

ASPECTOS DE TÉCNICA LEGISLATIVA EN LA JURISPRUDENCIA CONSULTIVA DEL CONSEJO DE ESTADO (*)

CLAUDIO MIGNONE

SUMARIO: — I. NORMAS QUE PREVÉN LA PARTICIPACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO EN LA PRODUCCIÓN NORMATIVA FORMAL. — II. EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA CONSULTIVA EN LA PRODUCCIÓN DE NORMAS. — III. LOS JUICIOS DE LEGITIMIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSULTIVA. — IV. LOS JUICIOS DE OPORTUNIDAD (INCLUIDOS LOS ASPECTOS DE FACTIBILIDAD). — V. LA ACTIVIDAD CONSULTIVA DE NATURALEZA NOMOGRÁFICO-FORMAL. — VI. CONCLUSIONES.

I.- NORMAS QUE PREVÉN LA PARTICIPACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO EN LA PRODUCCIÓN NORMATIVA FORMAL

A) El derecho vigente configura la participación (entendida en sentido amplio) del Consejo de Estado en la producción normativa formal en numerosos casos (1). Estos pueden ser agrupados en dos categorías, según la intervención se refiera a normas de primero o de segundo rango, sobre la base del siguiente esquema.

En cuanto a la producción de normas primarias, el Consejo de Estado: a) formula proyectos de ley a solicitud del Gobierno (art. 14 r.d. 26 de junio de 1924, n. 1054); b) emite su opinión sobre las propuestas de ley, si se lo piden los Ministros (art. 14 cit); c) expresa su parecer

(*) Texto de la ponencia defendida con ocasión del Seminario Nacional de estudio sobre «Producción legislativa y análisis de factibilidad de las leyes», celebrado en Génova, Región de Liguria, los días 20 y 21 de junio de 1996.

Traducido del original en italiano por Olga HERRÁIZ SERRANO, Becaria de investigación, Universidad de Zaragoza.

(1) Se hace referencia aquí a la creación de normas según procedimientos formales. Distinto, y no de menor importancia, es el papel del Consejo de Estado como productor de normas de derecho procesal, las cuales, aunque huyen de los procedimientos formalizados de producción del derecho, no dejan por esto de estar vigentes. Piénsese, por citar dos ejemplos, en toda la construcción del vicio de exceso de poder o en la disciplina de la modificación de la demanda en el proceso administrativo.

sobre los proyectos de ley que ya asignen nuevas atribuciones al Consejo de Estado, supriman o modifiquen las existentes, ya afecten a la ordenación del Consejo mismo, a sus atribuciones consultivas o jurisdiccionales (art. 1 r.d.l. 9 de febrero de 1939, n. 273); d) emite juicios sobre la coordinación de leyes en textos especiales, salvo que éstas lo excluyan (art. 16 r.d. n. 1054/1924).

En cuanto a la producción de normas de nivel secundario, el Consejo de Estado: a) formula proyectos de reglamento a solicitud del Gobierno (art. 14 r.d. n. 1054/1924); b) expresa su parecer sobre las propuestas de reglamento sujetas a deliberación del Consejo de Ministros y sobre los proyectos de reglamentos ministeriales (art. 16 r.d. n. 1054/1924 y art. 17 l. 23 de agosto de 1988, n. 400); c) emite un juicio sobre la coordinación de normas reglamentarias en textos especiales, salvo disposición contraria de la ley (art. 16 r.d. n. 1054/1924).

B) Sucede a veces que leyes específicas prevén la participación del Consejo de Estado en procedimientos normativos: es el caso del Decreto Legislativo de 31 de julio de 1980, n. 613, que regula el siguiente procedimiento complejo. Un Comité nacional elabora el Estatuto de la Cruz Roja italiana y lo eleva al Ministro de Sanidad; entonces, a propuesta del Presidente del Consejo de Ministros, de acuerdo con los Ministros de Sanidad y de Defensa, y oída la Asamblea General del Consejo de Estado, el Presidente de la República aprueba dicho Estatuto (a). Con el mismo procedimiento se efectúan las modificaciones estatutarias (2).

C) Para precisar el ámbito del presente trabajo, es necesario advertir que no se va a dedicar un examen específico a la competencia *progettuale* del Consejo de Estado, dada la falta de proyectos que analizar. En efecto, esta competencia, además de no entrar propiamente en la función consultiva, no es utilizada formalmente en la práctica, con excepción de algunos casos de superposición de las dos funciones, como se verá a continuación. En estos casos, se asiste al ejercicio *informal* de la competencia de formulación de proyectos, en el seno de la competencia consultiva.

Además, ha dejado de ejercerse la competencia prevista por el art. 58 del r.d. de 27 de abril de 1942, n. 444. Según éste, cuando, en el examen de los asuntos discutidos por el Consejo de Estado, resulte que

(a) Traduzco *Adunanza Generale* por Asamblea General (N. del T.).

(2) La Cruz Roja italiana, reconocida como ente privado de interés público por el art. 1 del Decreto Legislativo de 31 de julio de 1980, n. 613, ha sido recalificada como ente público por el Decreto-Ley de 20 de septiembre de 1995, n. 207 (convertido en la Ley de 20 de noviembre de 1995, n. 490), cuyo art. 7 ha sustituido al citado art. 1.

la legislación vigente es oscura, imperfecta o incompleta en algún extremo, el Consejo debe dar cuenta de ello al Primer Ministro.

No pasa inadvertido que las dos últimas cuestiones mencionadas (la *competenza progettuale* y la *competenza di denuncia*) están estrechamente ligadas al debate actual sobre la técnica legislativa. Así, como se puede presumir razonablemente, un proyecto de texto normativo redactado por el Consejo de Estado es susceptible de alcanzar un alto grado de perfección. A su vez, la denuncia, aun permaneciendo al margen de la formulación de proyectos, puede servir de estímulo a la mejora de la legislación.

D) Finalmente, se debe advertir que este trabajo no tiene por objeto un examen global del papel que desempeña o puede desempeñar el Consejo de Estado en los procesos de producción normativa. Sobre esta cuestión se ha escrito, y no poco, desde hace años (3).

Semejante problemática, que permanece muy presente, sirve de trasfondo al tema central de este estudio: el análisis de las principales intervenciones llevadas a cabo, recientemente, por la Asamblea General del Consejo de Estado, sobre los procesos de producción de normas. No se ha realizado nunca un análisis de este tipo. Igualmente, se ha estudiado poco la jurisprudencia consultiva en general, a diferencia del interés suscitado por las sentencias, sobre las cuales abundan reseñas, comentarios o repertorios.

Sin embargo, se debe apuntar que los estudios de ciencia y técnica de la legislación no pueden prescindir de la aportación, en punto a la producción normativa, del Consejo de Estado como órgano consultivo. Los argumentos que siguen deberían corroborar esta última afirmación.

