar una eficacia normativa real y efectiva.

En el marco de las competencias de la CAR, la Ley persigue, en suma, establecer garantías para dotar o incrementar la efectividad de los derechos que ya ostentan los menores o, en su caso, de reconocerles otros con idéntico afán. Clara muestra de ello es el establecimiento de sanciones precisas para el incumplimiento o la vulneración de cada uno de los derechos del menor, o, por ejemplo, la previsión de la obligación de las Administraciones y las Instituciones colaboradoras de facilitar al menor en sus intervenciones y asistencia los medios necesarios para el ejercicio efectivo de su libertad ideológica, religiosa o de conciencia.¹²

En materia de *salud*, se ha plasmado el derecho de los menores de proseguir, durante su hospitalización, su formación escolar siempre que ello no perjudique u obstaculice su tratamiento médico (art. 15. 4). Igualmente, en períodos en los que, por enfermedad –estén o no hospitalizados– no puedan asistir al centro donde se hallen escolarizados, y siempre, lógicamente, que el periodo en cuestión sea susceptible de perjudicar su aprendizaje, la Administración educativa viene obligada por la Ley a asegurar por los medios necesarios su derecho a la educación. Se ha previsto también por la Ley (art. 16. 4) que, en los centros sanitarios donde se hospitalice a menores, se posibilitará la existencia de espacios adaptados a las necesidades educativas, de relación familiar y de ocio del menor (art. 15. 5). Ello, a nuestro juicio, evidencia bien un grado de compromiso y esfuerzo presupuestario por parte de la Administración tendente justamente a esa promoción efectiva de derechos a la que hemos aludido.

¹² Sobre el tema, puede verse A. PASCUAL MEDRANO, «Padres, menores y libertad religiosa», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2000, núm. 3, pp. 1853-1866.

Por otra parte, merece la pena resaltar que, en relación al tema del consentimiento informado en el ámbito sanitario de los menores que gocen de madurez emocional suficiente, se ha previsto (Disposición adicional tercera) una modificación de la Ley 2/2002 de Salud de la Rioja, que adapta ésta a las normas básicas de la Ley estatal 41/2002 reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica dictada con posterioridad a la primera.

La reforma del artículo 6.4 de la Ley riojana de Salud 2/2002 parecía así imprescindible, dado que el régimen de prestación del consentimiento informado previsto en el mismo era incompatible con el artículo 9.3.c) de la Ley estatal básica 41/2002.¹³ Según la Ley de Salud riojana, el consentimiento del usuario menor de 16 años debían prestarlo en todo caso los representantes legales del menor, y el único efecto anudado al hecho de poseer el menor de 16 años madurez emocional suficiente era la necesidad de informarle, con el fin de que su opinión fuera ponderada en atención a su edad y madurez. Sin embargo, del artículo 9.3.c) de la Ley estatal 41/2002 se infiere, *a sensu contrario* –y ello es interpretación unánime en la doctrina–, que el menor de edad que «sea capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de su intervención» tiene capacidad para prestar por sí mismo el consentimiento informado necesario, sin que quepa entonces la representación (cfr. art. 162.1.º Código civil). Lo cual, por otra parte, no viene sino a reflejar ese principio básico de actuación en materia de menores al que nos hemos referido repetidamente y del que la Ley del Menor riojana trata de hacerse eco en no pocas de sus disposiciones: el menor es un sujeto activo y capaz, de forma progresiva, de ejercitar personalmente todos sus derechos.

El examen del derecho a la *educación* muestra de idéntico modo una marcada tendencia hacia una redacción legal garantista, lo más concreta y realista posible.

13 Art. 9.3: «Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente».

Se he prescindido así de las grandes declaraciones acerca de los fines de la educación y fomento de la participación, terreno éste que corresponde al legislador estatal, además de derivarse directamente de la Constitución. Igualmente no se han incluido previsiones –difícilmente realizables en la práctica– en el sentido de establecer, dentro del derecho a la educación, el derecho de los menores de grupos étnico-culturales minoritarios a recibir enseñanza sobre su cultura, lengua e identidad.¹⁴

La Ley, por el contrario, garantiza la asistencia y formación específica a los menores con necesidades educativas especiales [art. 16. 1 c)], se hace eco de las situaciones de acoso escolar [art. 16.1 a)] y, en este sentido, establece la obligación de la Administración Pública de la CA de promover y vigilar el respeto de los derechos de los menores en dicho ámbito por parte de sus propios compañeros.

Mención especial requiere también el tema del absentismo escolar. La Ley ha centralizado los programas para su prevención y erradicación en la Consejería competente en materia de educación, a la vez que la ha dotado de un mecanismo efectivo para su solución: la intervención en última instancia de la policía local, que puede resolver supuestos, que realmente se dan en la práctica, en los que las medidas habituales en este terreno se muestran claramente ineficaces.

