Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 6 1 / 2 0 2 3

(Pleno)

San Cristóbal de La Laguna, a 19 de septiembre de 2023.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el *Proyecto de Decreto por el que se crea el Comité Consultivo para la Igualdad Social y no Discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales y se aprueba su Reglamento de organización y funcionamiento (EXP. 315/2023 PD)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

Solicitud y preceptividad del dictamen

1. Mediante escrito de 30 de junio de 2023 (con registro de entrada en este Consejo Consultivo el mismo día), el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias, al amparo del art. 11.1.B.b) en relación con los arts. 12.1 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias -en adelante, LCCC-, solicita la evacuación preceptiva de dictamen en relación con el Proyecto de Decreto por el que se crea el Comité Consultivo para la Igualdad Social y no Discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales y se aprueba su Reglamento de Organización y Funcionamiento.

A la solicitud de dictamen se acompaña el preceptivo certificado del acuerdo gubernativo de toma en consideración del Proyecto de Decreto -en adelante, PD- y de solicitud de dictamen a esta Institución consultiva, adoptados en sesión del Consejo de Gobierno de 29 de junio de 2023 (art. 50.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Canarias, aprobado por Decreto 181/2005, de 26 de julio).

[*] **Ponente: Sr. Suay Rincón.**

La solicitud de dictamen ha sido cursada por el procedimiento ordinario (art. 20 LCCC).

2. La presente solicitud de dictamen se efectúa de acuerdo con lo previsto en el art. 11.1.B., subapartado b) LCCC, en cuya virtud resulta preceptivo el pronunciamiento jurídico del Consejo Consultivo cuando se trata de *«proyectos de reglamento de ejecución de leyes autonómicas, de desarrollo de normas básicas del Estado y, en su caso, de normas de la Unión Europea»*.

El Proyecto de Decreto desarrolla el mandato contenido en el art. 8.2 y la Disposición Final Cuarta de la Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales.

Por tanto, este carácter ejecutivo o de desarrollo de la legislación autonómica determina la preceptividad del dictamen y, por ende, la competencia de este Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo.

II

Tramitación del procedimiento de elaboración

1. En el procedimiento de elaboración del PD que se dictamina se ha dado cumplimiento a las exigencias legales y reglamentarias de aplicación previstas en 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, así como en el Decreto 15/2016, de 11 de marzo, del Presidente, por el que se establecen las normas internas para la elaboración y tramitación de las iniciativas normativas del Gobierno y se aprueban las directrices sobre su forma y estructura -en adelante, Decreto 15/2016-.

La Ley 1/1983, de 14 de abril, ha sido derogada por la Ley 4/2023, de 23 de marzo, de la Presidencia y del Gobierno de Canarias (BOC nº 66, de 3 de abril de 2023) -en adelante, LPGC-, cuya entrada en vigor se produjo el 4 de abril de este mismo año, y que en su art. 80 contempla ahora el procedimiento de elaboración y aprobación de las normas reglamentarias. Dado que la presente iniciativa comenzó a tramitarse antes de la entrada en vigor de dicha norma sin que la misma contenga regulación transitoria alguna, no resulta de aplicación al procedimiento, aunque sí al contenido del texto normativo sometido a dictamen -como ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo de Canarias, entre otros, en los recientes Dictámenes 153, 154 y 155/2023, de 17 de abril de 2023-.

2. En el expediente remitido a este Consejo Consultivo de Canarias, además de la solicitud de dictamen por oficio del Excmo. Sr. Presidente del Gobierno y la certificación del acuerdo gubernativo de toma en consideración con el texto del PD incorporado como anexo, consta la emisión y realización de los siguientes informes y trámites preceptivos:

• Sometimiento de la iniciativa reglamentaria al trámite de consulta pública previa (art. 133.1 LPACAP; art. 18 de la Ley 5/2010, de 21 de junio, Canaria de Fomento a la Participación Ciudadana; y Orden de la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad, de 21 de diciembre de 2016, por la que se dictan instrucciones para coordinar la participación pública ciudadana en el proceso de elaboración normativa del Gobierno de Canarias -B.O.C., n.º 252, de 29 de diciembre de 2016-).

La consulta pública previa se desarrolló durante 15 días naturales computados a partir del día siguiente a la publicación del anuncio en el BOC (BOC nº 215 de 31 de octubre de 2022), no habiéndose presentado alegaciones.

• Informe de iniciativa reglamentaria del proyecto de Decreto por el que se crea el Comité Consultivo para la igualdad Social y no Discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales y se aprueba su Reglamento de Organización y Funcionamiento, emitido por la Dirección General de Diversidad.

• Adenda por la que se modifica el apartado X del informe de iniciativa reglamentaria del proyecto de Decreto por el que se crea el Comité Consultivo para la igualdad Social y no Discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales y se aprueba su Reglamento de Organización y Funcionamiento

• Remisión del informe de la iniciativa reglamentaria sobre el *"Proyecto de Decreto por el que se crea el Comité Consultivo para la Igualdad Social y no Discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales y se aprueba su Reglamento de organización y funcionamiento"* a los distintos Departamentos del Gobierno por el plazo de diez días hábiles.

No formulan observaciones las Secretarías Generales Técnicas de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Pesca, de la Consejería de Sanidad, de la Consejería de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial y de

la Consejería de Educación, Universidades, Cultura y Deportes. Tampoco formula observaciones la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud.