II.- EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA CONSULTIVA EN LA PRODUCCIÓN DE NORMAS

A) De las disposiciones enumeradas al inicio del primer apartado, deriva que la participación del Consejo de Estado en los procesos de producción normativa se halla disciplinada todavía hoy, en parte, por

(3) Entre otros, vid. G. STERLICCHIO: «La collaborazione del Consiglio di Stato alla produzione legislativa: prospettive di sviluppo», en *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, págs. 73 y ss., que remite a doctrina más antigua; A. QUARTULLI: *Ancora sulla competenza consultiva del Consiglio di Stato sui progetti di legge*, *Rass. Parlam.* 1989, págs. 68 y ss.; A. PEZZANA: «Attività consultiva del Consiglio di Stato e funzione legislativa», en *Studi in onore di Guido Landi*, Milano, 1985, pág. 111; L. AMMANNATI: «La funzione consultiva del Consiglio di Stato: limiti e potenzialità», en *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, Bologna, 1994, págs. 383 y ss.

leyes que se remontan al período comprendido entre 1924 y 1942. Algunas de ellas, sin embargo, tienen origen en el edicto institutivo de 1831 y han sido confirmadas por textos sucesivos (leyes de 1889, 1907, 1926).

Con todo, el que consulte los anales de las revistas jurídicas entre 1930 y 1990 encontrará que la publicación de opiniones, en general, y de opiniones sobre la producción de actos normativos, en particular, constituye una parte verdaderamente exigua de la información jurisprudencial que aquellas revistas proporcionan. Cuando existe, se trata de pareceres sobre los recursos extraordinarios, o sobre las cuestiones dirigidas al Consejo de Ministros en torno a problemas concretos y, generalmente, marginales.

Las actividades de consulta sobre los proyectos de ley y sobre las propuestas de reglamento son, al menos hasta 1990, difíciles de encontrar, salvando alguna esporádica excepción. Un estudio reciente demuestra que la función de consulta ha perdido mucho peso respecto al conjunto de actividades del Consejo de Estado, si se toma como año de partida el 1900, en que la actividad consultiva estaba en relación de 3,50 a 1 con la actividad jurisdiccional (4). En 1966, la relación se había invertido: era de 3 a 1 en favor de la última.

Podrían buscarse muchas explicaciones, entre ellas el mayor papel que desempeña la jurisdicción en comparación con la solución de controversias en sede administrativa, pero estas explicaciones no responden al interrogante porque la *consulenza* cubre, potencialmente, un área más amplia que la ocupada por los recursos extraordinarios. Los datos globales de que se dispone sobre la frecuencia de la actividad consultiva del Consejo de Estado no pueden descomponerse. Entonces, no se conoce la relación existente, en el seno de los asuntos consultivos, entre pareceres sobre proyectos de ley y propuestas de reglamento, por un lado, y opiniones sobre recursos extraordinarios, cuestiones, etc., por otro.

El estudio antes citado, editado en 1994, se detiene, en cuanto a los datos estadísticos y subrayando la dificultad de su hallazgo, en los primeros meses de 1991. No obstante, permite destacar que, a partir de 1989, aumenta la actividad de la Asamblea General del Consejo de Estado, que es la competente para emitir pareceres sobre los proyectos de ley y las propuestas de reglamento. La circunstancia encuentra reflejo inmediato en las revistas jurídicas, las cuales, a partir de 1990, y con periodicidad creciente, publican un gran número de opiniones del Consejo, comprendidas aquellas referidas a los textos elaborados por el Go-

(4) Vid. L. AMMANNATI, «La funzione...», *op. cit.*, págs. 345 y ss.

bierno a consecuencia de iniciativas legislativas y las referidas a reglamentos (b).

La explicación del fenómeno debe investigarse seguramente en algunos cambios del derecho positivo, como se verá a continuación. No se puede excluir, sin embargo, que no dependa también, en parte, de un suceso mayor interés cultural por la actividad consultiva. Interés probablemente destinado a crecer en caso de que llegue a consolidarse la atención de quienes, por una razón científica o un fin práctico-profesional, se ocupan de la producción de normas jurídicas bajo el perfil de la técnica legislativa.

B) Acerca de los cambios del derecho positivo, se debe considerar que el art. 1 del d.p.r. de 23 de junio de 1988, n. 250, ha modificado el art. 56 del r.d. de 27 de abril de 1942, n. 444, en el sentido de facilitar el conocimiento de los pareceres del Consejo de Estado, permitiendo el acceso a los mismos siempre que el Ministro competente no haya comunicado, en el término de 90 días desde la recepción del dictamen, que deban permanecer secretos. El texto originario del art. 56 preveía, en cambio, que sólo fuera expedida copia de los dictámenes bajo consentimiento expreso del Ministro. Es fácil deducir que la disminución de los supuestos en que queda en secreto ha contribuido al conocimiento de la jurisprudencia consultiva.

No obstante, otros indicios revelan que se trata no sólo de un aumento del grado de conocimiento de los pareceres, sino también de un incremento súbito de la misma función consultiva, el cual se refleja después en la información proporcionada por las revistas jurídicas. Estas, a su vez, responden así a la demanda de sus propios lectores.

Los elementos sustanciales que han provocado el nuevo florecimiento de la función consultiva de la Asamblea General pueden ser identificados, en primer lugar, con la entrada en vigor de la Ley de 23 de agosto de 1988, n. 400. Su art. 17 enumera la tipología de reglamentos del Gobierno cuya adopción continúa necesitando dictamen del Consejo de Estado y prevé el mecanismo de deslegalización cuya puesta en práctica, al incrementar la emanación de reglamentos, hace más frecuente el ejercicio de la *consulenza* en la producción normativa (c). En segundo término, otra causa de la expansión deriva de la Ley de 24 de diciembre de 1993, n. 537, que contiene numerosas disposiciones en

(b) Traduzco indistintamente *pareri del Consiglio di Stato* por pareceres, dictámenes u opiniones (N. del T.).

(c) Traduzco *meccanismo delegificante* por mecanismo de deslegalización, lo mismo que, para evitar reiteraciones o por razones de estilo, mantengo, a veces, el original *consulenza*, sin traducirlo por actividad consultiva (N. del T.).

punto a la delegación legislativa y en favor de la potestad reglamentaria del Gobierno (5).

Con todo, es necesario poner de relieve que el eventual nuevo renacimiento de la función consultiva de la Asamblea General, cuyo objeto son las propuestas de reglamento, no depende, como algún autor parece sostener (6), de que el art. 17 de la Ley 400/1988 haya convertido en preceptivo el dictamen del Consejo de Estado. La aludida obligatoriedad ya existía con la normativa anterior (art. 1 de la Ley de 31 de enero de 1926, n. 100, que reproducía el art. 12 de la Ley de 17 de agosto de 1907, n. 638) (7). Además, la función consultiva a la que afecta no parece haber experimentado variaciones significativas de frecuencia.

En consecuencia, las causas del reciente y destacado incremento hay que buscarlas en la expansión de la producción normativa de rango secundario. Los estudios estadísticos podrán demostrar la importancia del proceso tanto en términos absolutos como relativos, es decir, en relación a la gran cantidad de leyes. Esta debería haber disminuido y seguir haciéndolo en los próximos años. De lo contrario, la situación sería preocupante, puesto que se asistiría a un aumento sincrónico de leyes y reglamentos, a pesar del llamativo fenómeno de deslegalización.