Toda esta labor de promoción y garantía de derechos de los menores, que acabamos de examinar de forma somera, encuentra su complemento necesario en el capítulo III de este Título I: la «Protección del menor frente a determinadas actividades, medios y productos».

En efecto, la vigente Ley, cumpliendo el mandato constitucional en orden a la especial protección requerida por los menores, la articula ahí frente a determinadas actividades, medios y productos que, justamente, pueden perjudicar su desarrollo integral.

¹⁴ Véase, por ejemplo, en este sentido el art. 18.4 de la Ley de Castilla y León 14/2002, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia: «Los poderes públicos garantizarán el acceso de los menores que pertenezcan a una minoría étnica al conocimiento de su identidad, cultura y lengua...», o el art. 27.7 de Ley de Aragón 12/2001 de la Infancia y de la Adolescencia: «Los menores pertenecientes a un grupo étnico minoritario con especificidad cultural tienen derecho a recibir enseñanza sobre su cultura...».

Por supuesto que este tipo de limitaciones y prohibiciones en función de la edad no son nuevas en la legislación autonómica, pero, desde el afán de globalidad con el que nace esta Ley, resulta a nuestro juicio coherente el que la misma complete y centralice las previsiones normativas dispersas en otras leyes autonómicas (Ley 4/2000, de Espectáculos Públicos, Ley 5/1999, de Juegos y Apuestas...).¹⁵ Es más, el carácter accesorio, residual y a la fuerza incompleto que presentan en estas últimas desaparece en la Ley que nos ocupa, donde este tipo de limitaciones o prohibiciones encuentran su verdadero encaje en conexión con la garantía y defensa de los derechos de los menores.

Son ciertos, y así se puso de manifiesto en los debates parlamentarios, la indeterminación y gran margen de interpretación que presentan algunas de las disposiciones legales en este punto. Pero quizás la misma sea un mal necesario y casi inevitable a la vista de una realidad de cambios vertiginosos e impredecibles en fenómenos y actividades claramente perjudiciales para el menor. La compensación es que la Ley habilita a la Administración para poder proceder ante situaciones que, con más frecuencia de la deseable, se reflejan en los medios de comunicación y que claramente requieren de su intervención inmediata si se quiere asegurar el propio interés del menor, quedando en todo caso en manos de los jueces la corrección de una eventual aplicación abusiva o desproporcionada.

Por último, el final del Título I nos vuelve a poner frente a la cuestión capital en este ámbito: la efectividad de los derechos de los menores. Así, al igual que a la hora de abordar cada uno de ellos, la Ley, dentro de su marco competencial, trata de darles una concreción eficaz, otro tanto persigue cuando sistematiza e instrumenta la acción pública general para su promoción y defensa (Capítulo IV. «De la actuación administrativa para la promoción y defensa de los derechos del menor»).

Por ello, junto al implícito deber general de todas las Administraciones Públicas, no ya de respetar ellas mismas, sino de velar por que los demás respeten los derechos de los menores y, por ende, en su caso comunicar a la autoridad judicial y al Ministerio Fiscal su posible vulneración, la Ley prevé también un deber de comunicación a la Consejería competente en materia de

¹⁵ En esa misma óptica, cabe destacar el hecho de que la nueva Ley ha cubierto y sometido a su disciplina las emisiones de televisión que hasta el momento podían escapar de la Ley del Estado 25/1994, a su vez, Transposición de la Directiva de Televisión sin Fronteras.

Servicios Sociales (art. 29). Ella es la llamada, a tenor del artículo 30, a centralizar, también en este terreno, la acción pública autonómica: recibe las denuncias de amenazas o vulneración de derechos a fin de darles el cauce oportuno; debe facilitar la comunicación directa de los menores con la Administración; debe propiciar el conocimiento y respeto de los derechos de los mismos; está habilitada para promover, con independencia de la materia, la actividad de inspección y sanción, además de recaer en ella dichas facultades cuando le correspondan a tenor de dicho criterio; y tiene, en fin, el encargo de estudiar también la situación real del ejercicio de los derechos del menor.

Por supuesto, el menor tiene además abiertos, con independencia de que requiera representación, los cauces ordinarios de garantía judicial de los derechos de cualquier persona y, cómo no, cuenta con la actividad específica de protección que, a estos efectos, tiene encomendado el Ministerio Fiscal. Ahora bien, de nuevo, su peculiar situación evolutiva en orden a la formación de su personalidad exige, una vez más, una específica labor de apoyo que instrumente medios y medidas que contribuyan a este repetido objetivo de eficacia real de los derechos.

VI. Situaciones de desprotección social del menor: riesgo y desamparo

Según se ha expuesto, el Título II de la ley contempla las dos situaciones fácticas de desprotección social en que puede verse incurso un menor, a los efectos de regular la actuación administrativa correspondiente a cada una de ellas para asegurar la protección del menor. Estas situaciones, en orden inverso a su gravedad, son las de riesgo y desamparo.

