



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 3 / 1 9 9 9

La Laguna, a 22 de julio de 1999.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con *el Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de los Centros y Hogares de atención a Menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias (EXP. 58/1999 PD)**.

F U N D A M E N T O S

I

Se interesa por el Presidente del Gobierno en funciones la preceptiva opinión de este Consejo sobre la adecuación al ordenamiento jurídico de la referida iniciativa reglamentaria (PD), de conformidad con lo previsto en el art. 10.6 de la Ley 4/1984, de 6 de julio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCC), en relación con el 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado (LOCE). Asimismo, se hace constar en la solicitud del Dictamen la urgencia de la misma de acuerdo al art. 15.2 de la LCC.

Previamente procede señalar la especial situación en que se encuentra un Gobierno en funciones (art. 20.2, EAC) y por tanto su Presidente -que asimismo se dice en el oficio de remisión "en funciones"- para ejercer acción política por medio de la actuación de dicha potestad, conforme se ha reiterado sobre este particular en los pronunciamientos de este Consejo en los anteriores Dictámenes 42/1995, 43/1995 y el más reciente 67/1999.

* PONENTE: Sr. Cabrera Ramírez.

II

1. El proyectado Decreto se inserta en un doble marco competencial, según se indica acertadamente en su preámbulo. De un lado y con carácter general se actúa la competencia en materia de asistencia social y servicios sociales, recogida en el art. 30.13ª del EAC y cuyo objeto fundamental es el de ofrecer unas condiciones de vida dignas a aquellos sectores de la población que se encuentran en condiciones más desventajosas. Entre esos grupos sociales más desfavorecidos merece una especial protección el de los menores, hasta el punto de que existe otro título competencial más específico en el Estatuto, cual es el de *instituciones públicas de protección y tutela de menores, de conformidad con la legislación civil, penal y penitenciaria del Estado* (art. 30.14ª), cuya incidencia es prevalente respecto de la disposición que ahora se pretende aprobar. En ambos casos estamos hablando de competencias exclusivas, pero esta última aparece limitada por aquellas normas que compete aprobar al Estado y que establecen el régimen jurídico sustancial de las relaciones protagonizadas por los menores sobre los que se ha de proyectar la función tuitiva autonómica, así la Ley 21/1987, de once de noviembre, de Modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores. Dicho de otra forma, la acción social que desarrolle la Comunidad Autónoma en defensa de los menores debe ser en todo caso respetuosa con el estatuto civil y con el tratamiento penal de los mismos determinados por el Estado. Esta premisa habrá de tenerse en cuenta a la hora de analizar ciertos preceptos del articulado que pueden incidir directamente en el ámbito de alguna de esas figuras civiles o penales.

El PD introduce un reglamento que se orienta a la ejecución parcial de la Ley autonómica 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores (LAIM), concretamente viene a desarrollar su Título VII, relativo al Régimen de los Centros de Menores, y en tal sentido goza de la necesaria y expresa habilitación legal contenida en la disposición final (D.F.) primera de la Ley, en relación con sus arts. 83.2 y 84.1. Todo ello implica que la normación incorporada por el PD debe ajustarse desde el punto de vista material a los parámetros definidos en el mentado Título VII, sin vulnerar la letra ni el espíritu de los preceptos que el mismo recoge, cuestión que se tendrá en cuenta luego en el análisis pormenorizado del articulado.

2. Ahora bien, en el Fundamento Jurídico 7 de la Sentencia 212/1996, de 19 de diciembre, el Tribunal Constitucional afirma, en relación con la Disposición Adicional

1ª, e) de la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, que contenía un mandato al Gobierno para que en el plazo de seis meses procediera al desarrollo reglamentario de determinados aspectos de la Ley:

"El sentido de la cláusula, pues, no se agotaba en ordenar dicha actuación por parte del Gobierno, sino el que ésta tuviera además lugar en el indicado plazo. En consecuencia, una vez que ha transcurrido, como con exceso lo ha hecho, el señalado plazo, cualquier disposición reglamentaria que en el futuro pudiera dictar el Gobierno sobre la materia en cuestión no podrá tener más apoyatura que la eventualmente derivada de su propia potestad reglamentaria, con los límites constitucionales y legales a ella inherentes, nunca la de una prescripción como la que nos ocupa, absolutamente decaída en el tiempo".

En el supuesto que nos ocupa, la LAIM, publicada en el Boletín Oficial de Canarias nº 23 de 17 de febrero de 1977, a tenor de su DF 3ª en relación con el art. 5.1 del Código Civil (CC), entró en vigor al día siguiente; por consiguiente, el plazo para el desarrollo reglamentario de las materias señaladas en su DF 2ª venció el 18 de agosto de 1997. El Consejo de Gobierno, según los términos del certificado de su acuerdo de solicitud de Dictamen del proyecto de reglamento que se analiza, lo tomó en consideración el 17 de junio de 1999, vencido ya el plazo de la DF 2ª.

