CIPI 103/18 - CT

Informe sobre el **ANTEPROYECTO DE LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA**

Con fecha 5 de marzo de 2018 se envía a esta Abogacía el citado anteproyecto, solicitando informe.

De acuerdo con lo establecido en la Ley 10/2005, de 9 de diciembre de la Generalitat de Asistencia Jurídica a la Generalitat, el Decreto 84/2006, de 16 de junio, del Consell por el que se aprueba el Reglamento de la Abogacía General de la Generalitat, el Decreto 24/2009, de 13 de febrero del Consell, y la Ley 5/1983, de 30 de diciembre, del Consell, se emite el siguiente

INFORME

Primero.- El Anteproyecto ya fue informado con fecha 18 de enero de 2017. se vuelve a enviar tras haber sido objeto de algunas modificaciones.

Resulta preceptivo el futuro Dictamen del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, según dispone la Ley 10/1994, de 19 de diciembre, de La Generalitat, por la cual se creó.

No se adjunta al nuevo texto documentación alguna.

Los documentos que integraban el expediente remitido en enero se relacionaron en el punto primero del anterior informe.

Segundo.- El anteproyecto de Ley remitido para informe tiene por objeto el reconocimiento de los derechos de la infancia y la adolescencia y el principio de corresponsabilidad de toda la sociedad, las administraciones públicas y las familias así como el establecimiento del marco normativo que defina las políticas públicas en este ámbito y su distribución de competencias y medidas de coordinación. Así lo proclama su artículo primero, que ha sufrido un leve cambio de redacción respecto al primer texto.

También la Exposición de Motivos tiene ligeras precisiones de redacción, como la sustitución de "padres y madres" por "personas progenitoras" o "personas que ejercen las funciones parentales", y la del concepto "centros de protección específicos para menores con problemas de conducta" por el de "residencias u hogares específicos para problemas graves de conducta". Respecto a esto último, la terminología que usa la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor es referirse a "centros de protección" pero no se observa problema si sólo se trata de un mero cambio terminológico sin que afecte a la regulación sustantiva.

Tercero.- Tal y como ya se expresó en el anterior informe, la disposición proyectada se basa en, como acertadamente apunta su parte expositiva, en el artículo 10.3 del Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana que así dice: *"3. En todo caso, la actuación de la Generalitat se centrará primordialmente en los siguientes ámbitos: defensa integral de la familia; los derechos de las situaciones de unión legalizadas; protección específica y tutela social del menor.... "*, inserto en el Título II relativo a los derechos de los valencianos y valencianas, donde se contienen un conjunto de obligaciones para la Generalitat de defender y promover el adecuado ejercicio de los derechos y deberes fundamentales de la ciudadanía, y halla un directo apoyo en las concretas competencias a esgrimir contempladas en el Título IV del Estatut lo cual sirve de específico fundamento a la norma en elaboración, en especial la competencia exclusiva a la que se refiere el art. 49.1.27.ª: *"Instituciones públicas de protección y ayuda de menores, jóvenes, emigrantes, tercera edad, personas con discapacidad y otros grupos o sectores necesitados de protección especial, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación"*, pero también las de organización administrativa y de los servicios públicos, y la competencia exclusiva del artículo 49.1.8.ª del Estatut que atribuye a la Generalitat competencias en materia de régimen local, sin perjuicio de lo que dispone el número 18 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución.

Sobre esta base competencial, la norma proyectada, centrándose en la protección de los intereses superiores de los niños, niñas y adolescentes en la Comunitat Valenciana, pretende establecer un nuevo marco de apoyo a la infancia y la adolescencia y sus familias donde se trabaje desde todas las esferas por la equidad en el acceso a sus derechos, la igualdad de oportunidades y la lucha contra la transmisión intergeneracional del empobrecimiento, dándole un enfoque transversal a todo lo relacionado con el desarrollo de la infancia, atendiendo a la diversidad de cada niña, niño y adolescente, teniendo en cuenta la coeducación inclusiva, emocional y social, y garantizando la igualdad de trato y la no discriminación por cualquier motivo.

Cuarto.- También se dijo que siendo loable y merecedora de toda consideración positiva la determinación de paliar los efectos de una indiscutible característica del vigente régimen jurídico de la protección de la infancia y la adolescencia, cual es su

dispersión normativa, pues se halla contenido en diversa normativa estatal con rango de Ley orgánica en cuanto afecta al desarrollo de derechos fundamentales proclamados en el Título I de la Constitución, con rango de Ley Ordinaria dictada en ejercicio de competencias en ocasiones básicas y en ocasiones exclusivas del Estado y en otras sólo con carácter supletorio aplicable en defecto de legislación autonómica, la cual se compone ahora fundamentalmente por la Ley 12/2008, de 3 de julio, que quedará derogada al entrar en vigor esta futura cuyo Anteproyecto ahora se informa; ello, sin embargo, introduce en el Anteproyecto la complicación del deslinde competencial entre el Estado y la Comunitat Valenciana.