Acerca de los dictámenes de la Asamblea General sobre los proyectos de ley (en materia, por tanto, no deslegalizada), se debe retener que han aumentado sensiblemente a partir de 1990, debido a que, en los últimos años, han sido presentadas muchas iniciativas sobre las cuales debía oírse al Consejo de Estado en aplicación del r.d. 273/1939. Entre otros, se pueden recordar los proyectos de ley (d) de delegación para la reforma del proceso administrativo (8); sobre la institución del

(5) Véanse el art. 1.c.1., que convierte la deslegalización en principio y criterio directivo de la ley allí prevista; los arts. 2.c.7. y 2.c.11., donde la referencia al dictamen de las Comisiones parlamentarias parece añadirse, sin sustituirlo, al parecer del Consejo de Estado; y el art. 11.c.1.

(6) Cfr. L. AMMANNATI, «La funzione...», *op. cit.*, págs. 364 y 365.

(7) Sobre la preceptividad del dictamen, conforme a la antigua legislación, cfr. F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, pág. 130; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo I*, Milano, 1958, pág. 74; N. DANIELE, «Consiglio di Stato (ordinamento)», en *Enc. Dir. IX*, Milano, 1961, pág. 314; y L. CARLASSARE, «Regolamento (dir. cost)», en *Enc. Dir. XXXIX*, 1988, pág. 631.

(d) *Disegni di legge* en el original (N. del T.).

(8) El dictamen de la Asamblea General de 8 de febrero de 1990, n. 16, se publicó en el *Foro amm.* 1990, págs. 270 y ss., acompañado de la comparación con el texto que fue aprobado por la Cámara de Diputados y transmitido al Senado, y que no consiguió la aprobación definitiva.

juez único en el proceso por causas de empleo público (9); sobre las atribuciones de la jurisdicción administrativa, en concreto para disciplinar acciones positivas encaminadas a la realización de la igualdad de hombres y mujeres en el trabajo (10); de delegación para la privatización de la relación de empleo público, que contenía también disposiciones procedimentales sobre la jurisdicción administrativa (11); para evitar que el procedimiento electoral pudiera ser suspendido, por pronunciamientos judiciales, en el período comprendido entre la fecha de convocatoria de los comicios y la de las votaciones (12); y sobre la duración del proceso administrativo, con el fin de impedir la responsabilidad internacional del Estado italiano por la excesiva lentitud de los procedimientos judiciales (13). De los años inmediatamente anteriores a 1990, se puede mencionar, como ejemplo significativo, aunque raro, de consulta acerca de proyectos legislativos de rango primario, el Dictamen sobre el texto que acabó convirtiéndose en la Ley 241/1990 (14).

Algunas iniciativas devinieron leyes, otras no superaron el umbral de la propuesta. De todas formas, el Consejo de Estado tuvo la oportunidad de manifestarse sobre el texto, a menudo dando grandes lecciones de técnica legislativa. En estas concretas intervenciones y en las relativas a propuestas de reglamento, merece la pena profundizar, puesto que, ya se trate de una ciencia o de una labor artesana (e), la técnica normativa no puede prescindir de las aportaciones del Consejo de Estado (15). Al efectuar estos análisis, es preciso realizar una tarea selectiva, porque, como se dijo, después de 1989, los dictámenes publicados sobre actos normativos son bastante numerosos y porque el examen es digno de consideración cuando los pareceres han sido publicados por entero. En el caso de simples resúmenes, como es obvio, el análisis re-

(9) Cfr. el Dictamen de la Asamblea General de 27 de junio de 1991, n. 58, en *Cons. St.* 1993, I, pág. 127.

(10) Se aprobó como Decreto legislativo 29/1993. Cfr. el Dictamen de la Asamblea General de 2 de abril de 1991, n. 35, en *Cons. St.* 1992, I, pág. 1498.

(11) Al respecto, la Asamblea General emitió su parecer el 31 de agosto de 1992, n. 146, publicado en *Cons. St.* 1992, I, pág. 1505.

(12) Tal proyecto de ley fue objeto de Dictamen por la Asamblea General el 9 de febrero de 1995, n. 11, publicado en *Cons. St.* 1995, I, pág. 1731.

(13) Cfr. el Dictamen de la Asamblea General de 6 de octubre de 1994, n. 236, en *Cons. St.* 1995, I, pág. 1308.

(14) Vid. Dictamen de 19 de febrero de 1987, n. 7, en *Foro it.* 1988, III, pág. 22.

(e) *Artigianato* en el original (N. del T.).

(15) El problema de si se trata de una ciencia o de una actividad diversa fue planteado ya hace tiempo. Cfr., como resumen de la doctrina alemana, U. KARPEN, «Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland», en *Zeitschrift für Gesetzgebung* 1986, págs. 6 y ss.

sulta menos fructífero. En consecuencia, ha parecido oportuno seleccionar un muestrario de los dictámenes más significativos, destacando los puntos a través de los cuales se manifiestan la técnica normativa del Consejo de Estado y su papel de copartícipe en los procesos de formación de leyes y reglamentos.

Como la técnica legislativa no se puede reducir a la mera redacción de la ley (f), a la nomografía en sentido estricto, la labor del Consejo de Estado no se limita al llamado *drafting* formal (16). La Asamblea General examina verdaderamente la legitimidad, la oportunidad y, en última instancia, los aspectos formales de las normas. La exposición que sigue tiene en cuenta, por lo tanto, los dos o tres tipos de intervenciones indicados.

III.- LOS JUICIOS DE LEGITIMIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSULTIVA

Respecto a los proyectos de ley y de delegación legislativa, los juicios de legitimidad de la Asamblea General contienen algunas dudas de constitucionalidad, pero son supuestos raros. La mayoría de las veces, los juicios conciernen a las propuestas de reglamentos, en relación al parámetro constituido por las fuentes primarias, respecto a las cuales aquéllos se consideran actos normativos de ejecución, de actuación o de deslegalización. El juicio de legitimidad sobre los anteproyectos de normas, en este segundo caso, es muy frecuente y se expresa bien positivamente (cuando el Consejo de Estado confirma al Gobierno la corrección del texto), bien negativamente (cuando remarca expresamente el conflicto entre el proyecto y las disposiciones legislativas superiores) (17).

(f) *Legistica* en el original (N. del T.).

(16) Los diversos momentos en los que puede descomponerse el ejercicio del poder normativo son individualizados en número de once por S. CASSESE, *Introduzione allo studio della normazione*, en *Riv. trim. dir. pubbl.* 1992, págs. 315 y ss. Sobre la diferencia entre el *drafting* formal y el *drafting* sustancial, vid. C. D'ORTA y V. DI PORTO, *L'attività di drafting nel procedimento legislativo: structure, regole, strumenti*, en *Rass parlam.* 1995, pág. 81, donde se precisa que el *drafting* formal se identifica con «un complejo de reglas esencialmente estilísticas y gráficas necesarias para una correcta redacción de los textos normativos», mientras que el sustancial se refiere a «la compleja labor de traducir en norma jurídica las indicaciones puramente políticas que evidencian, precisamente, la necesidad de una intervención normativa».

(17) En la primera hipótesis (Dictamen sustancialmente adhesivo), el Consejo de Estado lleva a cabo la exégesis del texto con un giro similar al de la nota a una sentencia favorable, con expresiones del tipo: «no existen observaciones que formular al respecto».

