

<b>Dictamen</b>	37/2025
<b>Objeto</b>	Recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto Ley 2/2025, de 18 de marzo, por el que se aprueban medidas urgentes para la garantía del interés superior de la infancia y la adolescencia ante situaciones de contingencias migratorias extraordinarias (BOE núm. 67, de 19 de marzo de 2025)
<b>Ponente</b>	Felio José Bauzá Martorell

## ANTECEDENTES

1. En fecha 19 de marzo de 2025 se publica en el *Boletín Oficial del Estado* el Real Decreto Ley 2/2025, de 18 de marzo, por el que se aprueban medidas urgentes para la garantía del interés superior de la infancia y la adolescencia ante situaciones de contingencias migratorias extraordinarias.
2. En la sesión celebrada en fecha 11 de abril de 2025, el Consejo de Gobierno de las Illes Balears, a propuesta de la Consejera de Presidencia y Administraciones Públicas, acordó autorizar a la Dirección de la Abogacía de la Comunidad Autónoma para la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra el citado Real Decreto Ley 2/2025 (se adjunta el certificado de la Secretaria del Consejo de Gobierno, con el visto bueno de la Presidenta de las Illes Balears).

En dicho acuerdo se incluyen los argumentos jurídicos por los que se considera que el Real Decreto Ley, en su artículo único, se considera inconstitucional:

El Estado invoca expresamente los títulos del artículo 149.1, apartados 1 y 2, de la Constitución Española, relativos a las competencias exclusivas sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, y en las materias de inmigración y extranjería. Sin embargo, la norma atribuye al Estado competencias ejecutivas que no se encuentran amparadas por los citados títulos competenciales, y se alteran los propios de la comunidad autónoma sobre las materias de protección de menores e integración social y económica del inmigrante, de acuerdo con la delimitación competencial que realiza de estas materias el Tribunal Constitucional.

El Real Decreto Ley 2/2025, a través de los diferentes apartados de su artículo único, modifica la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, e incorpora los nuevos artículos 35 *bis* a 35 *quinquies*, un nuevo apartado *f*) en el artículo 52, y dos nuevas disposiciones adicionales, undécima y doceava, en los que se imponen los criterios para redistribuir entre las comunidades autónomas los menores extranjeros no acompañados, lo que supone recortar las competencias autonómicas en esta materia y contraviene los principios constitucionales de cooperación, coordinación y lealtad institucional, así como la realización efectiva del principio de solidaridad insertado en el artículo 138 de la Constitución, al imponer un reparto unilateral de menores extranjeros no acompañados sin el consenso previo en la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia.

Además, el Estado no se hace cargo de los correspondientes gastos, dado que la cobertura del fondo a que hace referencia la norma —que en realidad no crea— es limitada, y la compensación por los gastos está supeditada a la «sobreocupación» de los sistemas de protección autonómica, un criterio que la norma regula condicionado al hecho de que se acredite un número de plazas de acogida por encima de la media del total de las plazas existentes en el conjunto del Estado por cada 100.000 habitantes y

mientras esta situación perdure, lo cual afecta al principio de suficiencia financiera autonómica.

Por otra parte, el Real Decreto Ley 2/2025 regula una materia reservada a ley orgánica. Al respecto, el artículo 86.1 de la CE prohíbe que los decretos leyes afecten a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I. No solo, por tanto, los derechos y libertades que han de ser desarrollados por ley orgánica, sino todos los del título I. Y con este Real Decreto Ley se afecta, al menos, los derechos reconocidos en el artículo 19 de la Constitución (libertades de circulación y residencia), pero también y principalmente (u así lo reconoce el Estado al invocar como amparo de su regulación el título competencial del 149.1.2.<sup>ª</sup>), a los derechos de los extranjeros (en este caso menores) a los que se refiere el artículo 13 (que también está en el Título I de la CE), e incluso a los derechos del artículo 39.4 (derecho de los niños a la protección prevista en los tratados internacionales que velan por sus derechos).

Finalmente, también resulta cuestionable la utilización de la figura del decreto ley. Al respecto, el artículo 86.1 de la Constitución exige una necesidad extraordinaria y urgente para aprobar un decreto ley, y la regulación del hecho migratorio no se puede calificar de circunstancia extraordinaria, dado que este fenómeno es una situación estructural y no coyuntural, conocida desde hace años, como lo reflejan datos oficiales y la propia exposición de motivos del Real Decreto Ley.

3. A propuesta de la Consejera de Presidencia y Administraciones Públicas, la Presidenta de las Illes Balears solicita formalmente dictamen al Consejo Consultivo, mediante un oficio de fecha 16 de abril de 2025, con registro de entrada en nuestra sede el 22 de abril siguiente:

La Conselleria de Presidència i Administracions Públiques ha tramès a aquesta Presidència l'expedient que s'adjunta a aquest escrit, relatiu a la interposició d'un recurs d'inconstitucionalitat davant del Tribunal Constitucional pel Govern de les Illes Balears contra el Reial decret llei 2/2025, de 18 de març, pel qual s'aproven mesures urgents per a la garantia de l'interès superior de la infància i l'adolescència davant de situacions de contingències migratòries extraordinàries.

En conseqüència, atès el que estableixen l'apartat 3 de l'article 18 i la lletra a de l'article 21 de la Llei 5/2010, de 16 de juny, reguladora del Consell Consultiu de les Illes Balears, us deman que l'alt òrgan consultiu emeti el dictamen preceptiu.

## CONSIDERACIONES JURÍDICAS

### Primera. Legitimación de la Presidenta de las Illes Balears para solicitar el dictamen

La Presidenta de las Illes Balears se encuentra legitimada para formular la consulta, de conformidad con los artículos 18.3 y 21.a de la Ley 5/2010, de 16 de junio, reguladora del Consejo Consultivo de las Illes Balears, y el artículo 10.o de la Ley 1/2019, de 31 de enero, del Gobierno de las Illes Balears.

Este superior órgano de consulta es competente para emitir el dictamen, que tiene *carácter preceptivo*, puesto que trata sobre la eventual interposición de un recurso de inconstitucionalidad en relación con una norma de rango de ley estatal.

Es doctrina reiterada de este órgano de consulta (dictámenes 63/2000, 21/2021 y 68/2024, entre otros) que el Consejo Consultivo siempre actúa a instancia de parte, nunca de oficio, y que, por este motivo, sus consideraciones y conclusiones se tienen que circunscribir a *aquellos aspectos sobre los que se formula la consulta* y que únicamente se pueden extender

a otras materias cuando sea imprescindible para una correcta valoración de la cuestión suscitada. Y añade:

[...] si bien éste es el límite de su actuación, también es a la vez el límite de actuación del órgano solicitante si se decide a interponer el recurso de inconstitucionalidad, pues no podrá impugnar ningún precepto sobre el cual no se haya solicitado previamente el parecer del Consejo Consultivo.

En este caso el objeto de consulta se extiende al *artículo único* del Real Decreto Ley 2/2025.

Finalmente, no está de más recordar que el análisis incluido en el presente dictamen tiene efectos meramente declarativos, dado que —en un sistema de justicia constitucional concentrada como el que incorpora la Constitución Española— corresponde en exclusiva al Tribunal Constitucional el pronunciamiento sobre la constitucionalidad o no del Real Decreto Ley.

## **Segunda. Legitimación del Consejo de Gobierno de las Illes Balears para interponer el recurso de inconstitucionalidad**

### *a) Legitimación ad causam*

El artículo 162.1 de la Constitución Española (CE) y el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) han precisado la concesión de la *legitimatío ad causam* de manera expresa y concreta adoptando un sistema de *numerus clausus*, taxativo y riguroso, en atención a razones de prudencia política y de seguridad y normalidad jurídica. Así, y según esta fundamentación legal, pueden interponer el recurso de inconstitucionalidad el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta diputados, cincuenta senadores, y los *Gobiernos* o Asambleas autonómicas.