Así, la técnica legislativa utilizada, probablemente por la complejidad que supone la adopción del enfoque transversal del tratamiento de todo lo relacionado con el desarrollo de la infancia y la adolescencia, provoca la reiteración de la remisión a lo dispuesto en leyes estatales y la reproducción de regulación estatal dictada al amparo de competencias básicas o exclusivas del Estado.

Respecto a esta técnica, ya se decía en enero que la desaconseja el Decreto 24/2009, de 13 de febrero, del Consell, sobre la forma, la estructura y el procedimiento de elaboración de los proyectos normativos de la Generalitat, que dice que no se deben reproducir *otras normas salvo en los supuestos de delegación legislativa o que la coherencia o mejor comprensión del texto lo exija.*

No obstante, también se advertía que esta técnica, conocida como de la "*lex repetita*", es perfectamente lícita, al margen de su mayor o menor conveniencia y oportunidad, pero que cuando lo que se reproduce es el contenido de una norma básica del Estado o de una norma de exclusiva competencia estatal, existen riesgos y efectos no deseados (confusiones competenciales o de rango normativo, con la consiguiente vulneración del principio de seguridad jurídica), cuya evitación exige un uso de esta técnica acomodado a los cauces que ha trazado la jurisprudencia y la doctrina.

Sobre todo esto se hacía un extenso comentario en el punto tercero del anterior informe de 18 de enero, lo cual se da aquí por reproducido, resumiéndolo en que esa práctica de la "*lex repetita*", que salvo que suponga separación de la regulación básica o exclusiva estatal, no deja de ser legítima, tiene unos límites consustanciales, que serán que no debiera incluir más de lo que sea estrictamente indispensable para garantizar la finalidad perseguida, y que los preceptos que tienen por objeto una materia que ya es regulada por norma básica estatal, si se opta por su permanencia en el Proyecto, ajusten su redacción literalmente. Así, la reproducción por la legislación autonómica de desarrollo de preceptos de la legislación básica puede utilizarse y de hecho se utiliza normalmente como medio para facilitar al operador jurídico el conocimiento de la normativa aplicable, incluyendo en un solo texto el conjunto de la normativa a tener en cuenta, pero su virtualidad no alcanza, como es obvio, a alterar la naturaleza de la legislación reproducida ni para que el legislador autonómico pueda atribuirse potestad alguna de influir en la legislación básica, por mucho que haya sido reproducida en la legislación de desarrollo.

Quinto.- Respecto a la estructura y contenido de la disposición proyectada, consta ésta de ciento noventa artículos estructurados en un Título Preliminar y siete más: "Políticas públicas de infancia y adolescencia", "Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana", "Protección social y jurídica de la infancia y la adolescencia", "Atención socioeducativa de adolescentes en conflicto con la Ley", "Competencias públicas y cooperación para la promoción y protección de los derechos de al infancia", "Órganos de garantía de los Derechos y de Participación", y "Régimen sancionador"; tres Disposiciones Adicionales, dos Transitorias, una Derogatoria, y diez Finales.

En primer lugar se formulan una escueta precisión respecto a la estructura y técnica normativa, pues de conformidad con lo dispuesto en el art. 22 del Decreto 24/2009, de 13 de febrero, del Consell, sobre la forma, la estructura y el procedimiento de elaboración de los proyectos normativos de la Generalitat, en los Títulos en los que sólo haya Capítulo, que es lo que sucede en el Título Preliminar y el I, se designará como Capítulo Único.

Dicho esto y debiendo tenerse presente lo expuesto en el anterior punto cuarto de este informe, se expone lo siguiente:

El **Capítulo II del Título VI**, relativo a la Sindicatura de la infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana, supone una modificación de la vigente Ley de la generalitat 11/1988, de 26 de diciembre, del Síndic de Greuges, tal y como luego se dice en la actual Disposición final octava, lo cual supone que, por aplicación del art 20.3 en relación con el 44.5 del Estatut d'Autonomía se requerirá una mayoría de tres quintas partes de Les Corts para la aprobación de la Ley de Infancia y Adolescencia.

