



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 4 3 / 1 9 9 5

La Laguna, a 9 de junio de 1995.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con *el Proyecto de Decreto de atención al alumnado con necesidades educativas especiales (EXP. 55/1995 PD)\**.

## F U N D A M E N T O S

### I

El objeto del presente Dictamen es la solicitud de parecer recabado –por el procedimiento de urgencia previsto en el art. 15.2 de la Ley 4/1984, de este Consejo– por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el Proyecto de Decreto de atención al alumnado con necesidades educativas especiales.

Si bien la solicitud de Dictamen formulada por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno considera la preceptividad del mismo al amparo de lo dispuesto en el art. 10 de aquella Ley -cuyo apartado 6 dispone la consulta con tal carácter en relación con las "disposiciones y actuaciones de la Comunidad Autónoma en las que la legislación aplicable requiere el Dictamen preceptivo del Consejo de Estado"- no conviene olvidar que dicha preceptividad viene contemplada en el art. 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, reguladora del Alto Órgano consultivo estatal, referida a los reglamentos ejecutivos, razón por la cual de no tener la norma reglamentaria que se analiza dicha naturaleza -cuestión sobre la que volveremos mas adelante- el Dictamen a emitir por este órgano no tendría carácter preceptivo sino facultativo al amparo de lo dispuesto en el artículo 12.a) de la Ley de este Consejo.

---

\* **PONENTE:** Sr. Plata Medina.

## II

Ahora bien, una vez dicho lo anterior, conviene precisar que la norma reglamentaria objeto del presente Dictamen plantea una problemática específica que abordaremos a continuación como cuestión preliminar, cual es la incidencia que en la potestad reglamentaria del Gobierno tiene el hecho de que éste ha cesado tras la celebración de elecciones permaneciendo en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno (art. 19 del Estatuto de Autonomía (EAC)). En consecuencia, hemos de estudiar el régimen jurídico del Gobierno en tal situación y si de ésta se deducen diferencias con un Gobierno que no se halla en funciones, de conformidad y en los términos estatutariamente previstos.

Como es sabido, la potestad reglamentaria es una de las funciones encomendadas por el Ordenamiento jurídico (art. 14 EAC) al Gobierno, cuyo funcionamiento empieza con la designación de sus miembros por el Presidente (art. 17 EAC) investido por el Parlamento de Canarias de acuerdo con el procedimiento previsto en el art. 16 EAC, y cesa tras la celebración de elecciones, por pérdida de la confianza parlamentaria (aprobación de una moción de censura o pérdida de una cuestión de confianza) y por dimisión, incapacidad o fallecimiento del Presidente (art. 19 EAC). En el supuesto que nos ocupa -esto es, la celebración de elecciones- dada la forma de Gobierno parlamentaria propia de nuestro sistema, con las elecciones -es decir, con el cese del Gobierno- se quiebra la fiducia que liga a éste con el Parlamento.

Por tanto, existe en nuestro Estatuto de Autonomía un Gobierno cesante (o cesado *ope legis*, por obra del Estatuto, norma institucional básica de Canarias) o en funciones, cuyo régimen jurídico ha de diferir necesariamente del que no ha cesado y que sigue ostentado la confianza parlamentaria.

La cuestión radica en dilucidar cuál es el régimen jurídico, o en otros términos, qué funciones puede el Gobierno ejercer en tal situación. Al haberse agotado la confianza parlamentaria, y aun cuando el Ordenamiento jurídico le ordena y permite permanecer como Gobierno, sus funciones se han de limitar a actos de representación institucional y conservación de las labores administrativas con el objetivo de evitar vacíos de poder. En esta situación puede realizar actos de gestión ordinaria. En cambio, no posee legitimación para emanar actos de naturaleza política; esto es, actos que de alguna manera requieran decisión o impulso político.

En ese sentido, la potestad reglamentaria -ejercida tanto a través de un reglamento independiente como de desarrollo legislativo- supone un acto político –aunque sometido al control de la jurisdicción ordinaria– pues en ambos casos se necesita elegir, aunque sea en detalle, entre varias opciones lo que implica un juicio sobre las distintas alternativas existentes en orden a proceder a la regulación de cierto objeto, lo que por su naturaleza constituye una valoración de índole política que debe ser adoptada por un órgano de tal naturaleza que no es otro que el Gobierno, siempre que no esté en funciones. Ciertamente, éste pudiera adoptar en circunstancias excepcionales reglamentos de necesidad cuya suerte va unida ineludiblemente al mantenimiento de tales circunstancias. Ahora bien, sin entrar a determinar qué clase de situaciones podrían dar lugar a la aprobación de reglamentos de tal naturaleza, es lo cierto que la norma propuesta -por otra parte difícilmente encajable, dado su objeto y su pretensión de validez general y abstracta, entre los de naturaleza excepcional o de necesidad- no presenta ninguno de los caracteres que hubieran podido servir de base para calificar a la norma propuesta de forma tal que hubiera podido ser adoptada por un Gobierno en funciones. Por ello, tal norma no puede ser adoptada sino por un Gobierno con plenitud de atribuciones, lo que no es el caso del actualmente existente en Canarias.