Figura en el expediente la formulación de observaciones por parte de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Turismo, Industria y Comercio –7 de abril de 2023-; la Secretaría General Técnica de la Consejería de Obras Públicas, Transportes y Vivienda- 27 de abril de 2023-; la Secretaría General Técnica de la Consejería de Hacienda, Presupuestos y Asuntos Europeos -10 de abril de 2023- y la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno -11 de abril de 2023-.

Las citadas observaciones son objeto de análisis y, en su caso, aceptación, a través del informe elaborado por la Dirección General de Diversidad de la Consejería de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud -25 de abril de 2023-.

• Informe de la Dirección General de Modernización y Calidad de los Servicios -3 de abril de 2023-.

• Informe de la Unidad de Apoyo de la Secretaria General Técnica de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud, en su calidad de responsable funcional de la Unidad de Igualdad del Departamento, por el que se formula el informe de comprobación en relación al informe de impacto de género del proyecto de Decreto por el que se crea el Comité Consultivo para la Igualdad Social y no Discriminación por razón de Identidad de Género y Características Sexuales y se aprueba su Reglamento de Organización y Funcionamiento -3 de abril de 2023- (Directriz sexta, apartado 1 de las Directrices para la elaboración del informe de impacto de género en los proyectos de Ley, disposiciones reglamentarias y planes que apruebe el Gobierno de Canarias, aprobadas por Acuerdo de Gobierno de Canarias de 26 de junio de 2017).

• Informe de la Dirección General de Diversidad en contestación al informe de comprobación en relación al informe de impacto de género -18 de abril de 2023-

• Informe de la Oficina Presupuestaria- 2 de mayo de 2023-

• Informe de la Dirección General de Planificación y Presupuesto, de 16 de mayo de 2023 de la Consejería de Hacienda, Presupuestos y Asuntos Europeos (art. 26.2 h) del Reglamento Orgánico de la Consejería de Hacienda, Presupuestos y Asuntos Europeos aprobado por el Decreto 175/2022, de 3 de agosto).

• Informe de la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias, emitido con fecha 23 de junio de 2023, *ex* art. 20, apartado f) del Decreto 19/1992, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y

Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias (apartado 4 de la norma tercera del Decreto 15/2016 -de aplicación a las iniciativas reglamentarias de acuerdo con la norma octava, apartado 1, del Decreto 15/2016-).

• Informe de legalidad de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud de 26 de junio de 2023, en el que se analizan las observaciones formuladas por los distintos informes recabados en relación con la norma proyectada (art 15.5 a) del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de organización de los Departamentos de la Administración Autonómica de Canarias).

• Informe de la Comisión Preparatoria de Asuntos del Gobierno en sesión celebrada el día 27 de junio de 2023 [art.2 del Decreto 37/2012, de 3 de mayo, por el que se regula la Comisión Preparatoria de Asuntos del Gobierno].

III

Objeto, estructura, contenido y justificación de la norma proyectada.

1. Tal y como se indica en el preámbulo del PD, *"el art. 18 de la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias (en adelante, EAC), obliga a los poderes públicos canarios a reconocer, de acuerdo con la ley, el derecho de las personas a su identidad de género y garantizar la no discriminación por este motivo o por su orientación sexual. Siguiendo este mandato estatutario, la Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales incorporó al ordenamiento jurídico autonómico un conjunto de medidas para la protección integral de las personas trans e intersexuales en el ámbito de las competencias de la Comunidad Autónoma de Canarias. En este sentido, la norma prevé la creación y puesta en marcha de diversos servicios de asesoramiento y apoyo a las personas trans e intersexuales, sus familiares y personas allegadas, por parte de los poderes públicos canarios.*

Por su parte, el art. 8.2 de la citada Ley expresa que, en el marco de la normativa relacionada con la gestión de los servicios de responsabilidad pública, "se garantizará la participación en la gestión de las asociaciones y organizaciones que trabajen por los derechos fundamentales de las personas trans e intersexuales". Para ello, el mencionado precepto legal mandata al Gobierno de Canarias para la creación y regulación por decreto de un comité consultivo que tendrá como función

la de adecuar dichos servicios de asesoramiento a las necesidades reales de las personas trans e intersexuales, así como disponer de un mecanismo de evaluación sobre la efectividad de las medidas adoptadas en la ley, sobre las que podrá elevar conclusiones o propuestas de mejora y adaptación sobre la base de los hechos que se constaten.

Por lo tanto, a través del Proyecto de Decreto se procede a la creación del Comité Consultivo para la Igualdad Social y no Discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales, así como a la aprobación de un reglamento que regula sus funciones, normas de organización y funcionamiento, siguiendo el mandato del art. 8.2 y la disposición final cuarta de la Ley 2/2021, de 7 de junio, para garantizar así la participación de las asociaciones y organizaciones que trabajan por los derechos fundamentales de las personas trans e intersexuales en la evaluación de la efectividad de las medidas previstas en la ley".

La justificación del PD se fundamenta en la necesidad de dar cumplimiento a las previsiones contenidas en la Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales, que prevé la creación de un órgano colegiado que sirva como un mecanismo de consulta, participación ciudadana y seguimiento para la evaluación de la efectividad de las medidas adoptadas en aplicación de la citada Ley 2/2021.

2. La norma proyectada consta de un artículo único, cuatro disposiciones adicionales, dos disposiciones finales y un anexo.

Por virtud de su artículo único se crea el Comité Consultivo para la Igualdad Social y no Discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales y se aprueba su Reglamento de organización y funcionamiento*, que* se incorpora al PD en su anexo.