El **riesgo** se identifica por la existencia sobre el menor de una actual atención moral y material pero en concurrencia con la detección de un problema que puede afectar a su desarrollo futuro. Podría decirse que el riesgo comporta una situación de desamparo o inadaptación futuro o temido (art. 40).¹⁶

Ante esta situación, la actuación administrativa ha de dirigirse al apoyo familiar, para tratar de satisfacer dentro del mismo las necesidades detecta-

¹⁶ Artículo 40: «Se considera situación de riesgo la que se produce de hecho cuando el menor, sin estar privado en su ámbito familiar de la necesaria asistencia moral o material, se vea afectado por cualquier circunstancia que perjudique su desarrollo personal, familiar o social y que permita razonablemente temer que en el futuro pueda estar incurso en una situación de desamparo o de inadaptación».

das, evitar que vuelvan a producirse en el futuro y asegurar al menor dentro de su propio entorno la atención requerida. La Ley especifica que las medidas concretas a adoptar para dicho apoyo pueden ser de naturaleza económica (en dinero o en especie) o técnica, o de atención domiciliaria (art. 42), y su fijación comporta para la familia un deber de cooperación, cuyo incumplimiento puede acarrear el cese de la medida, y las consecuencias consiguientes.

Tanto en la prevención y detección de estas situaciones de riesgo, como en la ejecución, seguimiento, evaluación y modificación de las medidas dictadas, los servicios sociales de primer nivel están llamados a desempeñar un papel protagonista.¹⁷

Si el riesgo identifica la situación mínima requerida de intervención administrativa, el **desamparo** constituye una situación de mayor gravedad, por cuanto ya existe sobre el menor un daño efectivo, una carencia de atención moral o material. Ante ella, la actuación de la Administración es más invasiva, y comporta la separación del menor de su entorno habitual.

La gravedad de esta medida justifica el detalle con que la Ley ha abordado la definición de la situación de desamparo: a partir del dato general de la carencia actual de la necesaria asistencia del menor, la Ley enuncia en su art. 49.2 seis supuestos ejemplificativos de hechos o actos que comportan dicha situación,¹⁸ y una causa genérica: el incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos en las leyes.

Para completar la definición del desamparo, la Ley expresa cuándo no puede entenderse que exista, a fin de evitar actuaciones administrativas inadecuadas como las reveladas por la práctica. Por definición, un menor no está incurso en causa de desamparo si existe una persona que le presta la necesaria asistencia moral o material, esto es, si media un guardador de hecho. Así, puede decirse que la exclusión del desamparo es la única consecuencia o contenido jurídico de tal situación, puesto que la guarda de hecho no es una figura tuitiva de menores, a diferencia de la patria potestad, la tute-

17 En este sentido, vid. art. 46 L.P.M.L.R., arts. 11 a 18 del Reglamento sobre intervención de las Administraciones Públicas de La Rioja en la protección y guarda de los menores, y art. 8 de la Ley 1/2002, de 1 de marzo, de Servicios Sociales de la Rioja.

18 Resumidamente, tales hechos son el abandono del menor; su sometimiento a malos tratos, abusos sexuales, inducción a la mendicidad, delincuencia, prostitución o cualquier otra forma de explotación económica o sexual; y el padecimiento por los padres o tutores de trastorno mental grave, alcoholismo, drogadicción, siempre que impidan la correcta atención del menor.

la y en mucho menor medida la curatela. El menor a cargo de un mero guardador de hecho, no investido de las funciones propias de tales instituciones, no es un menor jurídicamente tutelado, como el propio nombre indica. De ahí que el Código civil prevea, en la escasísima regulación que dedica a esta situación, la posibilidad de que se promueva la tutela, por el Ministerio Fiscal o por el Juez (art. 303 Cc.).

Pues bien, en un nuevo claro ejemplo de su vocación de universalidad en la contemplación de todas las actuaciones administrativas implicadas en la protección de los menores, la Ley riojana ha completado esta previsión del Código en su art. 49.3, al posibilitar además de la promoción de la tutela en favor del guardador de hecho, la constitución del acogimiento, según la situación tuitiva que incida sobre el menor. Y, por supuesto, siempre que el interés superior del menor aconseje adoptar tales medidas.

Tras la incoación del correspondiente expediente, la declaración de desamparo conlleva la atribución *ex lege* a la CAR de la tutela del menor, lo cual comporta que ésta asume la representación legal del menor, la administración de sus bienes (si los tuviere, hipótesis poco frecuente en la práctica) y la obligación de guarda del menor. La guarda, como contenido personal de la tutela, se concreta en los deberes de vela, alimentación, educación y formación integral del menor, y se ejerce a través del acogimiento familiar o residencial.