Cuando se trate del *órgano ejecutivo superior* o del Parlamento de una comunidad autónoma, solo se puede interponer el recurso de inconstitucionalidad, según la LOTIC, si se cumplen dos premisas: (1) que se trate de leyes o *normas con rango de ley del Estado* y (2) *que afecten al ámbito de la autonomía* de la comunidad autónoma en cuestión. Ambos requisitos se cumplen en el presente supuesto, como se justificará en la siguiente consideración jurídica. Además, existe una clara conexión material entre el contenido de aquel y las competencias de esta, como exige el Tribunal Constitucional (por todas, STC 199/1987 y 13/2021). Y esta conexión no debe ser interpretada restrictivamente como ha afirmado la STC 236/2007.

### *b) Legitimación ad processum*

El artículo 59 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears (EAIB) establece que el Gobierno autonómico puede interponer recurso de inconstitucionalidad en los supuestos y términos previstos en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Además, el artículo 17.i de la Ley 1/2019, de 31 de enero, del Gobierno de las Illes Balears, dispone que corresponde al Consejo de Gobierno acordar la interposición del recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Visto el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 11 de abril de 2025, según el certificado expedido por la Secretaria de dicho órgano e incorporado al expediente remitido, este órgano de consulta considera que se han cumplido las formalidades exigidas por el marco normativo mencionado.

Así las cosas, la legitimación material y formal del Gobierno de las Illes Balears para presentar el recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto Ley 2/2025 es, a nuestro juicio, incuestionable.

*c) Especial referencia a la legitimación del Gobierno de las Illes Balears a la vista del artículo 70.8 del EAIB, que atribuye a los Consejos Insulares con el carácter de propias las competencias en materia de «tutela, acogimiento y adopción de menores»*

El artículo 70.8 del EAIB otorga, en efecto, a los Consejos Insulares y con el carácter de propias las competencias citadas de «tutela, acogimiento y adopción de menores». A la vista de dicho precepto se podría plantear si deberían ser los Consejos Insulares, y no el Gobierno de las Illes Balears, los legitimados para interponer, en este caso, el conflicto en defensa de la autonomía local. Sin embargo, que el artículo 70 atribuya a los Consejos Insulares dicha competencia no impide que el Gobierno pueda plantear el recurso de inconstitucionalidad, y ello por lo siguiente:

- A pesar de su contenido, el artículo 72 del EAIB, en competencias que son propias de los Consejos Insulares, prevé que la coordinación de la actividad de los Consejos Insulares en todo lo que pueda afectar a los intereses de la Comunidad Autónoma corresponderá al Gobierno (apartado 2).
- El artículo 58 del EAIB atribuye al Gobierno de las Illes Balears, sobre competencias que los Consejos Insulares hayan asumido como propias, la potestad para establecer los *principios generales* sobre la materia.
- El artículo 69 del EAIB señala que las competencias no atribuidas expresamente como propias a los Consejos Insulares en este Estatuto de Autonomía corresponden al Gobierno de las Illes Balears, sin que en ningún caso sean susceptibles de transferencia aquellas que por su propia naturaleza tengan un carácter suprainsular, que incidan sobre la ordenación y la planificación de la actividad económica general en el ámbito autonómico o aquellas competencias cuyo ejercicio exija la obligación de velar por el equilibrio o la cohesión territorial entre las diferentes islas.
- El artículo 69.1 de la Ley autonómica 9/2019, de 19 de febrero, de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia, atribuye a la comunidad autónoma de las Illes Balears las competencias en servicios sociales, educación, salud, juventud y deportes que recoge el Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, de las que servicios sociales, juventud y deportes son competencias propias de los Consejos Insulares.
- El acogimiento de menores no acompañados afecta no solo a las competencias de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears en materia de servicios sociales, sino a la salud (por la necesidad vital de asistirles sanitariamente) o la educación (pues hay que escolarizar a estos niños).
- El artículo 69.2 de la mencionada ley establece una relación de competencias que, en materia de servicios sociales, corresponden al Gobierno de las Illes Balears, siendo especialmente significativa la letra g:
  - a) Adoptar las iniciativas de la potestad legislativa en materia de infancia y adolescencia y llevar a cabo el desarrollo normativo para establecer los *principios generales* sobre la materia que aseguren el equilibrio y la cohesión territorial entre todas las islas y

para garantizar la coordinación de la actividad de los consejos insulares en todo aquello que pueda afectar a los intereses de la comunidad autónoma.

- b) Aprobar, con la colaboración de los consejos insulares, los *planes estratégicos* de atención a la infancia y la adolescencia de ámbito autonómico.
- c) Llevar a cabo la atención temprana, sin perjuicio de lo que establezcan las leyes educativas y siguiendo los principios de normalización e inclusión dentro del sistema educativo.
- d) Establecer los criterios y los estándares mínimos de cobertura, calidad y accesibilidad en aplicación de esta ley en todo el territorio de la comunidad autónoma.
- e) Establecer los criterios y las fórmulas de *coordinación general y transversal* entre departamentos del Gobierno de les Illes Balears cuando sea necesario para la mejor gestión y eficacia de la política en materia de atención a la infancia y la adolescencia.
- f) Ejercer las acciones legales pertinentes en defensa de los derechos de la infancia y la adolescencia de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente en cada momento.
- g) Emitir los informes relativos a los programas de desplazamiento temporal de personas menores de edad extranjeras que se encuentren en una situación de dificultad social o médica especial, o bien en un entorno social y familiar que dificulte gravemente su desarrollo integral y bienestar, para que puedan disfrutar de un periodo de vacaciones, recibir un tratamiento médico o permanecer con finalidades de escolarización en la comunidad autónoma de las Illes Balears, todo ello de acuerdo con la legislación estatal en materia de extranjería.

— El artículo 71 de la citada ley autonómica atribuye al Gobierno de las Illes Balears las siguientes competencias en el ámbito de protección de la infancia y la adolescencia, siendo destacable su letra *f*, que le otorga precisamente la representación y las relaciones con la Administración General del Estado, con otras comunidades autónomas y con organismos internacionales, así como el desarrollo de programas de cooperación con los entes mencionados en el marco del ordenamiento jurídico vigente (no olvidemos que la que forma parte de la Conferencia Sectorial de la Infancia es la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, no los Consejos Insulares):

Artículo 71. Competencias del Gobierno de las Illes Balears en el ámbito de la protección de la infancia y la adolescencia

En el ámbito de la protección de la infancia y la adolescencia, corresponden al Gobierno de les Illes Balears las competencias siguientes:

- a) El establecimiento de los principios generales en el ámbito de la protección de la infancia y la adolescencia para facilitar la coherencia y la homogeneidad de las actuaciones para la consecución de un resultado común.
- b) La gestión de las estadísticas autonómicas.
- c) El estudio, la investigación, las publicaciones, los congresos, los planes de formación de los profesionales y los planes de promoción y protección de la infancia y la adolescencia y de sus derechos, de ámbito interinsular.
- d) La elaboración de programas experimentales en el ámbito de la infancia y la adolescencia y, en especial, para evaluar el éxito de nuevas metodologías y estrategias de intervención que permitan dar una mejor respuesta a estos desafíos y a las nuevas necesidades en la atención de este sector de la población.
- e) La creación, el mantenimiento y la gestión de equipamientos y programas de ámbito interinsular.

- f) La representación y las relaciones con la Administración General del Estado, con otras comunidades autónomas y con organismos internacionales, así como el desarrollo de programas de cooperación con los entes mencionados en el marco del ordenamiento jurídico vigente.
- g) La gestión del Registro Unificado de Maltrato Infantil en el ámbito de la comunidad autónoma de las Illes Balears.
- h) El resto de competencias que le atribuyan expresamente esta ley y otras.

Finalmente, el artículo 72 de la citada ley autonómica indica que el Gobierno de la comunidad autónoma, a través de la consejería competente en materia de personas menores de edad, es la entidad pública competente para la ejecución de las medidas judiciales impuestas a las personas menores de edad en el marco de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de la responsabilidad penal de los menores, modificada por la Ley 8/2006, de 21 de diciembre. Y, como entidad pública competente para la ejecución de las medidas judiciales impuestas a las personas menores de edad, el Gobierno de la comunidad autónoma tiene atribuidas todas las funciones que la legislación reguladora de la responsabilidad penal de las personas menores de edad le otorga y, concretamente, las que se citan en el apartado 2.