Parece evidente que los juicios de legitimidad representan aquel aspecto de la técnica legislativa consistente en conciliar las normas en gestación con aquéllas, jerárquicamente prevalentes, que ya existen en el ordenamiento. Todo ello a fin de evitar el conflicto entre dos disposiciones no tanto por su formulación lingüística, cuanto para garantizar la posibilidad de su coexistencia legal. Es necesario añadir (aunque la circunstancia alude más bien a la factibilidad de la norma, o sea, a su actuación concreta en el tiempo) que desatender el parecer expreso de la Asamblea General sobre la legitimidad es una vicisitud destinada a influir en la permanencia de la norma, considerada inválida, en un futuro más o menos próximo. De hecho, mientras la adhesión al Dictamen elimina, casi con toda seguridad, la posibilidad de anulación jurisdiccional de normas reglamentarias, la emanación de un reglamento que ha sido tachado de ilegítimo por la valoración preventiva del Consejo de Estado expone a aquél y a los procedimientos en los que se haya aplicado a una posible anulación judicial. En otras palabras, la falta de adecuación al parecer obligatorio, que no vinculante, del Consejo de Estado se convierte en el preanuncio de derrota (no cierta, pero probable en un hipotético juicio futuro) de la Administración que no acogió dicha opinión. Esto, como es obvio, deriva del hecho de que el Consejo de Estado se expresa, o puede expresarse, como *institución*, sea en sede preventiva, sea en sede contenciosa o de control de la legitimidad del mismo acto normativo.

IV.- LOS JUICIOS DE OPORTUNIDAD (INCLUIDOS LOS ASPECTOS DE FACTIBILIDAD)

A) El segundo tipo de intervención del Consejo de Estado en la producción de normas legales o reglamentarias tiene que ver con la valoración de su oportunidad. Esta comprende también los aspectos relati-

«puede estarse de acuerdo con la elección de la Administración» (cfr., por ejemplo, el Dictamen de 27 de enero de 1994, n. 16, en *Cons. St.* 1995, I, pág. 1154); o del tipo: «como exactamente subraya la Administración en cuestión» (vid. Dictamen de 6 de febrero de 1992, n. 27, en *Cons. St.* 1993, I, pág. 576).

En la segunda hipótesis (Dictamen negativo), la expresión de la argumentación es muy similar a la propia de los actos de control preventivo anterior, es decir, se confronta el texto controlado y el modelo legal, se enuncian las diferencias y se llega a la conclusión del silogismo («es ilegítima la elección normativa»; «el gobierno no puede emanarlo»; «la norma no es conforme con la ley»; etc.). A menudo, se acompaña de la reformulación del precepto o de la invitación a suprimirlo del texto. Ejemplos pueden encontrarse en los Dictámenes de 21 de noviembre de 1991, n. 125, en *Cons. St.* 1993, I, pág. 140; de 25 de febrero de 1993, n. 21, *ibidem*, 1994, I, pág. 500; de 10 de febrero de 1994, n. 28, *ibidem*, 1995, I, pág. 279; de 27 de julio de 1994, n. 210, *ibidem*, 1995, I, pág. 1616; y de 27 de julio de 1994, n. 212, *ibidem*, 1995, I, pág. 1617.

vos a la posibilidad de ejecutar o factibilidad de las normas (g). Se trata de un punto crucial, porque, por una parte, alude a la configuración del Consejo de Estado como órgano copartícipe en el ejercicio de la función normativa formal y, por otra, pone de relieve el papel efectivo que aquél cumple y cumplirá en la materia, papel que tiende a delimitar o ampliar.

De hecho, el juicio sobre la oportunidad de introducir una norma en el ordenamiento es, por sí, un juicio político. Es técnico el que se limita a indagar la legitimidad de la norma misma. La problemática de la regulación de los límites entre uno y otro juicio es, por otra parte, recurrente en la jurisprudencia constitucional generada en los procesos contra leyes.

A propósito del Consejo de Estado, las disposiciones que regulan su llamada participación en la actividad de producción normativa no son, a decir verdad, interpretables en el sentido de excluir el juicio de oportunidad sobre las normas sometidas al parecer de la Asamblea General. El mismo art. 100 de la Constitución, al mencionar la *consulenza giuridico-amministrativa* del Consejo de Estado, no parece referirse solamente a opiniones de estricta legitimidad. Por lo tanto, a pesar de determinadas exhortaciones a mantener la actividad consultiva del Consejo de Estado dentro de los límites de la técnica normativa entendida en sentido estricto (legitimidad y *drafting* formal) (18), se puede verificar fácilmente que la Asamblea General emite, frecuentemente, juicios sobre la oportunidad y la concreta y futura aplicabilidad de los proyectos de normas sometidos a su examen. El análisis de los Dictámenes permite proporcionar numerosos ejemplos al respecto.

B) Se ha hecho referencia *supra* al parecer sobre los proyectos de delegación legislativa, del cual sería representativo el Decreto Legislativo 29/1993 (19). El correspondiente proyecto de ley contenía un solo artículo (el número 2) sobre el que, por la materia tratada (el reparto de la jurisdicción), el Consejo de Estado habría podido pronunciarse en vía consultiva. Sin embargo, el Consejo extendió, de oficio, su informe a los temas que, en su opinión, tenían una conexión lógico-orgánica con los que constituían el objeto estricto de su examen. Esto es, la Asamblea General sancionó el principio por el cual las normas que le atribuyen la función consultiva sobre la legislación deben ser entendidas en

(g) *Attuabilità o fattibilità* en el original (N. del T.).

(18) Insisten en el carácter técnico y no político de la actividad consultiva, en materia de producción normativa, G. STERLICCHIO, *op. cit.*, pág. 89, y A. QUARTULLI, *op. cit.*, págs. 72 y ss.

(19) Cfr. la nota 11.

sentido amplio. En el supuesto concreto, su dictamen no se refirió sólo a la oportunidad de sustraer al juez administrativo el conocimiento de las controversias en materia de empleo público, sino también a la oportunidad de privatizar la relación de trabajo con las Administraciones públicas. El resultado de todo ello fue un dictamen bastante prolijo y rico en matices críticos, con base en los cuales quedó claramente establecida la oposición de la Asamblea General a la asimilación pretendida entre empleo público y empleo privado.

En el Dictamen en cuestión, se descubren algunas observaciones sobre la factibilidad administrativa y judicial de la ley, fijándose como objetivos: a) el control del gasto público (que el Consejo veía en peligro dada la sumisión de ciertas Administraciones a las pretensiones de sus empleados); b) la garantía de una mejor defensa de los intereses públicos; y c) la uniformidad de la jurisprudencia en función de la seguridad jurídica. Eran todos objetivos de difícil realización si hubiesen quedado tal cual algunas normas del proyecto de ley de delegación.

Ahora bien, si la llamada privatización del empleo público representa ciertamente una elección política (y qué elección) para el legislador, no se ve como podía ser privado de alcance político el juicio del Consejo de Estado, que, para formularlo, incluso había ampliado de oficio el ámbito de la consulta a las normas conexas.