Las disposiciones adicionales se limitan a recoger, la primera, el apoyo administrativo al Comité Consultivo del Centro Directivo competente en materia de diversidad; la segunda, a establecer que no se devengarán indemnizaciones por razón del servicio en concepto de asistencia por la concurrencia a las reuniones del Comité Consultivo; la tercera, la habilitación a la persona titular de la Consejería del Gobierno de Canarias con competencias en materia de diversidad para la ejecución del Decreto; y la cuarta, el plazo para solicitar la integración como vocales en el Comité.

Las disposiciones finales recogen, la primera, la modificación del Decreto 43/2020, de 16 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud, para adaptarlo a las previsiones del presente Decreto; la segunda, la entrada en vigor del Decreto el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de Canarias.

Por su parte, en lo que hace al anexo al que se incorpora el Reglamento de organización y funcionamiento del Comité Consultivo para la Igualdad Social y no Discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales, se compone dicho reglamento de 22 artículos, que se agrupan en torno a cuatro Capítulos, del modo que sigue:

En el Capítulo I. Disposiciones Generales se determina el Objeto del reglamento -art. 1- y el Carácter y adscripción del Comité -art. 2-.

En el Capítulo II. Funciones del Comité, se establecen las Funciones que se encomiendan a este órgano -art. 3-.

En el Capítulo III. Organización del Comité, se concreta su Composición y nombramiento -art. 4-, Organización interna y suplencias -art. 5-, Funciones de la Presidencia -art- 7-, y de la Secretaría -art- 8-, Derechos y deberes de las Vocalías -art. 9-, Requisitos de las asociaciones para ocupar las Vocalías -art. 10-, Mesas de trabajo -art. 11-, Mandato y cese -art. 12-.

En fin, en el Capítulo IV. Funcionamiento se regulan sucesivamente los siguientes aspectos: Régimen de funcionamiento -art. 13-, Funcionamiento con tecnologías de la información y comunicación -art. 14-, Convocatoria y ordenación el día -art. 15-, Régimen de reuniones -art. 16-, Quorum -art. 17-, Adopción de acuerdos -art. 18-, Actas y certificaciones -art. 19-, Procedimiento para la elaboración del informe anual -art. 20-, Publicidad de la actividad del comité -art.2 1- y desarrollo de la normativa de funcionamiento -art. 22-.

3. Por lo demás, en el preámbulo del PD se justifica que la aprobación de la iniciativa y el texto de la misma aseguran el cumplimiento de los *«principios de buena regulación»* a que hace referencia el art. 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas –en adelante, LPACAP-, cuya aplicación a la potestad reglamentaria de las Comunidades Autónomas confirmó en su Fundamento Jurídico séptimo, apartado b), la Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2018, de 24 de mayo (hoy contenidos en

los arts. 60 y 80.5 LPGC) y que han sido recogidos expresamente como mandato para la elaboración normativa en el art. 66 LPGC.

La adecuación al principio de proporcionalidad se justifica en que se ha buscado una regulación clara y concisa de la organización y el funcionamiento del Comité Consultivo para la Igualdad Social y no Discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales, sin incremento de gasto público y sin restringir derechos de la ciudadanía, ni imponerles obligaciones directas de ningún tipo.

Igualmente se ajusta al principio de seguridad jurídica, siendo coherente con el resto del ordenamiento jurídico, generando un marco normativo estable, predecible y claro.

No se justifica, sin embargo, la observancia del principio de transparencia como exige el art. 66.2 LPGC.

En cuanto a la redacción del Decreto, se ha dado cumplimiento a la Ley 1/2010, de 26 de febrero, Canaria de igualdad entre Mujeres y Hombres, y a la Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales previendo que el Comité Consultivo que se crea tendrá un impacto positivo.

IV

Marco competencial y rango de la norma proyectada

1. La competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias constituye el primer y esencial presupuesto para la validez de cualquier clase de disposición proyectada, ya sea legal o reglamentaria, pues, en caso contrario, amenazarían sobre las mismas los correspondientes reproches de inconstitucionalidad y de ilegalidad. Resulta necesario, en consecuencia, analizar si la Comunidad Autónoma de Canarias ostenta o no competencia para dictar el PD que se somete a la consideración de este Consejo Consultivo, pues dicha competencia constituye "*conditio sine qua non"* de posibilidad del ordenamiento jurídico canario y de cualquier innovación que se pretenda introducir en él.

Pues bien, en lo que se refiere a este marco competencial, la Comunidad Autónoma de Canarias ostenta los títulos jurídicos suficientes para el dictado del presente proyecto normativo:

El art. 9.2 CE mandata a los poderes públicos remover los obstáculos para que la igualdad sea efectiva:

"2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social"

En el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma, el EAC establece en línea con el mandato constitucional encomendado con carácter general a todos los poderes públicos (art. 11. Derecho de igualdad y cooperación):

1. Los poderes públicos canarios garantizarán las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos de las personas a la igualdad, la no discriminación, la participación en la vida pública, al desarrollo económico, la libertad y el respeto a los derechos humanos.

2. Los poderes públicos garantizarán el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación por razones de sexo, género, nacimiento, etnicidad, ideas políticas y religiosas, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad, lengua o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. La prohibición de discriminación no impedirá acciones positivas en beneficio de sectores, grupos o personas desfavorecidas."

Asimismo, consagra el derecho a la orientación sexual (art. 18):

"Los poderes públicos canarios reconocerán, de acuerdo con la ley, el derecho de las personas a su identidad de género y garantizarán la no discriminación por este motivo o por su orientación sexual."