Todo lo anterior nos permite afirmar que, como habíamos adelantado, el Gobierno de las Illes Balears se halla plenamente legitimado para interponer formalmente el recurso de inconstitucionalidad.

### **Tercera. Plazo para interponer el recurso de inconstitucionalidad**

Centrándonos en el plazo del recurso de inconstitucionalidad, podemos señalar que este se puede interponer en el plazo *de tres meses* desde la fecha de publicación de la ley o norma con rango de ley presuntamente inconstitucional, de acuerdo con el artículo 33.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1979 (no siendo de aplicación el plazo de nueve meses previsto en los apartados siguientes del mismo precepto). Y, dado que el Real Decreto Ley 2/2025 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* el 19 de marzo del año en curso, el plazo para interponer el recurso de inconstitucionalidad finalizaría el 19 de junio de 2025.

### **Cuarta. Objeto del recurso de inconstitucionalidad**

En este caso en concreto, se duda de la constitucionalidad del *artículo único* del Real Decreto Ley 2/2025, de 18 de marzo, por el que se aprueban medidas urgentes para la garantía del interés superior de la infancia y la adolescencia ante situaciones de contingencias migratorias extraordinarias (convalidado por Resolución de 10 de abril de 2025, del Congreso de los Diputados, BOE de 12 de abril). A través de este artículo único se modifica la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, como sigue: se adicionan los artículos 35 *bis*, *ter*, *quater* y *quinquies*; se adiciona una letra *f* al artículo 52, y se añaden dos disposiciones adicionales (la undécima y la duodécima).

Finalmente, el Real Decreto Ley contiene dos disposiciones adicionales y tres disposiciones finales, respecto de las cuales no se ha solicitado un análisis de su constitucionalidad, por lo que no se entrarán a analizar, por las razones expuestas anteriormente.

Por lo que se refiere al artículo único, del que sí se tienen dudas sobre su constitucionalidad, este ha previsto resumidamente lo siguiente:

- Se adiciona un nuevo artículo 35 *bis*, que exige la *unanimidad* de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia para declarar la *situación de contingencia migratoria extraordinaria*, para adoptar los requisitos necesarios para ello; aprobar el Plan de respuesta a dicha situación, y fijar los criterios para su aplicación. Exige que por resolución de la presidencia de *la Conferencia Sectorial se concreten los supuestos* en que se ordene el traslado de personas menores extranjeras no acompañadas de una comunidad o ciudad autónoma a otra, previa comunicación y acreditación de dicha contingencia por parte de la comunidad o ciudad autónoma afectada. De no hacerlo, se atribuye dicha competencia a la Administración General del Estado.

El apartado 2 añade que *se declarará esta situación en aquellas comunidades o ciudades autónomas cuyo sistema de protección y tutela exceda en ocupación tres veces su capacidad ordinaria en los términos de la disposición adicional undécima, previéndose para ello un plazo de cinco días naturales.*

Conforme al apartado 3, la declaración de la situación de contingencia migratoria extraordinaria supondrá que sea la *Administración General del Estado* la que concrete a qué comunidad o ciudad autónoma se traslade el menor, en los términos previstos en los artículos 35 *ter* y 35 *quater*.

- Se adiciona un nuevo artículo 35 *ter*, que fija los *criterios* objetivos para que *la Administración General del Estado* redistribuya a los menores ante la falta de unanimidad de la Conferencia Sectorial (población, capacidad económica, tasa de paro, esfuerzo previo en acogida e insularidad).
- Se adiciona un nuevo artículo 35 *quater*, que regula el *Plan de respuesta solidaria* y otorga la competencia a la Administración General del Estado para que, en el plazo máximo de quince días naturales desde la inscripción del menor en el Registro de Menores No Acompañados, formule su resolución de ubicación y traslado a otra comunidad autónoma, siguiendo los procedimientos de verificación y certeza de la edad del menor. En este caso contempla que la persona menor afectada y la comunidad o ciudad autónoma de destino habrán de ser oídas, dando conocimiento al Ministerio Fiscal.
- Se adiciona un nuevo artículo 35 *quinquies*, por el que se prevé que, si los criterios de aplicación del Plan de respuesta solidaria no se aprueban por la unanimidad exigida en el artículo 35 *bis*.1, será la Administración General del Estado la encargada de adoptarlos, en el ejercicio de sus funciones de «coordinación» del artículo 151.2. *a* de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
- Se adiciona un nuevo párrafo *f* al artículo 52 con la siguiente redacción, que supone la tipificación de una nueva infracción calificada como leve:

«f) La ausencia de comunicación a la autoridad pública por parte de las entidades cuyo objeto se refiera total o parcialmente a la atención de personas menores de edad extranjeras no acompañadas, así como de las personas que actúen en su representación o encuadradas en su actividad de manera habitual, de la localización de personas menores de edad extranjeras no acompañadas a fin de que pueda procederse en consecuencia.»

- Se adiciona una nueva disposición adicional undécima, que establece los requisitos para determinar la capacidad ordinaria de los sistemas para la adecuada protección y tutela de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas, cuando no se consiga la unanimidad en el seno de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia, estableciéndose que el instrumento para ello será el *real decreto del Consejo de Ministros*, que tendrá que ser aprobado cada año (apartados 1 y 2). A tal efecto las ciudades y comunidades autónomas deberán remitir a la persona titular de la Presidencia de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia antes del 15 de enero de cada año certificación del titular de la Consejería competente del número máximo de personas menores de edad extranjeras no acompañadas atendidas por el sistema de protección de la ciudad o comunidad autónoma en el año anterior, recogiendo la identidad de los menores y la fecha considerada, y excluyendo las comunidades o ciudades autónomas de origen a los efectos de esta certificación el cómputo de los menores que hayan sido efectivamente trasladados a otra comunidad o ciudad autónoma, dentro del año considerado, en razón a la declaración de una situación de contingencia migratoria extraordinaria en la comunidad o ciudad autónoma de origen (apartado 3).

El apartado 4 crea el *Fondo* adscrito al Ministerio con competencia en materia de infancia para compensar «íntegramente» a las comunidades y ciudades por los costes ocasionados por la sobreocupación por menores extranjeros no acompañados trasladados desde otra comunidad o ciudad autónoma, entendiéndose que excede la ocupación la capacidad ordinaria de su sistema de *protección y tutela* de menores extranjeros no acompañados en los términos del apartado 1, y siempre que acredite un número de plazas de acogida por encima de la media del total de las plazas existentes en el conjunto del Estado por cada 100.000 habitantes, mientras dicha situación perdure. También establece la forma de financiación de dicho fondo (apartado 4 *in fine*).

El apartado 5 prevé la posibilidad de *prórroga* de la capacidad ordinaria de los sistemas de protección y tutela de personas menores de edad extranjeras no acompañadas establecida en esta disposición adicional, por un año y mediante real decreto y previo informe de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia. Posteriormente, se requerirá el acuerdo unánime de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia o, en su defecto, el acuerdo por mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, previa remisión de la propuesta elaborada por el Gobierno. A partir de transcurrido el primer año de prórroga, sin acuerdo unánime de la Conferencia Sectorial sobre la capacidad ordinaria de los sistemas de protección y tutela de personas menores de edad extranjeras no acompañadas actualizada anualmente, las resoluciones derivadas de la aplicación de esta ley que pueda establecer la Administración General del Estado sobre la reubicación de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas no resultarán de cumplimiento obligatorio para las comunidades y ciudades autónomas.

- Se añade la disposición adicional duodécima, con la siguiente redacción, que regula el alcance de las decisiones de la Administración General del Estado sobre la capacidad de los sistemas de protección y tutela de personas menores de edad extranjeras no acompañadas:

Sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional undécima para el año 2025 y su prórroga, no podrá acordarse por la Administración General del Estado sin el Acuerdo unánime de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia la reubicación obligatoria

de personas menores de edad extranjeras no acompañadas procedentes de otra comunidad o ciudad autónoma en su territorio, ni atribuirse de manera obligatoria la atención o tutela de las mismas a aquellas comunidades y ciudades autónomas que acrediten la ocupación efectiva de un número de plazas de acogida de personas menores de edad, ya sean extranjeras o no, por encima de la media del total de las plazas existentes en el conjunto del Estado por cada 100.000 habitantes.