Para la determinación del alcance de las consecuencias que resultan de la doctrina constitucional señalada se debe partir de una obviedad: Las materias no reservadas por la Constitución, el Estatuto de Autonomía, y las propias leyes a esta última clase de fuente del derecho, no son materias propias del reglamento de las que es "despojado" por la ley en virtud de su superior rango; sino que también son materias propias de la ley, ya que ésta es fuente del derecho general que no conoce más límites que los tasados límites constitucionales y estatutarios, por lo que, dentro del ámbito competencial autonómico, puede regular cualquier materia. De ahí que el reglamento independiente puede regular las materias no reservadas a ley mientras ésta no se ocupe de ellas o si sólo se ocupa de regular un aspecto concreto con exclusión de los demás, de forma que en la regulación de estos últimos la potestad reglamentaria sigue siendo independiente porque carece de parámetro legal. Pero desde el momento en que la ley entra a regular con carácter general, global y con pretensión totalizadora y sistemática una materia no reservada, se apodera de su regulación y, en consecuencia, el reglamento no podrá producirse de modo libre, sino sólo en estricta y subordinada función de lo que la ley disponga y en coherencia con

ella. No es que la potestad reglamentaria se pueda desplegar en esa materia de manera general y limitada sólo en aquellas cuestiones reguladas por la ley, a semejanza de la relación que guarda la potestad legislativa con la Constitución; sino que, al disponer la ley qué aspectos deben quedar regulados, con qué alcance e intensidad y en qué plazo, cuáles otros quedan exentos de regulación y cuál es el conjunto de cuestiones y el nivel de regulación que se entrega al reglamento, constriñe material y formalmente la potestad reglamentaria.

Dentro de estos condicionamientos formales se incluyen los plazos; y siendo el contenido de la ley vinculante para todos sus destinatarios, salvo que expresamente disponga cuáles de sus preceptos tienen carácter dispositivo, es obvio que la fijación de un plazo para el ejercicio de la potestad reglamentaria lo tasa y condiciona exactamente igual que cualquier otro requisito de índole formal, como el de audiencia a las corporaciones representativas de los sectores afectados o el Dictamen preceptivo del Consejo Consultivo, cuyo respeto es requisito para la válida emanación del Reglamento. Los plazos fijados por una ley, salvo que expresamente disponga lo contrario, son vinculantes como cualquier otro mandato que contenga, de forma que su cumplimiento es condición de validez de la norma reglamentaria.

Esta es la consecuencia ineludible de la doctrina constitucional recogida en la citada STC 212/1996, consecuencia que no se puede esquivar acudiendo al art. 63.3 LPAC porque del tenor, contexto y ubicación sistemática del precepto, es patente que sólo se refiere a actos administrativos, a actos de aplicación del derecho, no a actos normativos o de creación de derecho; y porque la regla general es que en la producción normativa gubernamental el cumplimiento del plazo es requisito de validez. Así, en el Dictamen 29/1998, de 17 de marzo, sobre el proyecto de otro de los reglamentos contemplados en la DF 2ª LAIM, se dijo por este Consejo (F. 1.2), con cita de la mencionada STC 212/1996, y ahora se reitera:

"Para el Tribunal Constitucional, las habilitaciones legales de potestad reglamentaria sometidas a plazo decaen cuando se refieren a materias con efectos o mandatos legales por integración o delegación de la norma; de forma que, si el plazo no se cumple, esa habilitación habrá de ser renovada por ley para que pueda complementar válidamente la regulación legal.

A la vista de tal Jurisprudencia constitucional cabe afirmar que, en tales supuestos, el plazo de emisión es un condicionante formal del ejercicio del Gobierno

de su potestad reglamentaria, cuyo incumplimiento afecta a la validez de la norma resultante".

III

1. En cuanto al procedimiento seguido para la generación del texto normativo que se somete a Dictamen, se aprecia la omisión de un trámite cuya relevancia debiera justificar la retroacción del procedimiento de aprobación del reglamento para proceder a su debida evacuación. Nos referimos al trámite de audiencia a los Cabildos, exigido por el art. 45.2 de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias (LRJAPC) respecto de todos aquellos proyectos normativos, ya sea legislativos o reglamentarios, que afecten a competencias transferidas o delegadas a los Entes insulares. Este es el caso de la materia objeto de regulación por el Decreto en proyecto, dado que existe un Decreto territorial, el 159/97, de 11 de julio, al que se refiere el propio preámbulo del PD y por el cual se transfirieron a los Cabildos determinadas competencias en materia de protección de menores, concretamente las relativas a la prestación de servicios especializados, ejecución de medidas de amparo y asesoramiento y cooperación con las entidades municipales, todo ello de conformidad con lo previsto a su vez en el art. 11 de la propia LAIM. En coherencia con esta distribución competencial, el texto reglamentario contiene numerosas referencias a los Cabildos, tanto desde la perspectiva de la prestación de servicios materiales como en lo que se refiere a su intervención en la tramitación de las quejas que presenten los destinatarios de estos centros o sus representantes y en la resolución de los expedientes correctivos de los menores.