Conforme a los principios de subsidiariedad respecto a los deberes de asistencia y protección de padres y tutores, integración de los menores en su medio familiar y social (art. 5 de la Ley), intervención mínima y proporcionalidad (art. 36), la Ley hace recaer sobre las Administraciones Públicas riojanas una importante obligación: la de procurar el retorno al hogar del menor. Ello significa que la declaración de desamparo y la consiguiente asunción por la CAR de la tutela sobre el menor protegido no puede traducirse en un desentendimiento por la Administración hacia el entorno propio del menor, antes bien, en lo posible y siempre guiada por el superior interés de aquél, la Administración ha de procurar la reintegración del menor en su ámbito familiar, como entorno natural de aquél (art. 56 de la Ley y art. 34 del Reglamento sobre intervención de las Audiencias Provinciales en la protección y guarda de los menores).¹⁹ Tal obligación puede concretarse en la rea-

¹⁹ Artículo 56 de la Ley: «Declarada la situación de desamparo de un menor, las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma de La Rioja realizarán cuantas actuaciones sobre la familia de origen puedan contribuir a superar las causas del desamparo, si ello fuera posible, para favorecer el retorno de aquél a su núcleo familiar».

lización de actuaciones sobre la familia de origen del menor (a desarrollar, habitualmente, por los servicios sociales de primer nivel), en el favorecimiento del acogimiento del menor por miembros pertenecientes a su familia extensa (para el caso de que se halle sometido a patria potestad), o bien en el nombramiento (a falta de titulares de la patria potestad), de un familiar como tutor.

Que la declaración de desamparo no represente así, en la Ley riojana, una especie de punto sin retorno para los padres o tutores del menor protegido, responde a una clara filosofía sobre el modo en que debe desarrollarse la asistencia social en general y la protección de menores en particular. Filosofía que anima los principios rectores de la Ley y debe regir su aplicación. Las potestades administrativas de protección de menores no son sanciones a los padres o tutores consistentes en la pérdida irrecuperable de sus hijos o pupilos. La separación de éstos debe responder sólo a su interés, y debe mantenerse en tanto éste lo siga requiriendo, pero una asistencia social bien orientada no puede conformarse con una actitud pasiva que en nada colabore a la superación por la familia del menor de sus problemas.

Por idénticas consideraciones, en la Ley y en su desarrollo reglamentario se encuentra omnipresente la obligación de notificar a los padres, tutores y guardadores de hecho del menor cuantas medidas se acuerden sobre él, en todas las fases del expediente de protección, para darles audiencia y posibilitarles el ejercicio de su derecho a oponerse a la actuación administrativa (vid., por ejemplo, arts. 37, 50 de la Ley y arts. 7 y 28 del Reglamento sobre Intervención de las Administraciones Públicas en la protección y guarda de los menores). Sin que la oposición o la imposibilidad de notificar personalmente (vía que se considera preferente en la Ley) pueda convertirse en un arma contra el menor, ya que ambas circunstancias no impiden la adopción de la resolución procedente (vid. art. 37.2 de la Ley).

Desde la filosofía y los principios que animan la Ley, igualmente, la flexibilidad debe regir la actuación pública en materia de protección de menores, adecuando en todo momento las medidas adoptadas sobre éste a la situación actual. Con lo cual, es coherente que la legislación riojana no cierre en ningún momento la posibilidad de intervención de los padres o tutores que, alegando la superación o la modificación de las situaciones fácticas que provocaron el desamparo, solicitan de la Administración su cese. Efectivamente, los arts. 56 y 78 de la Ley contemplan la facultad de los padres y tutores de instar el cese del desamparo y del consiguiente acogimiento del menor por desaparición de la situación que lo motivó, sin referencia a plazo ninguno.

Frente a ello, choca la reciente modificación que el Código civil ha sufrido por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional. Efectivamente, con ocasión de la necesaria regulación unitaria y detallada de una institución que conoce en nuestro país la mayor incidencia mundial, el legislador estatal ha aprovechado para dar nueva redacción a algunos artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (respectivamente, Disposiciones finales primera y segunda de la Ley 54/2007) en materia de protección de menores, introduciendo modificaciones de radical relevancia y muy dudoso acierto. En concreto, el art. 172.3 Cc. fija un plazo de dos meses para que los padres o tutores del menor se opongan a la modalidad de acogimiento adoptada en la resolución administrativa. Considerando que, sin consentimiento de los padres, no cabe sino la constitución judicial del acogimiento familiar, según sigue estableciendo el art. 173 Cc. y el art. 86.4 de la Ley riojana, la oportunidad y relevancia práctica de tal previsión resultan más que dudosas. Pero lo que es ciertamente grave es la introducción, en el art. 172.7 Cc., de un plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa de desamparo para que los padres soliciten el cese de éste por desaparición de las circunstancias que lo motivaron, plazo que se hace extensible también a todas las decisiones adoptadas sobre la protección del menor. Pasado dicho plazo, el Código dispone ahora que «decaerá su derecho de solicitud u oposición a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor», quedando en manos de los padres, únicamente, la posibilidad de facilitar información a la entidad pública sobre la modificación de las circunstancias, quien, a la vista de ésta o de oficio, «podrá revocar la declaración de desamparo» (art. 172.7 y 8 Cc.). Por su parte, el art. 780.1 de la LEC ha recibido un párrafo nuevo que somete a un plazo de tres meses la oposición a la resolución administrativa de desamparo, y al de dos meses a cualquier otra en materia de protección de menores.