#### **Quinta. Los posibles motivos de inconstitucionalidad**

Analizado el contenido del artículo único del Real Decreto Ley, este Consejo Consultivo considera que existen indicios de inconstitucionalidad que legitimarían al Gobierno de las Illes Balears para plantear, en su caso, el recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Así las cosas, consideramos que:

*a) No se halla suficientemente justificada la extraordinaria y urgente necesidad que habilite al Gobierno de la Nación para aprobar el Real Decreto Ley 2/2025.*

El decreto ley es una disposición normativa dictada por el poder ejecutivo en el ámbito de las materias reservadas a la ley, con fuerza y valor de ley y cuya justificación reside en una situación de «*extraordinaria y urgente necesidad*» (artículo 86 de la CE). Se permite al Gobierno regular materias reservadas a la ley, cumpliendo los requisitos constitucionales, pero solo cuando se requiere dar respuesta a una situación de imprevisto que quedaría desatendida si hubiera que esperar a una ley, habida cuenta de la considerable duración del proceso que conduce a su formación.

En la STC 110/2021, el Alto Tribunal recuerda que el control que a tal efecto corresponde al Tribunal sobre la «*extraordinaria y urgente necesidad*» es de carácter externo, en el sentido de que debe verificar, *no sustituir*, el juicio político o de oportunidad que corresponde tanto al Gobierno para dictarlo, como al Congreso de los Diputados para, en su caso, convalidarlo en votación de totalidad (artículo 86.1 y 2 de la CE). Añade que la acreditación de tal urgencia se resuelve con la necesaria presentación explícita y razonada de los *motivos que han sido tenidos en cuenta* por el Gobierno para dictar el decreto ley, y ello debe quedar justificado en la *exposición de motivos* del propio texto normativo, en lo argumentado en el debate de convalidación en el Congreso de los Diputados, o en el expediente de elaboración del decreto ley. Pues bien, en este caso en concreto, la exposición de motivos del Real Decreto Ley 2/2025 justifica la urgencia en «*la propia situación de contingencia migratoria extraordinaria de la protección del interés superior de la infancia y adolescencia migrante no acompañada*»; en que se «*trata de una situación de entrada en condiciones precarias de extranjeros extracomunitarios indocumentados, lo que dificulta a priori la comprobación de su minoría de edad, exigiendo en los casos de duda la tramitación de un procedimiento de determinación de edad con intervención del Ministerio Fiscal y con pruebas objetivas médico-forenses*». Esta contingencia extraordinaria es la que genera, según el Real Decreto Ley, «*una necesidad urgente de protección de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas por todas las administraciones competentes, que no puede ser atendida únicamente por los servicios ordinarios reforzados de la comunidad o ciudad autónoma de entrada*». Y añade que la justificación de la urgencia se halla también en la «*perentoriedad de la atención*», «*en la inmediata prevalencia del interés superior del menor*», y su «*consideración legal de grupo especialmente vulnerable*».

El Consejo Consultivo de las Illes Balears considera que tales argumentos no justifican suficientemente la *urgencia* de las medidas adoptadas en la norma con rango de ley, y ello por lo siguiente: el problema migratorio no es nuevo ni se trata de algo imprevisto; no se trata de una situación que haya aparecido sin más en un momento concreto y que requiera de respuesta inmediata. Es un problema estructural y previsible, por lo que no habría una «urgencia» real que justifique saltarse el debate parlamentario y la participación de las comunidades autónomas (titulares de la competencia de protección de menores) en el procedimiento legislativo a través del Senado.

No se duda de la *gravedad* de la situación migratoria ni se desconoce la misma; pero no es ese el requisito que exige la Constitución para justificar el decreto ley, que no deja de ser una norma que supone una *capitis deminutio* de la potestad legislativa de las Cortes Generales (artículo 66 de la CE) dejando en manos del Gobierno la regulación de materias reservadas a la ley. Que la situación sea *grave o difícil* no significa que no sea estructural. Y llegamos a esta conclusión tras una lectura de los párrafos tercero y cuarto del apartado I de la misma exposición de motivos cuando hace referencia a que esta situación lleva siendo *un problema en España en los últimos ocho años* y que, de hecho, *ya se han adoptado acuerdos* en el seno de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia, en 2022, 2023 y 2024.

La STC 29/1982, sobre los límites del decreto ley, consideró que la urgencia debe ser real, inaplazable y congruente con el contenido del decreto, condiciones que no parecen cumplirse y que podrían ser analizadas por el Alto Tribunal.

*b) El artículo único del Real Decreto Ley vulnera el límite material establecido por el artículo 86 de la Constitución Española al afectar a los derechos y libertades de los ciudadanos del título I.*

El artículo 86.1 *in fine* de la Constitución Española establece que los decretos leyes no podrán afectar, entre otras materias, *a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I*. Es doctrina reiterada y consolidada del Tribunal Constitucional que el término «afectar» debe interpretarse estrictamente en el sentido de que lo que no puede hacer el decreto ley es *regular* tales derechos.

En este sentido, una simple lectura del contenido del Real Decreto Ley nos permite llegar a la conclusión de que sí «afecta» y, además, «regula» derechos y libertades del menor, como el de la protección de la infancia (artículo 39 de la CE) o el derecho a no ser discriminado y a la igualdad (artículo 14 de la CE). Tanto es así que la exposición de motivos del Real Decreto Ley justifica su regulación en que es una obligación «que la política migratoria respete la *integración social* de los migrantes y sus *derechos* según el artículo 2 *bis* de la Ley Orgánica 4/2000», que «resulta aún más clara y tajante cuando se trata de personas menores de edad», por lo que se remite a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Y resulta cuando menos curiosa la justificación que hace el Real Decreto Ley cuando prevé:

[...] el artículo 39.4 de la Constitución Española recuerda que: «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos»; previsión que, se recuerda, dada su ubicación constitucional en el capítulo III del título I, termina por erigirse en un genuino mandato, habiendo tal principio de informar «la

legislación positiva, la práctica judicial, y la actuación de los poderes públicos» (ex artículo 53.3 de la Constitución Española).

Todo ello cristaliza en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo artículo 2 dispone que «en aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir». Este principio se ha concretado también en ulteriores normas en la materia, siendo destacable la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la Infancia y la adolescencia frente a la violencia.

En coherencia con lo indicado, las personas menores de edad extranjeras no acompañadas gozan en España de los *derechos* que para las personas menores de edad establecen la legislación española, la Unión Europea, y los Tratados y Convenios Internacionales suscritos por España. Y las distintas Administraciones Públicas implicadas deben velar, en definitiva y en todo momento, por *el interés superior del menor, como principio rector que ha de servir de guía a toda política pública en la materia*.

El artículo único establece, con extensión y detalle, procedimientos, plazos, porcentajes, requisitos, criterios, administración competente, etc., por lo que establece el régimen jurídico del derecho de protección del menor. Algunas muestras de ello son:

- La regulación que afecta al procedimiento para la determinación de la edad de la persona, elemento nuclear para discernir si estamos ante un menor o no. No olvidemos que la Administración, cuando tenga incertidumbre sobre la edad del extranjero que hubiese entrado irregularmente en España, deberá ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal a fin de que proceda a determinar, ordenando practicar las pruebas médicas pertinentes, si procede el internamiento en un centro de protección de menores, en su caso, o debe someterse al régimen de devoluciones de los extranjeros mayores de edad. La reciente STC 43/2025 —por la que se resuelve la impugnación por parte del Gobierno de la Nación de diversos apartados del acuerdo del Gobierno de Canarias en relación con los menores extranjeros no acompañados, y la resolución de la Dirección General de Protección a la Infancia y las Familias por la que se establece el protocolo territorial de recepción de menores extranjeros migrantes no acompañados en la Comunidad Autónoma de Canarias— recuerda, respecto del régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados, la «especial vulnerabilidad en que se encuentran», «la importancia de la protección de sus derechos» y la aplicación del «principio de presunción de minoría de edad» como «un elemento inherente a la *protección del derecho al respeto de la vida privada de una persona extranjera no acompañada que declara ser menor de edad*».
- La regulación que realiza el artículo 35 *quater* sobre cómo debe llevarse a cabo el registro del menor no acompañado. Prevé que cuando llegue a una comunidad autónoma y esta se encuentre en situación de contingencia migratoria extraordinaria, el traslado a la comunidad de destino debe producirse en el plazo de quince días desde que se complete el registro del menor, siguiendo los *procedimientos de verificación y certeza de la edad del menor*. En este caso contempla que la persona menor afectada y la comunidad o ciudad autónoma de destino habrán de ser *oídas*, dando conocimiento al Ministerio Fiscal.
- El artículo 35 *quinquies*, en cuanto al régimen de *tutela, guarda y acogimiento* de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas. Prevé que se estará a lo dispuesto en la legislación civil y añade que los menores de edad que se desplacen, sin

autorización, fuera del territorio de la comunidad o ciudad autónoma titular de su guarda o tutela *podrán ser conducidos nuevamente* por los servicios competentes, una vez localizados, *a su territorio* y, en cualquier caso, deberán ser *puestos a disposición de la autoridad* correspondiente.