Así como, dentro de los derechos de participación (art. 31), el derecho a: "a) A participar en condiciones de igualdad en los asuntos públicos de Canarias, de forma directa o bien a través de representantes."

Pues bien, con vistas a asegurar la efectividad de estos derechos se impulsa la aprobación del PD sometido ahora a nuestra consideración, con sustento en las competencias de que la Comunidad Autónoma ostenta para disponer sobre su propia organización administrativa.

En virtud del art. 104 EAC. Organización de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias:

"Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia exclusiva para establecer la organización y el régimen de funcionamiento de su Administración, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.18 de la Constitución. Esta competencia incluye, en todo caso, la facultad para crear, modificar y suprimir los órganos, unidades administrativas y las entidades que la configuran o que dependen de ella."

Por otra parte, en lo que atiene al sector de la actividad administrativa singularmente concernido en este caso, establece también el EAC (Art. 145. Políticas de género):

"1. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia exclusiva en materia de políticas de género, que, respetando lo establecido por el Estado en el ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 149.1.1.a de la Constitución, incluye, en todo caso:

a) La promoción de la igualdad de hombres y mujeres en todos los ámbitos sociales, laborales, económicos o representativos.

b) La planificación y ejecución de normas y planes en materia de políticas para la mujer, así como el establecimiento de acciones positivas para erradicar la discriminación por razón de sexo.

c) La promoción del asociacionismo de mujeres.

2. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias el desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica estatal en materia de lucha contra la violencia de género, la planificación de actuaciones y la capacidad de evaluación y propuesta ante la Administración General del Estado."

Sobre la base de estos títulos competenciales, procede concluir que la norma reglamentaria proyectada cuenta con la suficiente y adecuada cobertura competencial requerida para su dictado.

2. Por otra parte, el art. 50.3 EAC atribuye al Gobierno de Canarias el ejercicio de la potestad reglamentaria, reconocimiento que ahora también se formula en el art. 28.d) LPGC. Y el art. 77.1.a) LPGC concreta el ejercicio de esta potestad mediante Decreto, que es la forma que adoptan las normas reglamentarias (o disposiciones generales sin fuerza de ley) del Consejo de Gobierno.

El rango de la disposición normativa proyectada resulta adecuado también la vista de lo señalado en la norma legal habilitante -art. 8.2 y Disposición Final 4ª de la Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales-.

V

Sobre el ámbito de actuación del Gobierno en funciones

1. El 28 de mayo de 2023 se celebraron elecciones al Parlamento de Canarias. El presente dictamen ha sido solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias, con fecha 30 de junio de 2023, cuando estaba en funciones, por lo que, con carácter previo al análisis de la norma proyectada, se hace preciso tratar la cuestión relativa a si el presente PD se enmarca dentro del ámbito de actuación que le está reconocido y si, en consecuencia, puede ser tramitado por el Gobierno en funciones.

En cuanto al ámbito de actuación de un Gobierno en funciones, el art. 52.2 EAC establece:

«2. El Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno, que tendrá lugar en el plazo máximo de quince días, a contar desde la fecha de nombramiento de la persona titular de la Presidencia. Una Ley del Parlamento de Canarias regulará las atribuciones del Gobierno cesante».

Por su parte, el art. 48 LPGC, de aplicación al contenido del texto normativo sometido a dictamen -como ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo de Canarias, entre otros, en sus recientes Dictámenes 153, 154 y 155/2023, de 17 de abril de 2023- dispone:

«1. El Gobierno en funciones facilitará el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes al mismo, absteniéndose de adoptar decisiones que impliquen dirección de la política general o comprometan la política del Gobierno que vaya a sucederle.

2. El Gobierno en funciones limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos de su competencia.

3. El Gobierno en funciones no podrá aprobar el proyecto de ley de presupuestos de la comunidad autónoma ni ejercer, salvo casos de urgencia o interés general debidamente acreditados, las siguientes facultades:

a) La iniciativa legislativa.

b) Hacer uso de las delegaciones legislativas conferidas por el Parlamento de Canarias.

c) La potestad reglamentaria, salvo que se limite a la mera organización interna».

Recordando ahora la doctrina que este Consejo Consultivo tiene establecida respecto al alcance de las atribuciones de los gobiernos en funciones, hemos de remitirnos a lo que recientemente hemos señalado en nuestro Dictamen 321/2023, de 20 de julio; así como con anterioridad, en los Dictámenes 220/2019, de 6 de junio y 292/2019, de 30 de julio, a los que aquél se remite. Concretamente, este Consejo Consultivo en el Dictamen 220/2019, de 6 de junio, con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia y de Dictámenes anteriores de este Consejo Consultivo, razonaba:

"la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto del alcance funcional de un Gobierno en funciones (STS 20 de septiembre de 2005), asumida por este Consejo Consultivo en varios de sus dictámenes (DDCC 42/1995, 43/1995, 63, 73, 85 y 86/1999), había venido considerando que un Gobierno en funciones no debería tomar en consideración ni aprobar un reglamento de desarrollo o ejecutivo de ley por cuanto el ejercicio de la potestad reglamentaria excedía del concepto «despacho ordinario de asuntos», al tratarse de un acto de «orientación política».

No puede desconocerse, sin embargo, que la Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de mayo de 2013, parece matizar el alcance de los antedichos conceptos jurídicamente indeterminados.