Otro ejemplo lo proporciona el examen del proyecto de ley sobre la institución del juez único en las causas de empleo público (20). Aquí, el Consejo de Estado confiesa explícitamente no querer sólo sugerir posibles mejoras al texto normativo, sino también llamar la atención del Parlamento y del Gobierno sobre muchos aspectos de consideración. Fueron enumerados los siguientes:

a) La introducción del juez único comportaba la emanación de un mayor número de sentencias, pero incrementaba la carga de trabajo de las secretarías. En consecuencia, la factibilidad de las leyes exige la adecuación de los órganos, sin la cual la ley quedaría, en parte, sin aplicación.

b) Es verdad que el juez singular haría ahorrar tiempo a los magistrados evitándoles tener que participar en la decisión de las causas de las que no son ponentes (h); pero más tiempo se ahorraría si se simplificasen los procedimientos, por ejemplo, concluyendo algunos juicios con una simple decisión pronunciada en la sala del Tribunal.

(20) El correspondiente Dictamen se cita en la nota 9.

(h) *Relatori* en el original (N. del T.).

c) Si la derogación de la fórmula colegial presentaba las indicadas ventajas, lo mismo se conseguiría si las disposiciones legislativas, reglamentarias y, sobre todo, contractuales fuesen redactadas mejor, atenuando los motivos de conflicto. La Asamblea General insistió en la «formulación más exacta de las normas reglamentarias y contractuales ya en orden a la claridad, comprensión y precisión de los textos, ya en orden a verificar la compatibilidad de las normas singulares con el ordenamiento en su conjunto». Criticó igualmente la exclusión del Consejo de Estado (Ley 146/1990) del *iter* de aprobación de los contratos colectivos.

Además de estos aspectos de técnica legislativa en sentido propio, la Asamblea General, destacando las dificultades que entrañan a menudo las causas de empleo público, exhortó al legislador a sopesar atentamente la sustitución del órgano colegiado por el juez singular. Ello porque la dialéctica ínsita al primero compensa la falta sustancial de contradicción en las causas de empleo público, dado que las Administraciones, especialmente las locales, son poco proclives a sostener las razones del interés general relativas al equilibrio de las finanzas públicas. El Consejo de Estado, en consecuencia, declaró explícitamente querer realizar juicios sobre el fondo y la sustancia del proyecto de ley (i), y confesó su falta de simpatía por la institución del juez singular. Su Dictamen, siendo contrario al propósito del legislador, tiene también connotaciones de carácter político.

C) En otros dictámenes, que tenían por objeto materias sólo técnicas, la elección política no se percibe, pero esto sucede en las decisiones del mismo Parlamento, donde se distingue claramente entre las materias con relevancia política y aquellas no susceptibles de esta calificación. En relación con estas últimas, la formulación de las normas se deja, a menudo, a los parlamentarios profesionalmente preparados en el sector de que se trate.

Por cuanto aquí interesa, se revela como parecer estrictamente técnico el relativo al intento de reforma del proceso administrativo (21). Ello a pesar de implicar una elección de fondo y por ende parcialmente política, como era la introducción del juez instructor, que el Consejo de Estado declaró no compartir. Lo mismo puede decirse de la intención de introducir el criterio de la temporalidad de las funciones presidenciales en los Tribunales Administrativos Regionales, criterio estimado bastante inoportuno por la Asamblea General. Es calificable como política la exhortación del Consejo de Estado a evitar la excesiva «injerencia

(i) *Sul merito e la sostanza* en el original (N. del T.).

(21) Cfr. la nota 8.

del juez administrativo en las atribuciones de la autoridad administrativa, incluso con la justificada ansia» de asegurar el cumplimiento de las sentencias (22). También en el Dictamen sobre la privatización de la relación de empleo público, no es propiamente sólo técnica la sugerencia de extender la contradicción procesal al Ministerio del Tesoro, o de permitir que éste pudiese impugnar sentencias de causas en las que no hubiera sido parte, puesto que tales sugerencias perseguían limitar el gasto público.

Del mismo modo, en el Dictamen sobre la agilización del proceso administrativo para evitar la responsabilidad internacional de Italia (23), aunque la materia era tendencialmente técnica, se aprecia una opción política en el órgano consultivo al adherirse a la misma elección legislativa. Se proponía la institución de una específica sección consultiva en el Consejo de Estado para examinar los actos normativos del Gobierno. Está claro que esto comportaría un aumento del peso del Consejo en la organización pública, como sucedió en Francia o en Bélgica.

Juicios de oportunidad se encuentran con frecuencia también en pareceres sobre propuestas de reglamento (24). Tales juicios, dando por correcta la legitimidad de la solución elegida en la propuesta, se manifiestan acerca del modo que mejor asegura el logro de la finalidad de que se trate. Se trata de aspectos muy importantes de la técnica legislativa: se refieren a la selección o a la individualización de los intereses a tutelar, o se encuadran en la exigencia de garantizar la mejor aplicación de la norma. La cuestión conecta estrechamente con el tema de la factibilidad de la ley o del reglamento y aparece tanto en los dictámenes sobre proyectos de ley como en los emitidos sobre las propuestas de normas reglamentarias. Es una observación hecha ya *supra* y que puede ser corroborada con algún otro ejemplo:

a) En el aludido Dictamen sobre la reforma general del proceso administrativo, se advierte la necesidad de sopesar las medidas relativas a la funcionalidad del aparato judicial administrativo. Medidas orientadas

(22) Tal exhortación puede leerse en el último Dictamen citado.

(23) Cfr. la nota 13.

(24) Pueden verse, como ejemplos, los Dictámenes de 7 de junio de 1993, n. 58, en *Cons. St.* 1994, I, pág. 269, en el asunto de los encargos extrainstitucionales a los magistrados administrativos; de 23 de diciembre de 1993, n. 134, *ibidem*, 1994, I, pág. 1437, sobre la composición de la Comisión juzgadora de los concursos para la concesión de licencias farmacéuticas; de 27 de enero de 1994, n. 7, *ibidem*, pág. 144, sobre la disciplina del ski náutico en aguas interiores; de 23 de febrero de 1995, n. 22, *ibidem*, 1995, I, pág. 1731, sobre reordenación de la materia portuaria (concesiones); de 6 de abril de 1995, n. 35, *ibidem*, pág. 1738, a propósito de la reorganización de las oficinas del Ministerio para los recursos agrícolas.

a una mayor efectividad de la tutela judicial, gracias al aumento de los tipos de acciones admitidas por los jueces administrativos.

b) En los pareceres, se valoran las dificultades aplicativas de una norma y las consiguientes en el plano jurisdiccional, que imponen la reformulación del texto (25).

c) Se confrontan los objetivos fundamentales perseguidos por un texto normativo en preparación con algunos de sus preceptos que parecen frustrar dichos objetivos, hasta el punto de hacerlos irrealizables (26).

En definitiva, se obtiene la impresión de una acusada tendencia del Consejo de Estado a valorar también los aspectos referentes al fondo y a la concreta aplicabilidad de la norma proyectada, sobre la cual se le ha pedido opinión. En tales ocasiones, se observa que el Consejo adquiere el poder de valorar unas decisiones de otros (y en particular, de la Administración pública) que le son sustraídas casi siempre en sede jurisdiccional.