En la STEDH Darboe y Camara c. Italia, el Tribunal de Estrasburgo declara, el 21 de julio de 2022, la importancia de tener en cuenta la especial *vulnerabilidad* de un menor como factor decisivo que debe prevalecer sobre las consideraciones relativas a su condición de inmigrante y a su situación irregular. Y la STS 453/2014, de 23 de septiembre, considera, basándose precisamente en el principio del interés superior del menor:

[...] cualquier duda sobre la minoría de edad basada en la simple apariencia física de la persona deberá resolverse a favor del menor, habida cuenta el hecho de que las técnicas actuales no permiten establecer con total precisión la edad de un individuo y el debate existente al respecto, como han apuntado distintas Defensorías del Pueblo. La emigración provoca por sí misma, inevitablemente, un desequilibrio que se agrava para los menores cuando la duda se resuelve en su contra y se les sitúa en el círculo de los *mayores de edad con evidente desprotección* en cuanto a los derechos y obligaciones y consiguiente situación de desamparo desde el momento *en que no quedan bajo la tutela de los servicios de protección correspondientes* [que son de las comunidades autónomas].

Cabe recordar que el menor es una persona a la que se reconocen determinados derechos precisamente por su condición de «menor de edad». Así lo exige nada más y nada menos que una *ley orgánica*, por afectar a derechos fundamentales. Nos referimos a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El artículo 2.1 de esta ley orgánica establece que todo menor tiene derecho a que *su interés superior* sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. Y añade que, en la aplicación de la Ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el *interés superior* de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. A lo anterior debemos añadir el apartado 5 del artículo 2, que exige que toda resolución de cualquier orden jurisdiccional y toda medida en el *interés superior* de la persona menor de edad deberá ser adoptada respetando las *debidas garantías* del proceso y, en particular (letra *a*), los derechos del menor a ser *informado, oído y escuchado, y a participar* en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.

Y el Real Decreto Ley incluye precisamente en su título la regulación de medidas urgentes para la «garantía del *interés superior* de la infancia y la adolescencia ante situaciones de contingencias migratorias extraordinarias»; es decir, toda la regulación que hace esta norma cuestionada la hace con una única finalidad: la protección del menor y su interés superior. Por ello se hace difícil poder afirmar que el Real Decreto Ley no «afecta» a los derechos del título I (en una búsqueda digital, por palabras, en la exposición de motivos y el articulado del Real Decreto Ley, aparece hasta 23 veces la referencia a este «interés superior»).

Finalmente, cabe recordar que la disposición final primera del Real Decreto Ley 2/2025 establece que este se dicta al amparo, entre otros, del artículo 149.1.1.ª, de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la «*regulación*» de las condiciones básicas que garanticen la *igualdad* de todos los españoles en el ejercicio de los derechos. Si no afecta a los derechos del título I, como se intenta justificar, el Gobierno de

la Nación no podría ampararse en el artículo 149.1.1.<sup>ª</sup> de la Constitución para motivar su competencia. Son, ambas, afirmaciones incoherentes. Por tanto: o el Estado está «regulando» las condiciones básicas de los derechos de los menores (y se está justificando lo contrario) o el Estado no tiene competencia (que es lo que consideramos que acontece como explicaremos posteriormente).

Dicho lo anterior, consideramos que el Real Decreto Ley 2/2025 sí afecta a los derechos del menor en general y, en concreto, a la libre circulación dentro del territorio; a la elección de residencia; a ser oído y escuchado; a la igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad; a su dignidad, y a su derecho a ser protegido conforme a su situación personal. Por ello, el Real Decreto Ley podría ser también inconstitucional por regular materias vetadas al mismo.

*c) El Real Decreto Ley invade las competencias de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears en materia de acogida, protección y tutela de menores.*

Según su disposición final primera, el Real Decreto Ley 2/2025 se dicta al amparo del artículo 149.1.1.<sup>ª</sup> y 2.<sup>ª</sup>, de la Constitución Española, que atribuyen al Estado la competencia exclusiva sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la *igualdad de todos los españoles* en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, y en las materias de *inmigración y extranjería*, respectivamente.

Ya nos hemos referido al título competencial del artículo 149.1.1.<sup>ª</sup>, por lo que ahora nos referiremos al del artículo 149.1.2.<sup>ª</sup>, sobre el que ya adelantamos que consideramos que no es suficiente para regular la materia que se pretende, pues *aquí no se está regulando la inmigración ni la extranjería, sino la acogida, la protección y la tutela de los menores de edad no acompañados, una vez ya han entrado en España*. Esta afirmación la hacemos a la vista del artículo 2 *bis* de la Ley Orgánica 4/2000, que, bajo el título de «la política migratoria», establece que corresponde al Gobierno, de conformidad precisamente con lo previsto en el artículo 149.1.2.<sup>ª</sup> de la Constitución, «la definición, planificación, regulación y desarrollo de la *política* de inmigración, *sin perjuicio de las competencias que puedan ser asumidas por las Comunidades Autónomas y por las Entidades Locales*». *Es decir, según la Ley Orgánica 4/2000 solo corresponde al Gobierno de la Nación establecer la política de inmigración, pero esta competencia del Estado no puede alterar ni limitar las competencias autonómicas ni locales*. Y es el artículo 10.3 de la Ley Orgánica 1/1996 el que establece cuáles son las competencias de las comunidades autónomas respecto de «los menores extranjeros que se encuentren en España»: *la educación, asistencia sanitaria y servicios y prestaciones sociales básicas, en las mismas condiciones que los menores españoles*. Podríamos afirmar de una manera llana que la entrada y salida de los menores corresponde al Estado, mientras que, una vez que están físicamente en nuestro país, las competencias se desplazan a las comunidades autónomas y es a ellas a las que les corresponde la ejecución de tales títulos competenciales en materia de educación, salud y *servicios sociales*.

A la misma conclusión llegamos con una simple lectura del artículo 35.1 y 2 de la misma Ley Orgánica 4/2000, que, al regular los «menores no acompañados», reserva al Gobierno de la Nación la promoción de acuerdos de colaboración con otros países de origen, y a las comunidades autónomas, *la atención e integración social de los menores* (permitiéndoles incluso establecer acuerdos con países de origen). Su apartado 4 prevé que, una vez que se haya determinado la edad del extranjero por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado,

y en el caso de que se tratase de un menor, «*el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle*». Y el apartado 12 señala que las «*Comunidades Autónomas podrán llegar a acuerdos con las Comunidades Autónomas donde se encuentren los menores extranjeros no acompañados para asumir la tutela y custodia, con el fin de garantizar a los menores unas mejores condiciones de integración*». Es decir, el legislador ha querido que tales menores se pongan «a disposición» de las comunidades autónomas y que estas, a través de «acuerdos» con otras comunidades autónomas, puedan asumir la tutela y la custodia de menores extranjeros no acompañados que se ubiquen en otra.

En la STS 453/2014, de 23 de septiembre, se recordó que un menor no acompañado, como expresa la resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE [2012/2263 (INI)], es ante todo un niño expuesto a un peligro potencial y «*la protección de los niños, y no las políticas de inmigración*», debe ser el principio rector de los estados miembros y la Unión Europea en este ámbito. Con ello consideramos que queda claro que estamos ante *títulos competenciales autónomos*.