2. Los arts. 16, 36, 37, 40, 41, 46 y 47 del proyecto de reglamento regulan funciones de las profesiones tituladas de sociólogo, psicólogo, pedagogo, trabajador social y diplomado en ciencias de la educación. La Ley canaria 10/1990, de 23 de mayo, de Colegios Profesionales dispone que los Colegios Profesionales deben informar los proyectos normativos que afecten a las funciones de la respectiva profesión (arts. 19, d) y que en caso de que se haya constituido el correspondiente Consejo de Colegios Profesionales éste será el que emita el informe (arts. 24 y 27, II)). La omisión del trámite de informe de los Colegios Profesionales de las profesiones tituladas concernidas por los mencionados preceptos del PD origina un

vicio de invalidez en caso de aprobarse, que obliga a reponer el expediente al momento en que se produce dicha omisión.

Esta conclusión es corroborada por reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la cual por versar sobre la validez de una norma reglamentaria que regulaba funciones de profesiones colegiadas, merece ser citada su Sentencia de 22 de mayo de 1997 (Ar. 4283) que resuelve el recurso de casación de una Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Valencia que estimó el recurso interpuesto por el Colegio Oficial de Psicólogos contra el reglamento que regulaba los servicios psicopedagógicos escolares autonómicos, fundamentándose en que se había omitido el trámite de audiencia a dicho Colegio.

La Sentencia del Tribunal Supremo, tomando pie en la exigencia legal de la preceptividad de la audiencia a las entidades que por ley ostentan la representación de intereses de carácter general o corporativo, entre las cuales "se encuentran los Colegios Profesionales directamente afectados por la disposición general proyectada, siendo la omisión del trámite determinante de la nulidad de la disposición" y constatando que el reglamento impugnado al organizar un servicio público otorgaba a quienes habían de desempeñarlo unas funciones que podían tener relación con las específicas de los licenciados en Psicología, confirma la declaración de nulidad del reglamento por no haberse dado audiencia al Colegio Profesional en su procedimiento de elaboración.

3. Asimismo, se echa en falta el correspondiente informe o memoria sobre la repercusión económico-financiera de la medida normativa, previsto en el art. 24.1, a) *in fine* de la Ley 50/1997, de 15 de noviembre, del Gobierno (LG), de aplicación supletoria en virtud de la D.F. 2ª de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y la Administración Pública de Canarias (LGC), y cuya emisión corresponde a la Dirección General de Planificación, Presupuesto y Gasto Público dependiente de la Consejería de Economía y Hacienda, siquiera sea para constatar la inexistencia de incremento del gasto.

4. El resto de trámites han recibido satisfactorio cumplimiento. Así, tenemos Informe de Acierto y Oportunidad de la Dirección General de Protección del Menor y la Familia integrada en la Consejería de Empleo y Asuntos Sociales, que es el centro directivo con específica competencia en la materia objeto de normación (art. 44 LGC), Informe de Legalidad emitido por la Secretaría General Técnica de la misma Consejería (art. 44 LGC), Certificación de la Secretaría del Consejo General de

Servicios Sociales de Canarias acreditativa del Informe favorable de este Organismo a la iniciativa ejercida (art. 16.2, a) Ley 9/1987, de 28 de abril, de Servicios Sociales - LSS-) e Informe, en este caso por partida doble, de la Dirección General del Servicio Jurídico (art. 20, f) Decreto 19/1992, de 7 de febrero).

IV

Sin perjuicio de la necesidad de subsanar los vicios formales advertidos, abordamos a continuación el análisis del articulado, adelantando su corrección en líneas generales tanto desde la perspectiva técnico-jurídica como desde el punto de vista sustantivo de la regulación, no obstante lo cual procede realizar las siguientes observaciones puntuales:

- El art. 4 presenta una redacción bastante confusa por cuanto lleva por rúbrica la de "*ámbito territorial*", de los centros se entiende, y sin embargo lo que regula es el ámbito personal de los mismos en el sentido de acotar la procedencia de los menores que sean acogidos en cada centro, todo ello con la finalidad última de que los menores sean acogidos preferentemente en los centros más cercanos a su lugar de residencia.