V.- LA ACTIVIDAD CONSULTIVA DE NATURALEZA NOMOGRÁFICO-FORMAL

Además de los perfiles sustanciales de la técnica legislativa que se acaban de examinar, y que se refieren a la legitimidad y a la oportunidad del producto normativo en preparación, los pareceres del Consejo de Estado se detienen casi siempre sobre los aspectos formales de los preceptos, es decir, sobre su formulación lingüística, su ubicación en el contexto, la rúbrica de los títulos, etc.

Mientras, en el caso del examen sustancial, el cauce de la sugerencia contenida en el dictamen consiste en una nueva redacción del precepto, o en la exhortación a eliminarlo de la norma, en el segundo supuesto, se advierten figuras heterogéneas de intervención, de las cuales se ofrecen a continuación unos ejemplos.

Se recomienda a veces, aun cuando se trate de aspectos formales, la reelaboración de la norma completa en el modo estimado correcto. No obstante, frecuentemente se encuentran sugerencias de un alcance más reducido, como: la supresión de palabras, frases, o remisiones normativas inútiles; la adición de sustantivos, adjetivos o nuevos párrafos;

(25) Vid. Dictamen de la Asamblea General de 6 de abril de 1995, n.34, en *Cons. St.* 1995, I, pág. 1735.

(26) Cfr. el parecer citado en nota 14, especialmente el fragmento reproducido en la pág. 32.

la constitución de párrafos autónomos a partir de enunciados preceptivos incluidos en el texto; la ubicación anterior o posterior de algunos artículos o párrafos; completar o racionalizar enumeraciones; eliminar normas extrañas; y, en los dictámenes sobre leyes de delegación, la invitación a especificar los criterios directivos (27). En resumen, se hallan sugerencias a completar párrafos; a eliminar expresiones imprecisas, superfluas, con lagunas, técnicamente mal formuladas; a sustituir una palabra por otra (por ejemplo, decreto por reglamento); a rubricar los artículos (28).

En un dictamen, se censura el hecho de que el borrador del reglamento de ejecución de una ley reproduzca gran parte de las normas contenidas en ésta, de manera que se obliga a reformular el texto, con la sola prescripción de la calidad del reglamento como fuente secundaria (29). En otro parecer, se juzga negativamente la propuesta de reglamento que, en vez de actualizar y coordinar las normas de uno anterior y de una ley posterior, se limitaba a efectuar algunas modificaciones al viejo texto, dejando al intérprete la deducción de las disposiciones incompatibles con la ley sobrevinida (30). Se ha afirmado también que la redacción de los reglamentos debe omitir las largas series de remisiones, sea a artículos anteriores de la misma norma secundaria, sea a la ley, puesto que son causa de posibles problemas aplicativos y de hermenéutica (31).

Son frecuentísimas las intervenciones mínimas. Estas aluden a imperfecciones materiales como la cita equivocada de artículos y párrafos, o la inexacta transcripción. En consecuencia, invitan a usar correctamente las letras mayúsculas, las minúsculas, la puntuación; a evitar las abreviaturas (como «art.» en lugar de «artículo», en el texto del párrafo); a escribir los números en letras, y no en cifras, cuando definen términos de caducidad; a no remitir al párrafo cuando el artículo consta de uno sólo; a usar, en todos los artículos, el mismo sustantivo para in-

(27) Cfr., por ejemplo, el ya citado y larguísimo Dictamen de la Asamblea General 16/1990.

(28) Véanse los pareceres de la Asamblea General de 25 de marzo de 1991, n. 19, en *Cons. St.* 1992, I, pág. 1490; de 27 de junio de 1991, n. 58, *ibidem*, 1993, I, pág. 127; de 12 de septiembre de 1991, n. 109, *ibidem*, pág. 134; y de 23 de diciembre de 1993, n. 155, *ibidem*, 1994, I, pág. 1443.

(29) Cfr. el Dictamen de la Asamblea General de 6 de febrero de 1992, n. 21, en *Cons. St.* 1993, I, pág. 803.

(30) Vid. el Dictamen de la Asamblea General de 25 de febrero de 1993, n. 7, en *Cons. St.* 1994, I, pág. 498.

(31) Cfr. el Dictamen de 6 de abril de 1995, n. 34, *cit.* En el Dictamen n. 39 de la misma fecha, aparecido en *Cons. St.* 1995, I, pág. 1737, se critica la inclusión, en el reglamento, de un «elenco fragmentario y falto de orden lógico».

dicar el mismo procedimiento; y, finalmente, a colocar, en los preámbulos de reglamentos, las citas a leyes, dictámenes, etc., en orden lógico (32).

VI.- CONCLUSIONES

En los autores que se han ocupado, con alguna amplitud o someramente, de la actividad de participación del Consejo de Estado en la producción de normas formales, se encuentra a menudo esta recriminación: que este alto órgano, no obstante sus evidentes potencialidades en este campo, ha sido infrutilizado. Aquél, a semejanza de lo que sucede en Francia y en Bélgica, donde existe una institución análoga, se podría haber revalorizado como organismo capaz de contribuir a la mejor formulación de leyes y reglamentos, no sólo como órgano consultivo del Gobierno, sino también del Parlamento (33).

Un reciente volumen, que recoge algunas contribuciones sobre la comparación entre el Consejo de Estado italiano y el Consejo de Estado francés (bajo muchos perfiles: desde el histórico al de posición política y al de eficacia de las respectivas sentencias), ha avivado el cotejo del papel desempeñado por ambos organismos dentro de sus propios ordenamientos estatales, incluso en lo concerniente a la capacidad de incidir en la producción normativa (34). De esa obra, resulta un cuadro mucho más favorable para el Consejo de Estado francés en relación a la actividad consultiva y, dentro de ésta, en el sector de la participación legislativa. La Constitución francesa de 1958, mientras silencia la función jurisdiccional del *Conseil d'Etat*, disciplina ampliamente la consultiva, en los arts. 37.c. 2, 38 y 39. Estos prevén el dictamen obligatorio del *Conseil* sobre todos los proyectos de ley presentados por el Gobierno y sobre las disposiciones gubernativas emanadas por delegación parlamentaria. Además, los decretos de modificación de textos legislativos anteriores a la Constitución o aquéllos indicados por leyes específicas deben ser aprobados «en Conseil d'Etat». Se ha calculado que el Consejo francés examina, cada año, más de 100 proyectos de ley y una media de 600 reglamentos.

(32) Véanse, en sentido diverso, los Dictámenes de 19 de febrero de 1987, n. 7, *cit.*; de 17 de marzo de 1994, n. 45, en *Cons. St.* 1995, I, pág. 968; de 17 de marzo de 1994, n. 48, *ibidem*, pág. 970; de 24 de marzo de 1994, n. 49, *ibidem*, pág. 975; y de 6 de octubre de 1994, n. 236, *cit.*

(33) Para indicaciones al respecto, cfr. los escritos enumerados en la nota 3, a los cuales se puede añadir S. CASSESE, *op. cit.*, pág. 313.