Contribuye a esta afirmación la Sentencia 43/2025 citada anteriormente, en la que el Tribunal Constitucional resuelve el conflicto interpretando precisamente el artículo 149.1.2.<sup>ª</sup> de la Constitución Española, que atribuye al Estado competencia en materia de «inmigración» y «extranjería», y su artículo 148.1.20.<sup>ª</sup>, que atribuye a las comunidades autónomas la competencia en materia de «asistencia social», de la que forman parte las competencias estatutarias de *protección de menores y acogida*. Cita la STC 31/2010 (FJ 83), en la que se concluyó que «*la evolución del fenómeno inmigratorio en España impide configurar la competencia estatal ex art. 149.1.2 CE como un título horizontal de alcance ilimitado que enerve los títulos competenciales de las comunidades autónomas de carácter sectorial, pues algunos de ellos, en especial los relativos a “determinados servicios sociales” y a “las correspondientes políticas públicas (educación, asistencia social, sanidad, vivienda, cultura, etc.)” tienen incidencia evidente en la población extranjera*». Se reitera que la *entrada y residencia* de extranjeros en España se «inscribe en el ámbito de la inmigración y extranjería», mientras que el fomento de la *integración* de los inmigrantes para facilitar su *inclusión social*, prevenir situaciones de riesgo y promover la convivencia se inscribe en el ámbito de la «*asistencia social*». Con cita de la STC 87/2017, refuerza la afirmación de que la competencia de «*primera acogida*» constituye la competencia exclusiva sectorial de las comunidades autónomas en materia de «*asistencia social*» (aludida en el artículo 148.1.20.<sup>ª</sup> de la CE), al incidir en la integración social de la población extranjera y la *protección de los menores* (STC 36/2021 y 36/2022).

En la STC 43/2025 también se analiza el artículo 35 de la citada Ley Orgánica 4/2000, del que se deriva, se afirma, «con relativa claridad, que la recepción y acogimiento inicial de un extranjero menor de edad, o que pudiera, razonablemente, serlo, *es competencia de la comunidad autónoma que tenga asumidas estatutariamente competencias en materia de protección de menores*». Por todo ello y a la vista del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Canarias, que le atribuye competencias en materia de protección de la infancia, concluye que son inconstitucionales las resoluciones recurridas al ordenar, la primera, la no recepción de nuevos migrantes con cargo a la comunidad autónoma, como al excluir el protocolo de la entrega y recepción por los servicios de protección de menores de

la Comunidad Autónoma de Canarias a los menores migrantes no acompañados que hayan sido rescatados por el Estado en el mar o que sean interceptados por Guardia Civil y Policía Nacional a su llegada a la costa. Advierte que su doctrina es clara acerca de la «irrenunciabilidad e indisponibilidad» de las competencias «por imperativo constitucional».

Llegados a este punto, consideramos que existen indicios de inconstitucionalidad del artículo único del Real Decreto Ley 2/2025 por vulneración de los siguientes preceptos del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (que constituye parámetro de constitucionalidad en el mismo grado que la Constitución Española), todo ello en el contexto de su artículo 16, sobre derechos sociales, que exige que la actuación de las administraciones públicas de las Illes Balears deberá centrarse, entre otros ámbitos, en la protección específica y la tutela social del menor:

- Artículo 30.15, que atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de acción y bienestar social.
- Artículo 30.39, que atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de protección de menores.

En desarrollo de tales preceptos, el Parlamento de las Illes Balears ha *aprobado la Ley 9/2019, de 19 de febrero, de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears*, cuyo artículo 6 se encarga de establecer el régimen de las «personas menores de edad extranjeras» en el ámbito territorial de la comunidad autónoma de las Illes Balears, reconociéndoles (como hemos avanzado anteriormente) el derecho a la educación, a la asistencia sanitaria y a los servicios y las prestaciones sociales básicas, en las mismas condiciones que las personas menores de edad de nacionalidad española. Y obliga a los poderes públicos autonómicos, en el diseño y la elaboración de las políticas públicas, a tener como objetivo conseguir la *plena integración* de las personas menores extranjeras en la sociedad balear, mientras permanezcan en el territorio de la comunidad autónoma de las Illes Balears, de acuerdo con la Ley Orgánica 4/2000. Las administraciones públicas, mediante servicios y programas de acogimiento, tienen que *fomentar la integración social* de las personas menores de edad inmigradas.

De la protección del menor deriva su tutela y el acogimiento, y ello solo corresponde a la Comunidad Autónoma, competencia que es irrenunciable, como hemos visto y, por tanto, indisponible.

*d) El artículo único del Real Decreto Ley atribuye al Estado un equívoco poder de coordinación no contemplado en la Constitución Española.*

La coordinación, en sentido amplio, debe corresponder, constitucionalmente y con carácter general, a la Administración General del Estado. No tenemos ninguna duda de ello, siempre que se cumplan los parámetros constitucionales perfilados por el Tribunal Constitucional. Es lógico y se entiende que exista, en determinadas materias, un ente coordinador y unos entes coordinados. Y resulta lógico, de la propia estructura constitucional, que el ente coordinador sea, en su caso, el Estado. Así entendida, la coordinación es una modalidad de colaboración con la particularidad de que se permite al Estado imponer un poder de dirección sobre las comunidades autónomas, con un carácter vinculante para estas, y condicionando su actuación. Pero para ello, y esto es importante, el Estado requiere de un título competencial

constitucionalmente reconocido como tal, y deben cumplirse determinados requisitos que, en este caso, no se cumplen por las razones que se expondrán a continuación:

1.º El Estado no tiene atribuida constitucionalmente la competencia de *coordinación* general de la protección y acogida de menores. De hecho, según los siguientes apartados del artículo 149.1 de la Constitución Española, el Estado solo tiene la *coordinación general* sobre:

- 13.ª La planificación general de la actividad económica.
- 15.ª La investigación científica y técnica.
- 16.ª La sanidad.

La coordinación en la que se escuda el Real Decreto Ley no es un específico título constitucional de atribución de competencias. Y si no existe un título específico en la Constitución, no es posible la coordinación del Estado sobre la actuación de las comunidades autónomas.

2.º En cualquier caso, y de existir título habilitante para ello, la coordinación estatal solo podría ejercerse como complemento inherente a la competencia del Estado en la materia, para garantizar que no hubiera disfunciones, pero desde luego la coordinación *no supone otorgar al Estado competencias autonómicas* (STC 71/2018), pues la coordinación no permite una *sustracción o menoscabo de las competencias* de las entidades sometidas a la misma: antes bien, presupone, lógicamente, la titularidad de las competencias en favor de la entidad coordinada.

Por tanto, la coordinación del Estado estaría limitada constitucionalmente, ya que en ningún caso puede suponer un vaciamiento de poder ni impedir el ejercicio de las competencias de las comunidades autónomas, que es justo lo que consideramos que hace el Real Decreto Ley, supliendo, con el pretexto de una coordinación, las competencias que corresponde ejercer a las comunidades autónomas, dejándolas vacías de contenido (STC 82/2020).

3.º La coordinación de la Administración General del Estado, de tener título constitucional habilitante para ello, solo podría limitarse a hacer posible la «información recíproca», «la homogeneidad técnica» y la acción conjunta de las autoridades estatales y autonómicas (entre otras, STS 33/2017), pero no legitimaría al Estado para aprobar *normas unilaterales* obviando a los entes coordinados, como son las comunidades autónomas, y omitiendo la toma de acuerdos a través de procedimientos participados por todos ellos (como en la Conferencia Sectorial, a la que luego nos referiremos). Incluso en materias de competencia estatal (como extranjería), si se incide en competencias autonómicas (como protección de menores), es obligatorio respetar los mecanismos de colaboración.

Así pues, llegados a este punto, este Consejo Consultivo considera que el Estado carece de título competencial habilitante para ejercer constitucionalmente el poder de «coordinación» de las competencias de las comunidades autónomas en materia de protección de menores, su acogimiento, tutela y protección. También consideramos que, de aceptar que el Estado tuviera la potestad de coordinar, esta debería ejercerse respetando las competencias de las comunidades autónomas (y ya hemos visto que este requisito no se cumple). En consecuencia, consideramos que el artículo único del Real Decreto Ley adolece de indicios de inconstitucionalidad que podrían analizarse, en su caso, por el Tribunal Constitucional.