Indica tal sentencia que "el hecho de que no se establezcan constitucionalmente límites explícitos a la actuación del Gobierno en funciones no quiere decir que no existan, pues la propia naturaleza de esta figura, cesante y transitoria, conlleva su falta de aptitud para ejercer la plenitud de las atribuciones gubernamentales". Por otra parte, son diferentes las causas generadoras de un Gobierno en funciones, por lo que en unos casos el interregno "será breve" (exigencia de responsabilidad política) mientras que en otros (elecciones) la interinidad "puede extenderse a lo largo de varias semanas e, incluso, de varios meses". En consecuencia "el Gobierno puede permanecer en funciones un período de tiempo significativo".

En efecto, (…) "la Constitución, ciertamente, no establece de modo expreso límites o restricciones a la actuación del Gobierno en funciones". Sí indica que un Gobierno en plenitud funcional ejerce las funciones de "dirección de la política

interior (…) para cuya realización atribuye al órgano Gobierno la dirección de la Administración Civil y Militar y le encomienda la función ejecutiva y la potestad reglamentaria" (…). Si esto es lo que hace un Gobierno en plenitud funcional, "es, al mismo tiempo, lo que no puede hacer el Gobierno en funciones".

Respecto de esta cuestión, la sentencia citada precisa que «el Gobierno en funciones ha de continuar ejerciendo sus tareas sin introducir nuevas directrices políticas ni, desde luego, condicionar, comprometer o impedir las que deba trazar el que lo sustituya».

A tales efectos, son actos de orientación política "aprobar el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado y presentar proyectos de ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado"; también explica que queden "en suspenso las delegaciones legislativas mientras el Gobierno esté en funciones por haberse celebrado elecciones generales" (art. 21 de la Ley 50/1997). Tampoco puede "disolver una o ambas Cámaras, presentar la cuestión de confianza o proponer al Rey la convocatoria de un referéndum consultivo, actos de clara orientación política", concluyendo que la línea divisoria entre lo que el Gobierno en funciones puede y no puede hacer "no pasa por la distinción entre actos legislativos y no legislativos, sino por la que hemos señalado entre actos que no conllevan dirección política y los que la expresan".

Es por ello que la determinación del alcance funcional de un Gobierno en funciones obliga a "examinar caso por caso y asunto por asunto los que han de considerarse incluidos en el despacho ordinario y los que, por quedar fuera de él, no pueden ser abordados por el Gobierno en funciones de no existir urgencia o demandarlo el interés general contemplado en el artículo 21.3 de este texto legal". Criterio que, por lo demás, se confirma si atendemos al hecho de que una interpretación extensiva de tales limitaciones funcionales "supondría situar al Gobierno de España en una posición de precariedad tal que podría impedir o dificultar que ejerciera los cometidos que la Constitución le ordena realizar, pues en pocos actos gubernamentales están ausentes las motivaciones políticas o un margen de apreciación.

En definitiva, el "despacho ordinario de los asuntos" públicos parece comprender todos aquellos cuya resolución no implique el establecimiento de nuevas orientaciones políticas ni signifique condicionamiento, compromiso o impedimento para las que deba fijar el nuevo Gobierno. Lo que quiere decir que se amplía el

concepto "despacho ordinario de asuntos", tanto por las diferentes causas de un Gobierno en funciones como por la necesidad de que no haya solución de continuidad en el ejercicio de la dirección política del Estado, y se restringe el concepto "actos de orientación política", que parece referirse a los actos político-constitucionales y a los actos normativos primarios, que son los que en puridad pueden cambiar la orientación política del Estado".

Este Consejo lógicamente no podía desconocer la doctrina sentada por la señalada Sentencia, que continúa y profundiza la jurisprudencia anterior, entendiendo que se ha de examinar caso por caso y asunto por asunto, a los efectos de determinar si nos encontramos ante un supuesto que se puede encuadrar entre los incluidos en el despacho ordinario de asuntos o, por el contrario, no es así y, en consecuencia, no puede ser abordado por el Gobierno en funciones de no existir urgencia o demandarlo el interés general. Esta cuestión se trató, entre otros, en los Dictámenes 240/2015 y 241/2015, ambos de 30 de junio, y 273/2015, de 15 de julio. (…)

Posteriormente, la Jurisprudencia ha seguido incidiendo en este criterio. Entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2017, y más recientemente, la de 12 de marzo del presente año, a tenor de la cual:

"En definitiva, el despacho ordinario de los asuntos públicos comprende todos aquellos cuya resolución no implique el establecimiento de nuevas orientaciones políticas ni signifique condicionamiento, compromiso o impedimento para las que deba fijar el nuevo Gobierno. Y esa cualidad que excluye a un asunto del despacho ordinario ha de apreciarse, caso por caso, atendiendo a su naturaleza, a las consecuencias de la decisión a adoptar y al concreto contexto en que deba producirse".

Pues bien, la aplicación de dichos criterios al caso y como se señalaba en la referida sentencia de 27 de diciembre de 2017, lleva a considerar en primer lugar (…). En segundo lugar, se trata de una revisión del planeamiento hidrológico que responde a la previsión legal de revisión sexenal establecida al efecto y en cumplimiento y persecución de los objetivos establecidos en la normativa comunitaria e interna, de manera que no responden a una iniciativa política del Gobierno ni a criterios de dirección política en la materia, sino que es la normativa aplicable la que orienta la política del agua, sin perjuicio del ámbito de discrecionalidad que en su desarrollo corresponda a quien ejerce la potestad reglamentaria, que no puede identificarse con el establecimiento de nuevas

orientaciones políticas y que, por ello, como indica la sentencia del Pleno que se ha transcrito, no comporta la exclusión del ámbito del "despacho ordinario de asuntos".