(34) Se trata de la obra *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, *cit.*

Cuando se trata de actividad consultiva, el parecer no es vinculante, pero, de hecho, posee tal carácter porque la jurisprudencia tiende a considerar, de oficio, que son inválidas las normas emanadas en contra del dictamen (35).

Si la descrita es la situación del Consejo de Estado francés, no muy distinta parece ser, al menos en lo relativo a la competencia en materia normativa, la del Consejo de Estado belga. Este se divide en dos secciones: una administrativa y otra legislativa. Esta última emite pareceres sobre el texto de todos los proyectos de leyes, de decretos y de ordenanzas, o sobre las propuestas de modificación de los mismos, cuando la consulta sea requerida por el Presidente de una de las Cámaras del Parlamento o por las Asambleas de los entes territoriales indicados en la ley. El dictamen puede ser solicitado también por los Ministros y por los Ejecutivos de los aludidos entes territoriales, cada uno dentro de su competencia, e incluso sobre las propuestas de reglamento. El Primer Ministro y los Ejecutivos de los entes territoriales pueden encargar a la sección legislativa del Consejo de Estado que vuelvan a redactar los proyectos de ley, de decretos, de reglamentos (36).

La comparación ahora entre la situación francesa y belga, por un lado, y la situación italiana, por otro, denota la existencia de notables diferencias en el plano legislativo, en lo concerniente a la función consultiva del Consejo de Estado en la producción de normas. El Consejo italiano aparece dotado de menores poderes y ello prescindiendo de la diversa configuración constitucional de los tres ordenamientos. La Constitución italiana no impide, ciertamente, al Parlamento situar al Consejo de Estado en una posición similar a la de sus homólogos. Demandas en tal sentido se han producido por parte de quienes se han ocupado de la función consultiva ejercitable en el ámbito de la producción de normas (37).

Son frecuentes igualmente las propuestas para revitalizar normas formalmente en vigor, pero no aplicadas de hecho, como las relativas a

(35) Sobre los datos aportados en el texto, cfr. Y. MENY y M. GUERAUDIN, «Consultazione o co-decisione? L'evoluzione del ruolo consultivo del *Conseil d'Etat*», en *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, *cit.*, págs. 397 y ss.

(36) Cfr. los arts. 1 a 6 del Decreto Real de 12 de enero de 1973, publicado en el «*Belgisch Staatsblad*» («*Moniteur Belge*») el 21 de marzo del mismo año. Según la jurisprudencia, el parecer del *Raad van Staate* es un requisito sustancial y su omisión, salvo caso de urgencia, constituye una hipótesis de nulidad del acto.

(37) Vid. A. QUARTULLI, *op. cit.*, págs. 79 y ss.; M. NUNZIATA, «Tractent fabrilia fabri: la consulenza delle supreme magistrature dello Stato quale strumento migliorativo della formulazione tecnica delle leggi», en *Il mondo giurid.* 1992, nn. 25 y 26. El autor mantiene que deben ser también órganos consultivos, además del Consejo de Estado y la *Corte dei Conti*, la *Corte Suprema* y la *Commissione Tributaria Centrale*.

la función estilística y a la función de denuncia, antes recordadas. El argumento ha sido suficientemente expuesto, por lo que no es necesario volver a insistir sobre él.

En cambio, no ha trascendido plenamente, por las razones ilustradas en el apartado II, que el Consejo de Estado italiano esté asumiendo un papel cada vez más relevante en el sector de la producción normativa. El impulso parece habérselo dado la generalización de la deslegalización y el incremento de los proyectos de ley en materias referidas a las atribuciones del Consejo. No puede pasar inadvertido que éste crea las condiciones para que crezca la importancia de su papel.

El análisis de los pareceres llevado a cabo en los apartados anteriores parece demostrar esta tendencia. Se pueden aportar algunos ejemplos:

a) En el ya citado Dictamen sobre la privatización de la relación de empleo con las Administraciones públicas, la Asamblea General extendió de oficio su competencia consultiva a materias conexas. Esto se traduce en que sean objeto de dictamen normas que, si no fuera por el vínculo de conexión, quedarían excluidas.

b) Cuando fue requerida para informar la reforma (después no llevada a buen puerto) del proceso administrativo, la Asamblea General aportó al proyecto de ley originario tantas y sustanciales modificaciones que lo cambió profundamente (38).

c) Si, en el caso anterior, la sustitución de un proyecto de ley por otro tuvo lugar de manera implícita, en una oportunidad posterior (con motivo del Dictamen sobre la propuesta de reglamento regulador del acceso a los documentos administrativos (39)), el Consejo de Estado tachó de inadecuado todo el proyecto del Gobierno, hasta el punto de reformularlo completamente y de utilizar el texto original sólo como pauta.

No se nos escapa que *una reformulación completa equivale a una nueva redacción*. Tanto es así que, después de haber redactado el propio proyecto, la Asamblea General elaboró un comentario a modo de texto de acompañamiento. Esta circunstancia demuestra la escasa consistencia de la distinción entre la consulta sobre un proyecto ya preparado y la redacción de uno nuevo. La sutileza de la diferencia se mani-

(38) La diversidad puede, tal vez, cuantificarse en torno al 60 ó 70% y deriva de la comparación de los dos textos, dispuestos en columnas, publicados en el *Foro amm.* 1990, págs. 301 y ss.

(39) Cfr. el Dictamen de la Asamblea General de 11 de mayo de 1992, n. 75, en *Foro amm.* 1993, pág. 1477.

fiesta también cuando el órgano consultivo reformula algunos artículos, de modo que el resultado efectivo de la suma de sus propuestas hace surgir un texto prácticamente distinto del originario.

En definitiva, la elaboración de un proyecto es una suerte de codificación sobre el producto final, especialmente si existen aspectos a perfilar tras una consulta innovadora. Se puede afirmar que, reconocida la calificación de codecisor al *Conseil d'Etat*, se tiende progresivamente a conceder también esta condición al Consejo de Estado italiano, cuando menos en vía de tendencia. Las distancias al respecto van acortándose. Esto sucede no sólo por los cambios en la legislación, sino también por la ductilidad con la que la Asamblea General interpreta su labor: ésta ha pasado de las materias principales a las conexas, de las consultas a la redacción directa.

Llegados a este punto, habiendo confirmado que el producto normativo ofrecido por el Consejo de Estado es, verdaderamente, de un alto nivel técnico (incluso existe la posibilidad de potenciar su intervención con leyes específicas), resta la cuestión de la eficacia de las sugerencias ofrecidas por el Consejo para la formulación de los preceptos. No existen estudios sobre las correspondencias entre «redacción aconsejada» y «redacción adoptada finalmente por el órgano decisor». Sí se conoce, sin embargo, un precedente negativo: la separación del Dictamen emitido sobre la Ley institutiva de los Tribunales Administrativos Regionales. El Consejo se inclinaba por un proyecto bastante diferente del aprobado por el Parlamento. Motivo por el que, ni siquiera sobre las enmiendas introducidas durante la discusión, volvió el Gobierno a requerir un nuevo parecer (40).

Otro caso, esta vez positivo, no resulta, sin embargo, sintomático porque el Parlamento acogió una enmienda propuesta por el Gobierno antes de que el Consejo de Estado, a su requerimiento, pudiera expresar su opinión. El dictamen fue emitido igualmente en sentido favorable, pero *a posteriori* (41).