*e) El Real Decreto Ley vacía de contenido los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 8/2021, al imponer la unanimidad para la adopción de acuerdos en el seno de la Conferencia Sectorial y al imponer unilateralmente un reparto de menores por parte de la Administración General del Estado, desplazando a la Conferencia Sectorial.*

Las conferencias sectoriales son órganos de cooperación que afectan a un sector concreto de actividad pública. Están integradas por el titular del departamento ministerial competente y por todos los consejeros de los gobiernos autonómicos responsables de la misma materia. Por su composición, por su número y por su actividad constituyen el pilar principal de la cooperación interadministrativa.

En este caso que nos ocupa, la *Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia* fue creada por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. La exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2021 recoge la necesaria cooperación y colaboración (*no la coordinación*) entre las administraciones públicas en esta materia remitiéndose a Conferencia Sectorial. El artículo 6 la crea como un «órgano de *cooperación*» (*reiteramos que no de coordinación*) entre las administraciones públicas en materia de protección y desarrollo de la infancia y la adolescencia, y el artículo 7 regula sus funciones y objeto.

El Real Decreto Ley está vaciando de contenido las competencias y funciones de la Conferencia Sectorial, por lo siguiente:

- En lo que se refiere a su organización y funcionamiento, el artículo 7.3 de la Ley Orgánica se remite a su reglamento interno de acuerdo con lo establecido en el artículo 147.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, eso sí, y el inciso es muy importante, «garantizándose la presencia e intervención de las *comunidades autónomas*, entidades locales y del Alto Comisionado para la lucha contra la pobreza infantil».
- El artículo 1.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento Interno de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia (aprobado en su reunión de 29 de septiembre de 2021 y publicado en el BOE el 23 de diciembre de 2021 por Resolución de 10 de diciembre de 2021 de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales) establece que esta tiene por finalidad el desarrollo de una actuación de *cooperación y colaboración* entre las administraciones públicas en materia de la protección y desarrollo de los derechos de la infancia y la adolescencia, *y conseguir la máxima coherencia e integración en cuanto a la aplicación de las decisiones que se adopten en la materia, sin perjuicio de la labor desarrollada por otras conferencias sectoriales.*

Somos conscientes de que la norma cuestionada es una norma con rango de ley, por lo que, por su superioridad en el orden de fuentes del derecho, prima y desplaza las normas de grado inferior. Pero ello no obsta para que no podamos concluir que la Conferencia Sectorial no es un mero órgano consultivo, sino el instrumento esencial para garantizar la protección de los menores respetando al mismo tiempo el reparto de competencias constitucional y en el que tiene cabida y respeto la participación de las comunidades autónomas. Así ha sido creada y concebida por ley, al afectar a los derechos del título I (protección de menores) de la Constitución. Cabe señalar que, aunque la Conferencia Sectorial esté contenida en una ley orgánica, la disposición final decimonovena de la misma atribuye a los artículos que la regulan carácter ordinario.

Es, por tanto, el órgano colegiado superior al que le corresponde la protección de los menores en toda su extensión, y ello por lo siguiente:

- a) Por su forma de creación: por ley, al afectar a los derechos del título I de la Constitución Española.
- b) Por los principios que inspiran su actuación y toma de acuerdos: cooperación y colaboración entre las administraciones públicas.
- c) Por su composición: con participación de las comunidades autónomas, que son las competentes por razón de la materia.

Además, el Real Decreto Ley parece quebrantar el principio de cooperación y participación de las comunidades autónomas (titulares de la competencia), por lo que podría vulnerar el orden de distribución constitucional de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. Con esta alteración ilegítima del ordenamiento constitucional, el Real Decreto Ley pone en peligro precisamente la protección de los extranjeros menores de edad no acompañados, al transgredir los mecanismos y procedimientos específicamente creados para ello en la Conferencia Sectorial, *quedando seriamente comprometidos su funcionamiento y objetivos*. Tratamos de explicar cómo:

1.º El Real Decreto Ley impone la *unanimidad* de la Conferencia Sectorial para la toma de decisiones en lo que se refiere a la aprobación del Plan de Contingencia, requisitos y criterios, por lo que exige que se adopten los acuerdos solo si *todos* los miembros están conformes:

- La unanimidad va en contra de cualquier principio democrático. Es una mayoría rígida y pétrea que hace prácticamente inalcanzable la adopción de acuerdos, pues la Conferencia Sectorial solo mantiene su plena autonomía y competencia si alcanza la unanimidad.
- La unanimidad va contra el principio de cooperación y colaboración que forma parte de la esencia y naturaleza de la Conferencia Sectorial:
  - a) *Con carácter general*, la Ley 40/2015 prevé que pueda haber votos en contra; no menciona la mayoría cualificada (menos, la unanimidad), y, en cuanto al funcionamiento ordinario para la toma de decisiones cuando no se ha previsto una mayoría cualificada, establece que es la mayoría *simple* (el artículo 2 del Reglamento de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia se remite, en lo no previsto, a la Ley 40/2015).
  - b) *Con carácter particular*, la única *unanimidad* contemplada en el Reglamento de la Conferencia Sectorial es la del artículo 16.5, que permite la deliberación o acuerdo de un asunto cuando este no figure incluido en el orden del día. Y su artículo 18, sobre acuerdos y decisiones, se remite al artículo 151 de la Ley 40/2015, por lo que las decisiones que se adopten requerirán su aprobación por *mayoría de votos* (pudiendo revestir la forma de acuerdo o recomendación). Con respecto a los *acuerdos*, solo aquellos a los que se refiere el artículo 151.2.a de esta Ley son de obligado cumplimiento para todos, aunque hayan votado en contra: «Cuando la Administración General del Estado ejerza *funciones de coordinación, de acuerdo con el orden constitucional de distribución de competencias del ámbito material respectivo*, el Acuerdo que se adopte en la Conferencia Sectorial, y en el que se

incluirán los votos particulares que se hayan formulado, será de obligado cumplimiento para todas las Administraciones Públicas integrantes de la Conferencia Sectorial, con independencia del sentido de su voto, siendo exigibles conforme a lo establecido en la Ley 29/1998, de 13 de julio».

- La Conferencia Sectorial prevé que se adopten planes *conjuntos* de carácter multilateral entre la Administración General del Estado y las de las comunidades autónomas, para comprometer actuaciones conjuntas para la consecución de los objetivos comunes, que tendrán la naturaleza de *acuerdo* de la Conferencia Sectorial y se publicarán en el *Boletín Oficial del Estado*. El acuerdo aprobatorio de los planes deberá especificar, según su naturaleza, los siguientes elementos, de acuerdo con lo previsto en la legislación presupuestaria:
  1. Los objetivos de interés común a cumplir.
  2. Las actuaciones a desarrollar por cada Administración.
  3. Las aportaciones de medios personales y materiales de cada Administración.
  4. Los compromisos de aportación de recursos financieros.
  5. La duración, así como los mecanismos de seguimiento, evaluación y modificación.

El Real Decreto Ley desvirtúa, por tanto, el funcionamiento de la Conferencia Sectorial, puesto que la solución a la problemática planteada debe resolverse por *acuerdo* y *no por imposición* del poder del Estado con el pretexto de la coordinación. Y el propio reglamento de esta Conferencia Sectorial ha previsto, como ya apuntábamos *ab initio*, la posibilidad de convocar reuniones extraordinarias para tratar «asuntos urgentes y que surjan de forma inesperada». Recordemos, por otra parte, que el artículo 35.12 de la Ley Orgánica 4/2000 prevé que, una vez que se haya determinado la edad del extranjero por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, y en el caso de que se tratase de un menor, las «Comunidades Autónomas podrán llegar a acuerdos con las Comunidades Autónomas donde se encuentren los menores extranjeros no acompañados para asumir la tutela y custodia, con el fin de garantizar a los menores unas mejores condiciones de integración». La solución a la problemática planteada ya está dada por la Ley Orgánica en forma de «acuerdos» entre comunidades autónomas, dado que estas son las competentes. De ahí la importancia de la Conferencia Sectorial, en la que participan todas.