A mi entender, si puede compartirse la introducción de un plazo para la oposición a una medida administrativa concreta, con lo que la nueva redacción de la LEC merece calificarse de correcta, es extremadamente grave cercenar el derecho de los padres a solicitar la recuperación de sus hijos cuando ya no existe base fáctica que justifique la separación. El legislador ha confundido indebidamente dos cosas muy distintas: la posibilidad de oponerse a una medida en el momento en que ésta se dicta, con fundamento en que ahora no existe causa para ella, lo cual es lógico someterlo a plazo, y la de alegar el desenvolvimiento ulterior de los hechos, para manifestar que lo que en el pasado pudo estar justificado, ya no lo está. Someter esto último a un plazo de caducidad de dos años constituye un claro ejemplo de indefensión, contraría absolutamente los arts. 24 y 39.2 CE y subvierte los principios que

deben regir la protección de menores. Máxime cuando la Administración tiene en sus manos, si así lo exige el superior interés del menor, instrumentos, como es la adopción, que al tiempo de asegurar la mejor protección de aquél, imposibilitan actuaciones futuras y extemporáneas de sus padres. Pero ello, claro está, dentro del escrupuloso respeto a las previsiones legales sobre los consentimientos y asentimientos exigidos para su constitución (vid. arts. 180.1 y 2 Cc.).²⁰

Según se ha advertido *supra*, en el epígrafe 2 de este trabajo, el legislador estatal no se ha mostrado en el pasado excesivamente escrupuloso en el respeto al reparto competencial en materia de protección de menores, incorporando en el Código, para revestirlas de carácter civil, previsiones e instituciones de marcada condición administrativa. Tal imputación merece, también, el plazo de los dos años, que no debe entenderse introducido, de modo alguno, en la legislación riojana, según se ha expuesto, fiel y coherente con una filosofía acorde con la Constitución y los derechos fundamentales en ella recogidos.

VII. La guarda del menor: el acogimiento

Según se ha expuesto, la guarda constituye el contenido personal de la tutela del menor asumida por la Comunidad Autónoma en virtud de la declaración de desamparo. Además, ésta puede haberla asumido en virtud de la petición presentada por los propios padres o tutores del menor que por circunstancias graves temporales no puedan cuidar de él. Y finalmente, cabe la asunción de dicha guarda por resolución judicial, cuando la ley permita al juez la adopción de tal medida. A partir de estos tres supuestos posibles, el Título III de la Ley aborda la regulación completa de la guarda, distinguiendo si su origen es la expuesta declaración de desamparo o la solicitud por los padres o tutores del menor. Tal diferente origen comporta un diferente ejercicio por la Administración de sus potestades tuitivas, lo que justifica su separada contemplación legal. Así, la Ley contempla separadamente el modo de procederse a la entrega del menor en acogimiento familiar o residencial tras su declaración de desamparo (art. 67) y tras la estimación, previo expediente, de la solicitud de guarda de los padres (art. 71), así como el cese en ambos casos (respectivamente, arts. 69 y 73). Interesa destacar cómo, en la guarda

²⁰ Una observación colateral: el art. 180.2 Cc. fija un plazo de dos años para que los padres que, sin su culpa, no hubieren intervenido en el expediente de adopción, puedan instar del Juez su extinción. Parece haber sido la inspiración del recogido ahora en el expuesto art. 172.7 Cc. Los dos años se constituyen, así, en el plazo amenazante para mantener cualquier posibilidad de recuperar los propios hijos.

instada por los padres, también su solicitud produce el cese, a salvo la posibilidad de apertura, si existiere causa, de un nuevo expediente de protección.

Se ha contemplado, también, una cuestión fuente de numerosos problemas en la práctica, como es el régimen de visitas del menor sometido a la tutela de la Comunidad Autónoma: el art. 68 de la Ley exige su fijación en la resolución que declare el desamparo, habiendo de recurrirse al juez para su suspensión o exclusión.

En cualquier caso, la guarda se ejercerá a través del acogimiento, bien familiar, bien residencial, que regula detenidamente el capítulo IV con el que se cierra el mismo Título. Conforme a su filosofía, la Ley estima preferible el acogimiento familiar sobre el residencial, y en concreto en la familia extensa del menor o con personas cercanas a él, para favorecer el retorno a su familia de origen (art. 75), según lo expuesto. La flexibilidad debe regir en todo momento la actuación de la Comunidad, tanto en la elección del acogimiento procedente, como en su modificación y cese, lo cual requiere de un adecuado seguimiento: todo ello se contempla detenidamente en los arts. 77 y 78 de Ley, y es objeto del correspondiente desarrollo en el Reglamento sobre intervención de las AA.PP. de La Rioja en la protección y guarda de los menores.