La **Disposición final séptima** modifica el artículo 3 bis de la Ley 10/2005, de 9 de diciembre, de la Generalitat, de Asistencia jurídica a la Generalitat, que queda redactado como sigue:

"1. *En los términos que reglamentariamente se establezcan, cuando las necesidades del servicio lo requieran, la persona titular de la Abogacía General de la Generalitat podrá habilitar a personal funcionario de la Administración de la Generalitat, del grupo A1 de titulación, que posean la titulación exigida para ingresar en el cuerpo de la abogacía de la Generalitat, a efectos de que puedan realizar determinadas actuaciones en sustitución de estos tanto en el ejercicio de la función consultiva como en la contenciosa que les corresponde. En cualquier caso, las personas letradas habilitadas actuarán bajo la dirección y coordinación del abogado o de la abogada general de la Generalitat.*
La habilitación prevista en el párrafo anterior lo será tan solo para actuaciones o clases de las mismas concretas y determinadas, relacionadas con las funciones ordinarias de

las personas habilitadas, y tendrá carácter temporal. ***No será posible la habilitación para el ejercicio de la función contenciosa en los procedimientos judiciales en materia de protección de personas menores de edad.***
Este personal continuará percibiendo las retribuciones correspondientes al puesto de trabajo que ocupa. No obstante, cuando la habilitación exija la dedicación exclusiva durante toda su jornada laboral para la realización de las mencionadas funciones y las retribuciones de su puesto de trabajo fueran de nivel inferior, el personal habilitado tendrá derecho a percibir las retribuciones asignadas a los puestos de trabajo de nivel mínimo reservados al cuerpo de la abogacía de la Generalitat, por medio del abono de las correspondientes diferencias retributivas.
2. La habilitación podrá ser revocada en cualquier momento por la persona titular de la Abogacía General de la Generalitat.
3. En todo caso, las personas letradas habilitadas disfrutarán del régimen de representación y defensa en juicio que por ley corresponde a la Abogacía General de la Generalitat, y actuarán en juicio bajo la expresa denominación de «letrados habilitados de la Abogacía General de la Generalitat".

Sobre esto, ya se dijo el 18 de enero que esta Disposición Final fue introducida en un momento posterior al traslado del Anteproyecto a las Consellerias para la formulación de alegaciones, por lo que no pudo ser tenida en cuenta en el escrito remitido por el subsecretario de Presidencia de la Generalitat el 22-12-2017, siendo que la mencionada disposición supone la modificación de una norma cuyo contenido afecta directamente a las competencias de Presidencia.

Al respecto, se ha expuesto en el punto primero que no se adjunta al nuevo texto remitido documentación alguna, desconociéndose si se ha recabado la opinión sobre esto de la Presidencia de la Generalitat. Resulta indispensable que conste en el expediente este parecer de Presidencia, que es de quien depende orgánica y funcionalmente la Abogacía de la Generalitat.

Dicho ésto se vuelve a señalar que la modificación consiste en la adición del inciso subrayado y en negrita, y supone la prohibición expresa de habilitación en el caso de funciones contenciosas en procedimientos judiciales en materia de protección de personas menores de edad, convirtiéndose de este modo en la única excepción a la posibilidad que la Ley 10/2005 contempla, de habilitar a personal funcionario del grupo A1 con la titulación exigida para ingresar en el cuerpo de la Abogacía de la Generalitat, para la realización de determinadas actuaciones, tanto en el ejercicio de la función consultiva como en la contenciosa, relacionadas con las funciones ordinarias de las personas habilitadas, con carácter temporal.

De este modo, se prohíbe la utilización de un mecanismo que hasta el momento presente se ha demostrado ágil y eficiente en la materia que nos ocupa.

La habilitación se regula en la Ley como una posibilidad, en función de las necesidades del servicio, del mismo modo que, sin excepción alguna se contempla también como posibilidad cuando el servicio lo requiera, en el artículo 68 del Real

Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado.

La Ley 10/2005 en su preámbulo indica: *"Además se regula un mecanismo de habilitación para el ejercicio de funciones propias de los abogados de la Generalitat a funcionarios específicos o, excepcionalmente, otras personas, lo que puede ser útil en supuestos concretos de gran especialización como los procedimientos en materia de menores u otros análogos"*. Por tanto el legislador fue consciente, tal y como lo manifiesta en la parte expositiva de la ley, de que, en determinados asuntos como son los relacionados con menores u otros análogos, la habilitación es un mecanismo muy apropiado ("útil" en sus propias palabras) y, en consecuencia, más beneficioso para el propio tutelado, dado que los funcionarios cuyos cometidos específicos ordinarios están relacionados con este tipo de actuaciones, tienen acreditada una gran especialización. Todo ello sin perjuicio de que dicho mecanismo pueda utilizarse también en otros supuestos cuando las necesidades del servicio lo demanden.