Una muestra más de que desvirtúa la naturaleza de la Conferencia Sectorial es la creación del Fondo adscrito al Ministerio con competencia en materia de infancia de la disposición adicional undécima, primer párrafo del apartado 4. Se crea para compensar «íntegramente» a las comunidades y ciudades autónomas por los costes ocasionados por la sobreocupación, estableciendo los criterios para ello. Ello choca con el artículo 3.1.h del Reglamento de la Conferencia Sectorial, que atribuye a esta (solo a esta) la fijación de los *criterios objetivos* que sirvan de base para la distribución territorial de los créditos presupuestarios afectados en materia de derechos de la infancia y adolescencia y efectuar un seguimiento de los programas desarrollados por las comunidades autónomas con cargo a esos créditos, así como su distribución al comienzo del ejercicio económico, de acuerdo con lo previsto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. Los criterios objetivos los ha de fijar la Conferencia Sectorial.

2.º El Real Decreto Ley sustituye la formación de voluntad «participada» por la decisión unilateral de la Administración General del Estado, cuando la unanimidad no se alcance. Por el contrario, el artículo 18.2 del Reglamento de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia prevé que, en el caso de que las propuestas no alcanzasen el consenso, los acuerdos o recomendaciones serán adoptados por el voto favorable *de la Administración del Estado y de la mayoría de las comunidades autónomas presentes en la reunión*, de acuerdo a lo establecido en el artículo 151 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LJSP).

Consideramos que el Real Decreto Ley altera los cimientos de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia; la desnaturaliza y la desvirtúa alterando el procedimiento de toma de decisiones, además de que supone una anomalía el reformar, de forma encubierta, el Reglamento de funcionamiento de la Conferencia Sectorial sin seguir el cauce fijado para ello, ya que el artículo 2.2. del Reglamento exige para su reforma una mayoría cualificada de *dos tercios* de los miembros de la Conferencia Sectorial.

Esta transmutación de la Conferencia Sectorial se deduce también de la lectura del artículo 151.2.a de la LJSP, en el que se prevé que las acciones coordinadas (cuando existe título habilitante para el Estado para ello, y en este caso consideramos que constitucionalmente no lo hay) deben hacerse a través de un *procedimiento participado*, con el conocimiento previo y la participación autonómica en el proceso de formación. Esto es así pues las destinatarias de la coordinación, cuando constitucionalmente sea posible, son precisamente las comunidades autónomas. Y sin la colaboración de los entes a coordinar, ninguna coordinación es posible. Pero es que, además, y aunque fuera posible la coordinación, en ningún caso sería posible que la misma se llevase a cabo con tal grado de desarrollo que dejase vacías de contenido las correspondientes competencias de las comunidades autónomas en materia de protección, acogida y tutela de menores, que es lo que hacen los artículos 35 *bis*, *ter*, *quater* y *quinquies* de la Ley Orgánica 4/2000, así como las disposiciones adicionales undécima y duodécima (salvo los apartados y párrafos que se citarán seguidamente).

El Dictamen del Consejo de Estado 274/2015, de 29 de abril, previo a la Ley 40/2015, consideró que la creación de este tipo de órganos, como la Conferencia Sectorial, *encuentra su implícito reconocimiento en la propia «organización territorial del Estado que se implanta en la Constitución»* (STC 18/1982, de 4 de mayo, FJ 14), dado que *«la colaboración entre la Administración del Estado y las de las Comunidades Autónomas resulta imprescindible para el buen funcionamiento de un Estado de las Autonomías»* (STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 14). Los órganos de cooperación son el instrumento que permiten *«hacer compatibles los principios de unidad y autonomía»* (STC 214/1989, FJ 20). Y el Dictamen 30/2014, de 13 de marzo, añade que la composición de estos órganos *«acontece en pie de igualdad, sin que de ello resulten ampliadas las competencias del Estado ni limitado o condicionado el ejercicio de las competencias autonómicas —SSTC 96/1986, de 10 de julio (FJ 3) y 104/1989, de 8 de junio (FJ 4) entre otras—»*.

Muy ilustrativa resulta la STC 36/2021, que afirma que, ante una necesidad, el Estado no puede optar entre ejercer su competencia de coordinación o asumir directamente el ejercicio de las competencias de las comunidades autónomas, pues ello sería *«rotundamente contrario a la lógica constitucional que rige el funcionamiento de un Estado compuesto»*. Añade que las *«dificultades que pudieran existir, en primer lugar no pueden*

ser alegadas para eludir competencias que constitucionalmente correspondan a una comunidad autónoma, pues en tal caso, bastaría que en el diseño de una legislación estatal reguladora de una materia se dificultara artificialmente su ejecución autonómica, para justificar la negación o supresión de esa competencia. Al contrario, la existencia de competencias de ejecución autonómica supone la necesidad de establecer los instrumentos de coordinación y colaboración de las administraciones públicas implicadas» (STC 106/1987, de 25 de junio, FJ 4). En suma, la persecución del interés general, manifestado en la dirección de la política exterior, «se ha de materializar *'a través de'*, no *'a pesar de'* los sistemas de reparto de competencias articulado en la Constitución, pues sólo así podrá coordinarse con el conjunto de peculiaridades propias de un Estado de estructura plural» (STC 146/1986, de 25 de noviembre, FJ 3).

A modo de reflexión, queremos finalizar el presente dictamen nuevamente con la STC 43/2025, que reconoce que la inmigración es un fenómeno de evidente naturaleza supraautonómica que trasciende el círculo de sus intereses propios (artículo 137 de la CE) y sobrepasa notoriamente su capacidad de gestión autónoma; pero recuerda que el artículo 2 de la Constitución alude a la necesaria «solidaridad entre todas ellas», y considera que «el Estado y las comunidades autónomas están recíprocamente sometidos a un deber general de colaboración que no es preciso justificar en preceptos concretos, porque es de esencia al modelo de *organización territorial implantado por la Constitución*» y que, por ello, hay determinados principios que deben aplicarse al margen del régimen de distribución de competencias, como el de lealtad institucional o el de coordinación (cuando proceda). Consecuentemente concluye que sí existe «*contradicción jurídica*» entre la Constitución y el Estatuto de Autonomía, por una parte, y las resoluciones impugnadas, por otra.

Recapitulando, y una vez analizada la literalidad del artículo único del Real Decreto Ley que modifica la Ley Orgánica 4/2000, consideramos que existen indicios suficientes para que el Gobierno de las Illes Balears pueda interponer un recurso de inconstitucionalidad por los motivos señalados en el cuerpo del presente dictamen. Todos ellos permiten concluir que estamos ante una posible vulneración por parte del Estado de los principios de autonomía y solidaridad consagrados en los artículos 2 y 138 de la Constitución Española, así como del de lealtad institucional y autonomía financiera (artículo 156.1 de la CE).

Finalmente, debemos añadir que los mismos argumentos argüidos para defender dicha tesis nos permiten afirmar que no se aprecian indicios de inconstitucionalidad en el artículo 35 *quater*, apartados 6, 7 y 8; en la letra *f* del artículo 52, y en el apartado 4, párrafos segundo y tercero, de la disposición adicional undécima.

## CONCLUSIONES

**Primera.** Se halla legitimada la Presidenta para solicitar el presente dictamen, que tiene carácter preceptivo.

**Segunda.** Se halla legitimado *ad causam* y *ad processum* el Gobierno de las Illes Balears para interponer en su caso el recurso de inconstitucionalidad.

**Tercera.** El plazo para su interposición finalizaría el 19 de junio de 2025.

**Cuarta.** Se emite informe favorable a la interposición del recurso de inconstitucionalidad contra el artículo único del Real Decreto Ley 2/2025 por las razones expuestas en sus consideraciones jurídicas, salvo en lo que se refiere a la adición del artículo 35 *quater*, apartados 6, 7 y 8; la letra *f* del artículo 52, y el apartado 4, párrafos segundo y tercero, de la disposición adicional undécima.

Palma, 13 de mayo de 2025