### III

La Comunidad Autónoma de Canarias ostenta competencias legislativas y de ejecución en materia de enseñanza en toda la extensión, niveles, grados, modalidades y especialidades, a tenor del art. 34.a).6 EAC, en relación con los arts. 149.1.1º y 30º CE, que a su vez se remite a la LODE y a la LOGSE, legislación estatal que ha de ser desarrollada (disposición final primera LOGSE) por la Comunidad Autónoma. Ahora bien, como quiera que por imperativo del art. 53 CE se establece una reserva legal en la materia, cabe preguntarse si por el Legislador autonómico puede establecerse la regulación pretendida mediante una norma reglamentaria. La respuesta ha de ser necesariamente negativa a dicha posibilidad; esto es, la reserva de ley que establece la Constitución vincula a todos los poderes públicos sea cual fuere su ámbito territorial. Es decir, la regulación de cualquiera de los derechos fundamentales -entre los que se encuentra el de educación- necesita en todo caso una norma con rango de ley, lo que vincula tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas que tengan reconocida competencias normativas en la materia. De

conformidad con ello, y si bien no cabe duda de que el Estado puede incidir en dicha materia por vía reglamentaria, habida cuenta de que existe norma legal habilitante al respecto (LOGSE Y LODE) no ocurre así con la Comunidad Autónoma que precisa en todo caso una norma legal habilitante para, en su caso, poder ejercitar *a posteriori* la potestad reglamentaria. Como consecuencia de dicha argumentación, la norma que el Ejecutivo pretende aprobar sería en todo caso un reglamento de desarrollo reflejo de su propia política en materia educativa y no meramente ejecutivo, cuestión ésta que enlaza con el carácter potestativo y no preceptivo del presente Dictamen. En efecto, el carácter ejecutivo de un reglamento se imputa a aquél que concreta y pormenoriza a una Ley formal que es la habilitante y de cobertura. Ambos niveles normativos se mueven, sin embargo, en el seno de un mismo Ordenamiento jurídico, de forma que cuando una y otra clase de normas pertenecen a Ordenamientos jurídicos diferentes la norma reglamentaria técnicamente no ejecuta la Ley de cobertura, sino que la desarrolla, eventualidad que es precisamente en la que se halla la norma reglamentaria propuesta en relación con las Leyes Orgánicas en materia educativa que además de habilitante es límite al ejercicio de la expresada potestad reglamentaria, reconducible en suma a la competencia autonómica existente en la materia.

## IV

Una vez llegados a las conclusiones anteriores, procede entrar a analizar, con los condicionantes que se derivan de las mismas, el contenido de la norma proyectada, si bien la urgencia con la que ha sido recabado el parecer preceptivo de este Organismo hace que no se pueda entrar con la profundidad que hubiera sido de desear en el estudio pormenorizado del articulado propuesto.

Este Consejo, en congruencia con su función de velar por la observancia de la Constitución, el Estatuto y el resto del Ordenamiento jurídico (art. 1.1 de la Ley 4/1984) debe señalar que en el expediente administrativo de elaboración de la disposición general de referencia no parecen haberse seguido escrupulosamente todos los trámites legalmente dispuestos para la elaboración de una disposición de carácter general.

En efecto, el art. 44 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, dispone que la elaboración de disposiciones de carácter general se iniciará por el Centro Directivo

correspondiente "con los estudios e informes que garanticen la legalidad, acierto y oportunidad" de los mismos. Por su parte, el art. 15 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, atribuye a los Secretarios Generales Técnicos la función de "informar los proyectos de disposiciones generales". Como lógica consecuencia de ello, si los proyectos de disposiciones generales se deben iniciar por el Centro Directivo correspondiente -en este caso la Consejería de Educación- con los estudios e informes que garanticen la legalidad acierto y oportunidad de la disposición de que se trate, resulta de difícil acomodo con dicha legalidad que el informe de la Secretaría General Técnica de dicha Consejería que aparece en el expediente de referencia -de fecha 10 de mayo de 1995- se realice no al inicio como preceptúa el artículo 44 citado, sino con posterioridad al informe del Servicio Jurídico de fecha 5 de mayo de 1995 y además como contrainforme al mismo.

Desde el punto de vista formal, se aprecia una deficiencia técnica en cuanto se confunde el acto-fuente, el Decreto, y la norma que se pretende insertar en el Ordenamiento jurídico. De ese modo, desde la perspectiva de la técnica normativa, el Decreto aprueba normas sobre atención al alumnado con necesidades educativas especiales y ese debería ser su *nomen iuris*.

En cuanto al contenido de la norma proyectada, las referencias a la Consejería de Educación, Cultura y Deportes deberían sustituirse por la Consejería o Departamento con competencias en materia de educación, pues la estructura de los distintos Departamentos pudiera variar.

Por último, la disposición derogatoria no deroga ninguna norma, sino que se limita a dejar sin efecto en la Comunidad Autónoma las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo establecido en la norma proyectada. Se estima deficiente dicha disposición porque la derogación, en virtud del principio de jerarquía normativa, opera dentro de cada Ordenamiento jurídico; en nuestro sistema autonómico, las relaciones entre los Ordenamientos estatal y el autonómico no son de jerarquía sino de competencia, por lo que no cabe la derogación, sin perjuicio de la supletoriedad del Derecho estatal, según dispone el art. 149.3 CE. En consecuencia, la derogación a operar por la norma proyectada sólo puede acaecer en el Ordenamiento jurídico canario, entre normas territoriales.

## CONCLUSIONES

1. El Gobierno de Canarias actualmente en funciones no está investido de la potestad reglamentaria que le faculta para aprobar la norma objeto del presente Dictamen, por las razones que se señalan en el Fundamento II.

2. La reserva de ley que opera sobre el derecho fundamental a la educación proscribire que el Gobierno pueda aprobar una norma de carácter reglamentario en dicha materia sin la previa existencia de una ley habilitante, según se razona en el Fundamento III.