Para incentivar las solicitudes de acogimiento familiar simple y permanente, la Ley ha establecido cauces como son la prestación de apoyos de cualquier tipo a los acogedores, incluso su remuneración, así como la admisión de los acogimientos profesionalizados y en hogar funcional (arts. 81 a 83 de la Ley). Respecto del acogimiento preadoptivo, la Ley ofrece un nuevo ejemplo de su carácter garantista al prever expresamente que no cabe establecerlo *ab initio* en la propia resolución de desamparo: el art. 67.1 de la Ley determina que en ésta, si se estima procedente el acogimiento familiar para la guarda del menor, habrá de formalizarse como simple o permanente. De manera que sólo tras la constatación ulterior de darse sus presupuestos, se podrá promover el preadoptivo, procediendo al mismo tiempo al cese del primeramente propuesto (art. 78.2). Con ello, la Ley sale paso y trata de evitar abusos detectados en otras Comunidades Autónomas, puesto que en esta materia, las decisiones tomadas de forma precipitada arrojan consecuencias irreparables.²¹

²¹ Al respecto, vid. BARBER CÁRCAMO, «La subversión constitucional del acogimiento de menores (A propósito de la STC 124/2002, de 20 de mayo)», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, tomo III, sept-diciembre 2002, pp. 2191-2212.

VIII. La adopción

Más que una institución protectora de menores, la adopción es un medio de establecer relaciones de filiación, y ésta es una figura civil por excelencia. De manera que a las leyes civiles corresponde determinar todo su contenido, entendiendo por tal sus efectos, sus posibles clases, sus requisitos sustantivos, su constitución y su extinción. Desde el respeto exquisito por el reparto constitucional de competencias que preside la Ley de Protección de Menores de La Rioja, ésta responde a la llamada que realiza el Código civil a las entidades públicas, cuya intervención sirve para controlar la adecuación de la adopción a su inspiración actual, regida por el interés del menor.

Así, y en un Título independiente, el cuarto, la Ley regula las competencias de la Comunidad Autónoma en materia de adopción, estableciendo primeramente unas disposiciones generales comunes y distinguiendo seguidamente la diferente intervención administrativa en la adopción nacional y en la internacional. En este Título, la Ley ha tratado de satisfacer las demandas sociales relativas a una institución que, por diversos factores sociológicos, ha conocido en los últimos años en nuestro país un desarrollo antes inédito. En materia de adopción internacional, la Ley riojana ha sabido adelantarse a las previsiones de la necesaria Ley estatal 54/2007, de 28 de diciembre, con la que presenta numerosas coincidencias.

El desarrollo de estas materias se ha abordado en el Reglamento de Intervención Administrativa en Materia de Adopción, que a lo largo de 55 arts. se dirige a la objetivación y simplificación de las actuaciones administrativas en los procedimientos ligados a la adopción, que son: el de valoración de la idoneidad de los solicitantes de acogimiento preadoptivo o adopción, tanto nacional como internacional; el de selección de los adoptantes de adopción nacional, en función del interés del menor, y, en los casos en que proceda, el de aceptación de la preasignación de menor hecha por el país de origen del menor en la adopción internacional.

Según ya he señalado, la Ley ha procurado atender las demandas más frecuentes de los interesados en una institución que ha conocido en nuestro país, en el último decenio, un auge inédito, consecuencia de diversos factores sociológicos. La Ley atribuye a la Administración de La Rioja deberes de información y formación a los interesados en la adopción, tanto con carácter *previo* a la presentación de la solicitud, como *durante* todo el proceso de tramitación de la misma, a fin de asegurar la toma de decisiones en las mejores condiciones de información (art. 94). Se permite la presentación, simultánea

o no, de dos solicitudes de adopción, una para la nacional y otra para la internacional. Esta posibilidad responde a la voluntad legal de agilizar y facilitar en la medida de lo posible la culminación satisfactoria de un proceso de adopción; no, obviamente, a posibilitar la obtención de más de un menor en dos procesos de adopción.²²

Otra medida relevante es la fijación de un plazo de seis meses para resolver sobre la idoneidad de los solicitantes de adopción (art. 98.1 de la Ley),²³ previéndose además el carácter negativo del silencio, a efectos de poder acudir a su impugnación ante la jurisdicción civil, sin necesidad de reclamación administrativa previa (art. 98.4 de la Ley y 780.1 LEC).²⁴ El orden de valoración habrá de hacerse según el criterio de la prioridad en la presentación de las solicitudes, con la excepción de las que acepten menores con características, circunstancias o necesidades especiales, que podrán ser antepuestas (art. 98.2 de la Ley). A garantizar la transparencia y objetividad de estos procesos se dirige la apertura de folio en el Registro de Protección de Menores de La Rioja a las solicitudes admitidas a valoración (art. 114.3 de la Ley), con expresión de la fecha de entrada de la solicitud y su número de registro, y de si los solicitantes aceptan o no menores con características o necesidades especiales.