En consecuencia, la modificación que se proyecta resultaría contradictoria, no solo con la parte expositiva de la ley, sino también con la práctica que, llevada a cabo desde la década de los años 80, ha obtenido buenos resultados.

En coherencia con este planteamiento, y con base en lo dispuesto en la Ley 10/2005, el Decreto 180/2017, de 17 de noviembre, del Consell, de ordenación de las competencias y servicios relativos a las funciones de tutela de la Generalitat respecto de las personas incapacitadas judicialmente o sometidas a procedimientos de incapacitación, prevé en su artículo 14 que *"el asesoramiento en derecho, la representación procesal y la defensa en juicio de las personas presuntamente incapaces en el proceso judicial de incapacitación, cuando sea designada la Generalitat para el cargo de Defensor Judicial, corresponderá al personal profesional técnico y letrado adscrito a las direcciones territoriales de la Conselleria, que deberá estar habilitado por la Abogacía General de la Generalitat."*

La habilitación de funcionarios técnicos con la adecuada titulación, que en este caso se establece con carácter general en una norma reglamentaria para unos determinados supuestos, obedece a que, realizada la valoración oportuna, se considera por el Consell que dicho mecanismo ofrece resultados óptimos en la defensa de los derechos de las personas sujetas a un proceso judicial de incapacitación.

Por ello, no parece afortunado vedar *"ab initio"* y de forma tan rotunda, la posibilidad de acudir al mecanismo de la habilitación exclusivamente cuando se trate de la protección de las personas menores de edad. Entendemos que dicho mecanismo podrá utilizarse o no en cada momento determinado en función de las necesidades del servicio, sin que *"a priori"* deba descartarse el recurso al mismo, sobre todo cuando no es posible valorar la justificación que subyace en tal medida prohibitiva, ya que nada dice al respecto el informe de necesidad y oportunidad del anteproyecto, ni la parte expositiva de la norma.

Por último, en el texto remitido en enero constaban dos **órganos**, el Observatorio Valenciano de la Infancia y la Adolescencia y el Consejo de Infancia y Adolescencia, respecto a este último faltaría por precisar su adscripción, que como es lógico, se supone que será a la Conselleria competente en la materia.

Pero **como novedad del actual texto, se introducen de forma expresa dos órganos colegiados en el art. 89.3,** el Consejo de Adopción y Alternativas Familiares y la Comisión de Protección de la Infancia y Adolescencia.

Respecto a la creación de órganos administrativos, dispone con carácter básico el art. 5 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público que:
"Artículo 5. Órganos administrativos.
1. Tendrán la consideración de órganos administrativos las unidades administrativas a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo.
2. Corresponde a cada Administración Pública delimitar, en su respectivo ámbito competencial, las unidades administrativas que configuran los órganos administrativos propios de las especialidades derivadas de su organización.
3. La creación de cualquier órgano administrativo exigirá, al menos, el cumplimiento de los siguientes requisitos:
a) Determinación de su forma de integración en la Administración Pública de que se trate y su dependencia jerárquica.
b) Delimitación de sus funciones y competencias.
c) Dotación de los créditos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento.
4. No podrán crearse nuevos órganos que supongan duplicación de otros ya existentes si al mismo tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de estos. A este objeto, la creación de un nuevo órgano sólo tendrá lugar previa comprobación de que no existe otro en la misma Administración Pública que desarrolle igual función sobre el mismo territorio y población."

Así, respecto a estos dos órganos, que no se especificaban en el texto anterior, en primer lugar debe precisarse su adscripción; en segundo lugar, aunque en artículos subsiguientes al 89.3 se precisan competencias concretas de uno u otro, debieran éstas delimitarse con claridad; y en tercer lugar puesto que, en todo o parte, esas competencias ya las está ejerciendo la Generalitat, dejar clara la relación con los actuales órganos que ejercen las mismas o relacionadas funciones y competencias, como el Consejo de Adopción de Menores de la Generalitat o la Comisión de Protección Jurídica del Menor, así como prever el régimen de transitoriedad.

A la vista de todo lo expuesto, **en conclusión y con las precisiones reseñadas, se informa favorablemente el anteproyecto remitido.**

Valencia, 21 de marzo de 2018
El Abogado de la Generalitat
Carlos Torres Gimeno