De la doctrina expuesta se extrae, así, pues, que los criterios jurisprudenciales en relación con el concepto de *«despacho ordinario de asuntos»*, se pueden sintetizar en los siguientes:

a) La existencia de un gobierno en funciones constituye una exigencia constitucional, por cuanto el gobierno cesante debe seguir gobernando hasta que sea sustituido efectivamente por el nuevo, si bien su actuación está sometida a limitaciones.

b) Ausencia, en la actuación del Gobierno en funciones, de establecimiento de nuevas orientaciones políticas.

c) Imposibilidad de condicionamiento, compromiso o impedimento para las orientaciones políticas que pueda fijar el nuevo Gobierno.

d) Examen caso por caso de los supuestos, atendiendo a la naturaleza, a las consecuencias y al contexto en que la actuación se produzca.

A los anteriores criterios se debe añadir, a la luz del art. 48.3.c) LPGC, que la potestad reglamentaria se limite a la *"mera organización interna".*

Además, debe advertirse que las potestades del Gobierno en funciones previstas en el art. 48 LPGC tienen carácter excepcional y, por tanto, deben aplicarse e interpretarse restrictivamente, teniendo en cuenta, en todo momento, que el análisis se ha de efectuar caso por caso en cada uno de los supuestos, atendiendo, como se acaba de decir, a la naturaleza, a las consecuencias y al contexto en que la actuación se produzca.

2. El PD sometido a dictamen desarrolla el mandato contenido en el art. 8.2 y la Disposición Final Cuarta de la Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales.

El Comité Consultivo para la Igualdad Social y no Discriminación por razón de Identidad de Género, Expresión de Género y Características Sexuales, que se crea en virtud de lo previsto por el PD objeto de este Dictamen, es un órgano de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, que se nutre de personal

interno y externo a la Administración Pública, para evaluar el cumplimiento de los objetivos de la Ley 2/2021, y realizar propuestas de mejora a los servicios o administraciones competentes sobre la base de los hechos constatados.

Su consideración como reglamento organizativo no ofrece dudas. Ahora bien, queda por determinar si la potestad reglamentaria ejercitada en este caso se limita a *"la mera organización interna"* para que le sea lícito al gobierno en funciones el ejercicio de dicha potestad, esto es, si la regulación reglamentaria del Comité trasciende o no el ámbito meramente interno de la organización en que se inserta.

La respuesta a esta cuestión ha de partir de la caracterización del Comité, así como de su composición y funciones.

- El art. 2 caracteriza el Comité Consultivo para la Igualdad Social y no Discriminación por razón de Identidad de Género, Expresión de Género y Características Sexuales como *"un órgano de consulta, participación ciudadana y mecanismo de seguimiento para la evaluación de las medidas adoptadas en la Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales".*

Esta caracterización, como *"órgano de consulta, participación ciudadana y mecanismo de seguimiento para la evaluación de las medidas adoptadas"* en aplicación de la Ley 2/2021, tiene después incuestionable reflejo en la composición y funciones del Comité.

- Su *composición*, en efecto, corrobora la configuración del Comité como un órgano de participación ciudadana (art. 4.1): aparte la Presidencia y Secretaría, el resto del Comité queda formado por las Vocalías en representación, tanto de las entidades con experiencia acreditada en materia de defensa de los derechos de las personas trans e intersexuales, como de los servicios de asesoramiento y unidades de acompañamiento a tales personas, en un número que por lo demás no se prefigura de antemano (incluso, la propia Vicepresidencia del Comité habrá de recaer sobre la persona elegida por las Vocalías: art. 4.2).

Así las cosas, dada esta inequívoca caracterización que el PD formula de manera expresa acerca del órgano que se crea, y como quiera que en nuestro reciente Dictamen 321/2023, de 20 de julio, se estableció que habría que tratar la cuestión que ahora tenemos planteada caso a caso, ha de concluirse que en el supuesto que nos ocupa el PD trasciende la esfera meramente interna de la organización administrativa en que se inserta e incide sobre los derechos de participación de las

personas afectadas (personas trans e intersexuales), en la medida en que determina quién les representa y cómo.

Se trata, pues, de un reglamento de carácter organizativo, ciertamente (la regulación proyectada procede a la creación de un órgano y a la determinación de su composición, funciones y régimen de funcionamiento); pero la potestad reglamentaria ejercitada en este caso no se limita a *"la mera organización interna"*.

- Refuerza esta conclusión, por otra parte, el examen de las *funciones* atribuidas al Comité, incluso lo hace además desde otra perspectiva. El art. 3 no sólo *"asegura la participación de las asociaciones y organizaciones especializadas en la gestión de los servicios de responsabilidad pública de orientación y asesoramiento (..) para adecuarlos a las necesidades reales de las personas trans e intersexuales"* (letra a) del art. 3); en línea hasta aquí con la propia composición del Comité.

Dada su caracterización como órgano no sólo *"de participación ciudadana"*, sino también *"de consulta y mecanismo de seguimiento para la evaluación de las medidas adoptadas"* en aplicación de la Ley 2/2021, se atribuyen asimismo al Comité una serie de funciones después, que trascienden el ámbito propio de la administración actuante y afectan al marco de competencias de otras administraciones.