Por otra parte, el plazo de vigencia de la declaración de idoneidad es de tres años, salvo alteración de las circunstancias (art. 99 de la Ley).²⁵ Si a su término los solicitantes no han sido seleccionados para un acogimiento pre-adoptivo, habrán de instar nuevo procedimiento de valoración. En este

22 El art. 11.3 del Reglamento de adopción establece: «Fuera de los casos en los que se contemple la conveniencia de la adopción conjunta de hermanos, nadie podrá adoptar simultáneamente a varios menores».

23 Plazo y régimen que se ha aplicado también a las solicitudes de aptitud para los acogimientos simple y permanente: vid. art. 50.2 del Reglamento sobre intervención de las Administraciones Públicas de La Rioja en la protección y guarda de los menores.

24 El procedimiento civil para recurrir las resoluciones administrativas sobre idoneidad de los solicitantes de adopción es el previsto en el art. 780. LEC, de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Se sustancia por los trámites del juicio verbal (art. 753 LEC), siendo competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la entidad pública de protección de menores. Tras la nueva redacción dada por la mencionada Ley 54/2007, de 28 de diciembre, ha de entenderse que el plazo de dos meses desde su notificación también afecta a la impugnación judicial de la resolución negativa sobre idoneidad.

25 La misma vigencia para la declaración de idoneidad prevé el art. 10.3 de la Ley 54/2007, de Adopción Internacional, si bien, probablemente consciente de su invasión de competencias autonómicas, añade «sujeta no obstante a las condiciones y a las limitaciones establecidas, en su caso, en la legislación autonómica aplicable en cada supuesto».

punto la Ley introduce otra importante novedad: si la renovación de la idoneidad se insta en un plazo de dos meses tras su caducidad, y culmina con una nueva evaluación positiva, comportará para los solicitantes el mantenimiento de su orden de prioridad o antigüedad. El régimen de la renovación se completa con otra importante medida, garantista también para los solicitantes: se establece un plazo de tres meses para resolver la renovación de la idoneidad, con previsión de silencio positivo a falta de resolución expresa.

En cuanto a los criterios para la valoración de la idoneidad, el art. 97 de la nueva Ley establece un marco de circunstancias personales y sociales que admiten su especificación reglamentaria, como son la salud, las condiciones económicas, sociales, de motivación ante la adopción, de voluntad favorable a ella de todos los miembros de la unidad familiar, o de edad. Respecto a ésta, la Ley prevé expresamente (art. 97.3) la posibilidad de que la declaración de idoneidad incluya especificaciones relativas a la diferencia de edad entre adoptante y adoptando y a sus circunstancias y características. Así pues, la Ley riojana no contempla mención alguna a una edad determinada, ni como tope máximo para poder adoptar, ni como intervalo máximo entre adoptante y adoptando. No contiene así prohibición ni limitación alguna a la capacidad de los solicitantes de adopción determinada por la edad.²⁶ Siguiendo la tendencia de la práctica totalidad de las Comunidades Autónomas, las especificaciones al respecto se han dejado a la concreción reglamentaria. Y en concreto, en el Reglamento se ha optado por incluir entre los criterios para la valoración de la idoneidad la existencia de una diferencia de edad entre el solicitante de adopción y los adoptandos «que se mantenga dentro de los parámetros habituales de la generación», como presupuesto para facilitar la relación y comunicación entre ambos.²⁷

²⁶ Por tanto, también en este punto la Ley ha asumido las reivindicaciones de los colectivos de solicitantes de adopción y padres adoptivos. Vid. sobre ellas CALVO CORTES, «La ilegalidad de las limitaciones de edad del adoptado en el certificado de idoneidad de los adoptantes», *Repertorio Aranzadi de Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y otros Tribunales*, nº 3, 2006.

²⁷ El art. 22.2 a) del Reglamento de Intervención administrativa en materia de adopción incluye textualmente, entre los criterios para la valoración de la idoneidad: «Que la diferencia de edad entre los solicitantes y el menor susceptible de ser adoptado se mantenga dentro de los parámetros habituales de la generación, de modo que permita prever una satisfactoria relación y comunicación intergeneracional». Similar decisión toma el Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, de acogimiento familiar y adopción de Andalucía, cuyo art. 16 introduce como criterio específico para la valoración de la idoneidad la «adecuación entre la edad de los interesados y la de los menores que aquéllos estén dispuestos a adoptar, siguiendo un criterio biológico normalizado, de manera que no exista una diferencia de más de cuarenta y dos años con el más joven de los solicitantes».