- El art. 13 establece en su apartado 3 una norma de estancia máxima recomendada de los menores en los llamados centros de acogida inmediata. Tal limitación probablemente responda al carácter subsidiario y provisional con que se regula el acogimiento residencial en estos centros por la propia LAIM (art. 68), pero, en todo caso, no parece adecuado fijar un periodo concreto de duración de la estancia, siquiera sea con carácter indicativo, dada la situación de grave riesgo en que se encuentran los menores que son acogidos en este tipo de centros. Por eso, sería recomendable utilizar la expresión legal, más amplia y flexible, de permanencia *durante el tiempo estrictamente necesario*.

- El art. 32, b) contiene en su segunda proposición una causa de revocación de las autorizaciones a los centros cuya formulación pudiera resultar excesivamente indeterminada. Nos referimos a la expresión "*ejecución de las tareas y actividades encomendadas de manera inadecuada*". El concepto de inadecuación es susceptible en este ámbito de muy diversas interpretaciones. En este sentido es suficiente la causa yuxtapuesta de ejecución *no ajustada a las normas, instrucciones y directrices fijadas por el órgano autorizante*.

- El apartado e) del art. 51.3 utiliza una fórmula genérica, a modo de cláusula de cierre de la enumeración que se enuncia en dicha disposición, que no encaja con el carácter de contenidos mínimos necesarios del Proyecto Socioeducativo a que se refiere el precepto. Debería suprimir dicho apartado o bien hacerlo constar de forma separada como contenido potestativo, que no obligatorio, del indicado proyecto.

- La referencia que hace el art. 53.2 a la existencia de resoluciones administrativas que limiten las relaciones paterno-filiales resulta excesiva, por cuanto tales relaciones se insertan en el marco del instituto civil de la patria potestad, cuya regulación corresponde al Estado y se encuentra contenida en el Código Civil. En dicha normativa civil sólo se prevé la posibilidad de privar a los padres de alguna o de todas las facultades inherentes al ejercicio de la patria potestad en virtud de resolución judicial. Y por otro lado, no existe potestad administrativa alguna cuyo ejercicio habilite una limitación de aquellas facultades. Las que prevé este PD, que son las de intervención y policía inherentes a una competencia exclusiva como es la de protección de menores, justifican por ejemplo el establecimiento de un horario de visitas que habrá de respetarse por los padres en la medida en que ello es necesario para no interferir en el desarrollo de las labores socio-educativas que desarrollan los centros de atención a menores, pero en ningún caso pueden amparar un menoscabo de la patria potestad cuando los padres no han sido privados de ella judicialmente.

- En los arts. 60 y 61, no parece acertado concentrar en el Director de cada centro las funciones de instrucción y resolución de los expedientes correctivos de los menores, no ya porque vulnere el principio de encomienda de cada una de esas labores a órganos distintos, cuya aplicación a este tipo de expedientes disciplinarios es más que discutible, sino más bien porque la función instructora no encaja con la naturaleza de las restantes competencias que se atribuyen al Director.

- El art. 61.2 atribuye la asesoría y representación de los menores en los expedientes correctivos que a los mismos se incoen, a las personas del centro que aquéllos designen. Tal previsión vulnera el instituto civil de la representación legal, por cuanto la sustrae a aquellas personas a las cuales les corresponde el patrocinio de los menores conforme a dicha legislación común, que normalmente serán los padres (art. 162, Código Civil). Por tanto, son éstos quienes deben representar al menor en los procedimientos disciplinarios que se dirijan contra el mismo. Y si estuvieren privados de la patria potestad o tuvieran intereses opuestos a los del menor, habrá otra persona que asuma la representación con arreglo a las propias

normas civiles, así un defensor o un tutor judicial (arts. 163 y 222.1º, Código Civil). En el caso de que fuera la propia CA la que ostentare la tutela del menor, hay que tener en cuenta que la misma se asume a través de la Dirección General de Protección del Menor y la Familia (art. 8.2, Decreto territorial 329/1995, de 24 de noviembre), de modo que habría de intervenir este centro directivo en el expediente correctivo que se iniciase. El ejercicio de la representación por quien corresponda conforme a la normativa civil no empece ni es incompatible con la labor de asesoramiento del menor que en estos expedientes puedan desarrollar aquellos integrantes del centro que el propio menor elija a tal efecto, posibilidad que ya estaba prevista en el art. 90.1, c) de la LAIM.

CONCLUSIONES

1. El Proyecto de Decreto que se propone podría estar viciado de invalidez por la infracción de la DF 2ª LAIM, según se desprende de la jurisprudencia constitucional, tal como se expone en el Fundamento I.2.

2. El procedimiento de gestación del proyecto normativo adolece de la omisión de trámites cuya naturaleza determinaría la nulidad de la norma resultante, caso de no ser debidamente cumplimentados, según se razona en el Fundamento II.

3. El articulado del reglamento propuesto merece una valoración global favorable, sin perjuicio de las objeciones formuladas en el Fundamento III.