Así, entre otras, las de seguimiento y evaluación de la efectividad de las medidas adoptadas con carácter general *"en el ámbito de las competencias autonómicas"*; la formulación de conclusiones y propuestas de mejora a las *"administraciones competentes"* sobre la base de las necesidades reales de las personas trans e intersexuales; servir de canal de consulta para cuantas medidas estimen oportuno realizar a *"los poderes públicos canarios"* (sucesivamente, letras b), c) y e) del art. 3); de todo lo cual, por lo demás, el Comité habrá de dar cuenta al Parlamento de Canarias por medio de la emisión del correspondiente informe anual (letra d) del citado art. 3).

De este modo, y aun cuando la redacción de este precepto adolece de algunos defectos técnicos y de expresión, resulta indudable que el ejercicio por el Comité de sus funciones compromete indudablemente y afecta también al conjunto de las administraciones públicas canarias.

Queda, pues, confirmado que la regulación proyectada de este nuevo órgano trasciende el ámbito meramente interno de la organización en que se inserta.

- Pese a que cuanto se lleva dicho es suficiente, acaso es oportuno señalar también que es el propio PD, en virtud de lo dispuesto por su artículo único, el que procede a la creación misma del Comité, esto es, aun cuando legalmente prevista desde luego su creación (Ley 2/2021: art. 8.2), es el PD al que la Ley remite (*"la Comunidad Autónoma creará…"*) el que procede a hacerlo propiamente, según dispone su artículo único.

En cambio, por ejemplo, en el supuesto examinado en nuestro Dictamen 321/2023, la regulación reglamentaria proyectada -que recientemente ha cristalizado en la aprobación del Decreto 354/2023, de 4 de septiembre- se limitaba a la organización y funcionamiento de un órgano que ya había sido creado por la propia normativa legal de referencia al caso (Ley 16/2003: art. 49.3); y cuya composición y funciones, además, también venía establecida con suficiente grado de pormenor por la propia Ley.

Desde la perspectiva expuesta, y por contraste, el alcance auténticamente innovador del PD sometido ahora a nuestra consideración resulta indudablemente mucho mayor; lo que vendría así a reforzar a mayor abundamiento el sentido de las conclusiones antes alcanzadas.

VI

Consecuencias: límites a la actuación del gobierno en funciones y exigencias de obligado cumplimiento en la tramitación del procedimiento.

1. La constatación de que la regulación reglamentaria proyectada no se limita a la *"mera organización interna"* y de que por el contrario trasciende la esfera de actuación propia de la Administración actuante y afecta a otras Administraciones, así como que incide también sobre los derechos de participación de las personas trans e intersexuales, acarrea unas consecuencias que, por de pronto, en los términos que ya tenemos planteado, compromete el ámbito de actuación del gobierno en funciones (art. 48.3 c) LPGC).

Al no haberse constreñido el ejercicio de la potestad reglamentaria en este caso a la mera organización interna, *como primera consecuencia*, cabe concluir que le está vedado al Gobierno en funciones el ejercicio de dicha potestad (a menos que hubiera invocado, y acreditado, razones de urgencia o interés general, o como dice la propia LPGC en art. 48.3 c) *"salvo urgencia o interés general debidamente acreditados"*; lo que no ha sido el caso).

En las circunstancias expuestas, en efecto, resulta aplicable lo dispuesto por el art. 83 LPGC: «las iniciativas reglamentarias cuya tramitación no haya concluido por el cese del Gobierno podrán proseguir y finalizar su tramitación una vez que se haya nombrado el nuevo Gobierno, siempre que el órgano competente para su aprobación dé su conformidad al texto elaborado y a la tramitación seguida».

Es decir, desde que se produce su cese, no le cabe al Gobierno que entra en funciones *"proseguir y finalizar"* la tramitación de las iniciativas reglamentarias en curso (a menos de que hubiera invocado razones de urgencia o interés público).

Las iniciativas desplegadas en cualquier caso no tienen necesariamente por qué decaer en las circunstancias expuestas y cabe continuar (reanudar) la tramitación de la norma reglamentaria (*"las iniciativas reglamentarias … podrán proseguir y finalizar su tramitación"*); pero, eso sí, si la iniciativa es asumida por el nuevo Gobierno en el ejercicio de la discrecionalidad que ostenta, y si otorga su conformidad al texto elaborado y a la tramitación seguida hasta ahora ("*siempre que el órgano competente para su aprobación dé su conformidad al texto elaborado y a la tramitación seguida"*).

Máxime procede concluir en el sentido expuesto, cuando además se trata en este caso de recabar la intervención, precisamente, de este Organismo. Aun cuando inserta la solicitud de dictamen en el marco del procedimiento para la elaboración de una disposición de carácter general, en modo alguno se puede considerar su intervención como un trámite más de dicho procedimiento, dada la configuración constitucional, estatutaria y legal del Consejo Consultivo de Canarias como *"órgano de relevancia estatutaria"* (art. 58 EAC), un organismo externo, que no está integrado en el ámbito de la organización administrativa interna y que forma parte además de las instituciones de autogobierno propias de la Comunidad Autónoma.

Trasladadas estas consideraciones al supuesto objeto de este Dictamen, así, pues, corresponde al nuevo Gobierno, si lo estimara oportuno, adoptar la decisión correspondiente y reanudar (proseguir y finalizar) la tramitación de la iniciativa reglamentaria. Será el nuevo Gobierno el que, una vez efectuada la valoración correspondiente, habrá de solicitar el preceptivo dictamen de este Consejo Consultivo.

2. Pero la falta de proyección de la regulación reglamentaria únicamente sobre *"la mera organización interna"* de la entidad sobre la que se inserta el Comité (la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias) tiene aún mayor

transcendencia de la vista hasta ahora, por cuanto que, *como segunda consecuencia*, afecta asimismo al procedimiento de elaboración de la norma y los trámites practicados.