La Ley expresa que la declaración de idoneidad no otorga derecho alguno a la adopción (art. 99.1), fuera de la transparencia y objetividad en los procedimientos, a cuyo aseguramiento se dirige su inscripción en el Registro de Protección del Menor, en el folio de los solicitantes de adopción, con expresa referencia a la fecha de su notificación a los solicitantes (art. 12 del Reglamento del Registro de protección de menores de La Rioja), a los efectos del cómputo del plazo de caducidad de la misma. Los solicitantes resultan así susceptibles de ser seleccionados para la adopción nacional de un menor en situación de ser adoptado, selección que habrá de hacerse conforme a los criterios esbozados en el art. 103 de la Ley y desarrollados en los arts. 34 y siguientes del Reglamento.

En cuanto a los procedimientos de adopción internacional, la Comunidad Autónoma de La Rioja asume en el art. 104.2 de la Ley las siguientes actuaciones: a) información y formación de las personas interesadas, b) recepción y valoración de las solicitudes de declaración de idoneidad, c) recepción, registro y tramitación de las solicitudes de adopción, bien directamente, bien a través de entidades colaboradoras debidamente acreditadas, d) aceptación de la asignación de menor realizada por la autoridad del país de origen del menor y e) seguimiento de la adopción cuando así lo exija el país de origen del menor adoptado. Coinciden con las previstas ulteriormente en la mencionada Ley 54/2007, de Adopción Internacional, en su art. 5.

La Ley riojana permite que, iniciada la tramitación de una solicitud de adopción internacional, ésta se suspenda, para referirla a otro país, siempre que hubiera causa justificada para ello (art. 95 de la Ley.). Ello, sin pérdida de antigüedad, según explicita el art. 15.3.2 del Reglamento de intervención administrativa en materia de adopción.²⁸

Para terminar esta sintética aproximación a la regulación riojana sobre la adopción, merece destacarse un dato referente al derecho del adoptado a conocer su origen biológico, derecho de nueva factura, ligado al desarrollo de los derechos fundamentales. La Ley riojana contempla en su art. 93.2 la obligación de la Administración de conservar la información relativa a los orígenes del menor, para posibilitar su acceso «en la medida en que lo disponga la legislación vigente». Pues bien, el art. 12 de la Ley de Adopción Internacional, enuncia por primera vez en nuestro ordenamiento el derecho de las

²⁸ No así si la causa invocada no existiese o no fuese bastante para justificar la modificación, en cuyo caso el mismo precepto entiende presentada una nueva solicitud.

personas adoptadas a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las entidades públicas españolas, para cuyo aseguramiento hace recaer sobre éstas la obligación ya recogida en la Ley riojana. Una nueva prueba de que ésta ha sabido detectar los problemas actuales implicados en la protección de menores y darles la solución más adecuada.

IX. A modo de conclusión

La reciente normativa riojana sobre protección de menores pretende ofrecer mecanismos jurídicos eficaces al servicio del cumplimiento, por la Comunidad Autónoma, de las funciones que le son propias, al tiempo que garantiza el respeto de los derechos e intereses legítimos de todas las partes implicadas. La actuación administrativa se somete a procedimientos transparentes y objetivos, en los que se brindan a las partes implicadas los cauces de información e intervención necesarios para la salvaguarda de sus derechos.

El basamento fundamental de la normativa riojana sobre menores, por encima de sus disposiciones concretas en cada uno de los aspectos que regula podría resumirse en cuatro ideas: universalidad o transversalidad, lo que equivale a protección integral del menor; eficacia normativa real y efectiva; protección del menor, pero con respeto a los derechos de sus padres, tutores y guardadores; y, por último, descripción detallada de todos los procedimientos para salvaguardar las garantías de las partes implicadas, con fijación clara de plazos, objetivación de criterios y asunción de deberes de información. Acompañado esto último, en los procedimientos encaminados a la adopción, de una simplificación en los trámites a realizar por los solicitantes.

SUMARIO

ESTUDIO

- CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA
Hacia un Derecho transcultural para la Genética y la Biotecnología humanas 11
-

NOTAS

- RONCESVALLES BARBER CÁRCAMO Y AMELIA PASCUAL MEDRANO
La nueva legislación riojana sobre defensa y protección del menor 39
-
- GONZALO ARRUEGO RODRÍGUEZ
Ius in officium, disolución del grupo parlamentario propio
y eficacia de las reformas del Reglamento parlamentario 67
-
- ALBERTO SANZ CAZORLA
La escisión del voto en la competición electoral multinivel de La Rioja:
elecciones municipales y autonómicas, 1983-2007 91
-

CRÓNICAS

- JORGE APELLÁNIZ BARRIO
Crónica del Parlamento de La Rioja 121
-
- ANTONIO FANLO LORAS
Crónica legislativa de La Rioja 143
-
- IGNACIO GRANADO HIJELMO
Crónica del Consejo Consultivo de La Rioja 151
-
- ALFONSO MELÓN MUÑOZ
Crónica de Tribunales 195
-
- JUAN ANDRÉS MUÑOZ ARNAU
Crónica Electoral 215
-

RECENSIÓN

- GLIKEYA PINO TARRAGONA
¿Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado autonómico?,
de Germán Fernández 251
-