Si bien, como hace constar el informe de iniciativa reglamentaria, se realizó la consulta pública previa prevista en el art. 133.1 LPACAP, no se ha practicado después en el curso ya del procedimiento de elaboración de la norma reglamentaria el trámite de audiencia e información pública, en los términos que igualmente resultaba a la sazón preceptivo según lo dispuesto por la Norma Octava, apartado 1, en relación con la Norma Tercera, apartado 1, letra c), del Decreto 15/2016, así como del art. 26.6 de la Ley (estatal) 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, aplicable supletoriamente por lo dispuesto en la D.F. Primera de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Se justifica la ausencia de dicho trámite por tratarse de un reglamento organizativo, pero no se compadece ello, ya de entrada, con la práctica de la consulta pública previa, que por el contrario sí se realizó correctamente, conforme al art. 133.1 LPACAP, y atendiendo también a la Orden de la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad, de 21 de diciembre de 2016, por la que se dictan instrucciones *"para coordinar la participación pública ciudadana en el proceso de elaboración normativa del Gobierno de Canarias (BOC núm. 252, de 29 de diciembre)"*, como deja perfectamente consignado el informe de iniciativa reglamentaria.

En realidad, en otro pasaje de este mismo informe se parte de la procedencia de realizar el indicado trámite y se indica además cómo hacerlo: *"Sin perjuicio de lo anterior, y con arreglo a lo previsto en el art. 133.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, durante la tramitación del expediente deberán sustanciarse los trámites de información y audiencia pública, a través de la publicación de la iniciativa en el sitio Web del "Gobierno Abierto" y de su traslado a organizaciones o asociaciones cuyos fines guarden relación directa con su objeto, y en todo caso al actual Consejo General de Servicios Sociales. Asimismo, se dará consulta interadministrativa al resto de Consejerías del Gobierno de Canarias para la formulación, en su caso, de observaciones, sugerencias y propuestas".*

En otro lugar del informe, se arguye también que ninguna alegación, sugerencia o indicación se realizó en el trámite de consulta previa; pero obviamente no puede servir ello de excusa para la omisión del trámite que ahora nos ocupa, del mismo

modo que tampoco lo puede ser la superación del plazo de un año para la aprobación del reglamento a partir de la aprobación de la Ley, en tanto que no por ello decae el ejercicio de la potestad reglamentario por el transcurso de dicho plazo, ya que no se trata de un plazo de caducidad.

En suma, y por tratar de contribuir a aclarar esta cuestión, en el supuesto de reglamentos organizativos, cabe prescindir en efecto del trámite de audiencia e información pública (art. 133.4 LPACAP), lo mismo que del de consulta previa; aunque no siempre, en todo caso y circunstancia, sino con un límite.

Concretamente, les cabe soslayar el indicado trámite a los reglamentos organizativos *"siempre que no tengan incidencia sobre los intereses de la ciudadanía y las organizaciones que la representan"* (en la actualidad así se cuida perfectamente de advertirlo de manera expresa el art. 80.7 LPGC): o si prefiere decirse en otros términos, cabría en su caso prescindir del trámite que nos ocupa si la regulación reglamentaria en efecto se limita a la *"mera organización interna"* y no trasciende dicha esfera.

Si se trata, en suma, de un reglamento organizativo pero con incidencia *"ad extra"* ha de procederse en consecuencia a la práctica del trámite de audiencia e información pública.

Y en el supuesto que nos ocupa, el PD posee una indudable proyección externa, además por partida doble, ya que la regulación reglamentaria propuesta no solo afecta a los derechos (de participación) de determinadas personas (personas trans e intersexuales) y las asociaciones y entidades que las representan; resultan asimismo afectadas por dicha regulación las administraciones públicas canarias en el ejercicio de sus propias competencias, así que también deben ser objeto de la práctica de la correspondiente audiencia a través de las organizaciones que las representan.

Es preciso recordar, ya por último, que, en particular, la omisión de la audiencia a los sectores afectados es susceptible de originar la nulidad de la norma reglamentaria proyectada (como tuvimos ocasión de poner de manifiesto, entre otros muchos, en nuestros recientes Dictámenes 385/2018, de 21 de septiembre, 281/2022, de 7 de julio, 154/2023, de 7 de abril, y 294/2023, de 29 de junio).

C O N C L U S I O N E S

1. El Proyecto de Decreto, por el que se crea el Comité Consultivo para la Igualdad Social y no Discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales y se aprueba su Reglamento de organización y funcionamiento, no se ha ajustado en su tramitación al procedimiento legalmente establecido, en tanto que debió procederse a la práctica del trámite de audiencia e información pública, en los términos indicados en el Fundamento VI.2 de este dictamen; y, asimismo, debió darse audiencia al resto de las administraciones públicas canarias afectadas por la regulación proyectada a través de sus organizaciones representativas.

2. Asimismo, al no limitarse el ejercicio de la potestad reglamentaria en este caso a la mera organización interna, es al nuevo Gobierno constituido tras las elecciones al que le incumbe decidir si proseguir y finalizar la tramitación de la iniciativa reglamentaria en curso. De considerarlo así y dar su conformidad al texto elaborado y a la tramitación seguida, una vez practicados los preceptivos trámites de audiencia antes indicados, es también a dicho Gobierno, una vez completado el procedimiento, al que le corresponde formular la correspondiente solicitud de dictamen preceptivo a este Consejo Consultivo.