A falta de cotejos y de sanciones formales, para el caso de que el parecer del Consejo sea desoído de forma inmotivada, o bien ni siquie-

(40) La consulta formulada sobre el proyecto de ley originario fue respondida por la Asamblea General el 29 de agosto de 1968, con el Dictamen 1903. Sobre el particular, vid. R. LUCIFREDI y V. CAIANIELLO, *I Tribunali amministrativi regionali*, Torino, 1972, pág. 36. El proyecto de ley del Gobierno fue después ampliamente modificado tanto por la Cámara como por el Senado, de modo que «habría sido necesario solicitar al Consejo de Estado un nuevo parecer» (vid. P. VIRGA, *I Tribunali amministrativi regionali*, Milano, 1972, pág. 6).

(41) El supuesto se narra en el Dictamen de la Asamblea de 2 de abril de 1991, n. 35, en *Cons. St.* 1992, I, pág. 1498.

ra solicitado en los casos debidos, debe confiarse en la posibilidad (aplicable sólo a los reglamentos) de que la norma en cuestión llegue al examen del Consejo de Estado en sede jurisdiccional.

También el Consejo italiano, aunque de manera más tenue respecto a sus homólogos francés y belga, «tiene en sus manos los dos cabos de la cuerda; por una parte, el poder consultivo y, por otra, la función jurisdiccional» (42). De todos modos, se constata que, con cualquier excusa, la Asamblea General está trazando con amplitud el límite de su competencia, utilizando su poder consultivo, antes de recurrir al jurisdiccional. Se señalaba, páginas atrás, la generalidad que caracteriza la formulación del art. 100, párrafo primero, de la Constitución italiana, en cuanto configura al Consejo de Estado como órgano de consulenza giuridico-amministrativa. Dicha consideración se justifica aún más frente a las prescripciones contenidas en los arts. 37, 38 y 39 de la Constitución francesa, relativos a la competencia consultiva del *Conseil d'Etat*.

Es verdad, por lo demás, que compete al legislador italiano especificar lo que es genérico. De ese modo, a través de la reformulación de preceptos anteriores a la misma Carta constitucional y parcialmente en desuso, podría impedir la hipótesis de que el Consejo de Estado asuma una posición de codecisión no consentida por las disposiciones constitucionales sobre la producción de normas, ya sea en el momento de la decisión, ya en el ejercicio mismo del poder de iniciativa.

VII.- APOSTILLA

Cuando el presente trabajo se encontraba ya en galeradas, fue promulgada la Ley de 15 de mayo de 1997, n.º 127, de «Medidas urgentes para agilizar (j) la actividad administrativa y los procedimientos de decisión y control». El art. 17 de dicha Ley, párrafos 25, 26, 27, 28, contiene algunas disposiciones que inciden sobre el objeto del estudio enviado poco tiempo antes.

En ese precepto, resulta ciertamente confirmada la necesidad de oír el dictamen obligatorio del Consejo de Estado siempre que se dicten otros normativos del Gobierno y de los Ministros singulares, en el sen-

(42) Cfr. Y. MENY y M. GUERAUDIN, op. cit., pág. 400, con referencia al *Conseil d'Etat*. La sutilidad de la intervención del Consejo de Estado italiano deriva del hecho de que, a diferencia de lo que sucede en Francia y en Bélgica, la no solicitud del dictamen sobre los textos legislativos y reglamentarios o su no observancia injustificada no constituye vicio-razón de interés público, apreciable de oficio.

(j) *Per lo snellimento* en el original (N. del T.).

tido del art. 17 de la Ley de 23 de agosto de 1988, n.º 400, o bien se aprueben textos únicos.

Sin embargo, salvada la hipótesis de dictamen sobre las decisiones de los recursos extraordinarios y sobre los proyectos generales de contratos-tipo, acuerdos y convenciones preparadas por uno o más Ministros, se deroga toda disposición de ley que prevea el dictamen del Consejo de Estado de modo obligatorio. Este punto parece aludir, en una primera lectura y por cuanto aquí interesa, al art. 1 del RDL de 9 de febrero de 1939, n.º 273, es decir, a la actividad consultiva del Consejo de Estado sobre los proyectos de ley que inciden en sus competencias, a lo que es lo mismo una de las materias sobre las que el Alto Consejo ha ejercitado esa actividad muy a menudo y con comprensible cuidado.

Tan es así que, a salvo de una verificación posterior que no puede efectuarse en la presente apostilla, parece haberse omitido de modo jurídicamente incorrecto (ya que la eficacia abrogativa del Real Decreto 273/1939 se produce solamente con la entrada en vigor de la Ley 127/1997), el dictamen del Consejo de Estado sobre las innovaciones que la propia Ley 127 contiene en relación a las atribuciones y ordenación del mismo Consejo.

Se reconocen dichas innovaciones, entre otras, tanto en la abrogación implícita del citado Real Decreto, contenida en el párrafo 26, como en los preceptos normativos del párrafo 28. De hecho, este último prescribe que los pareceres emitidos por el Consejo de Estado sobre los proyectos de actos normativos (tanto los exigidos obligatoriamente por la ley como aquellos facultativos, y comprendida la nueva categoría de dictámenes sobre actos normativos de la Unión Europea) no competen ya a la Asamblea General, sino a una sección consultiva instituida al efecto por la reiterada Ley 127. A la Asamblea General pasarán sólo aquellos dictámenes de particular importancia, definidos y fijados como tales por la sección consultiva recién establecida o por el Presidente del Consejo de Estado.

Siempre en una primera lectura, se puede observar que el haber instituido una sección, expresamente destinada a pronunciarse sobre los proyectos de actos normativos, alivia cuanto se observaba a lo largo del trabajo sobre el incremento experimentado, en los últimos años, por la función consultiva en el tema de la producción normativa. Tanto que ha inducido ahora al legislador a prever para la ocasión una articulación específica del Consejo de Estado.

No obstante, es necesario subrayar que, en una suerte de compensación, el Consejo se ve privado de una parte significativa de sus competencias en el ámbito del procedimiento de creación de normas de ran-

go primario, es decir, de las consultas obligatorias en el sector al que hacía referencia el Real Decreto de 1939, mencionado *supra*.

Todavía sobre el aspecto poco ha aludido de la institución de la sección «legislativa», estiman algunos que el legislador habría pretendido no crear la séptima sección del Consejo de Estado, sino concretar en una de las tres secciones consultivas ya existentes la competencia «exclusiva» para formular dictámenes sobre proyectos de reglamentos y textos únicos.

Se trata de una interpretación, según parece, infundada. En el lenguaje jurídico usual, en efecto *istituire un ufficio* significa crearlo, asignándole funciones, aunque se debe hablar de creación en abstracto, puesto que a la institución deberá seguir la constitución, o sea, la puesta en funcionamiento (43).

Por lo tanto, bajo el perfil de una correcta técnica normativa, si el legislador no hubiese querido crear una nueva sección, habría manifestado su intención estableciendo que una de las tres secciones consultivas existentes debía expresar su opinión sobre reglamentos y textos únicos con exclusividad, mientras los restantes asuntos se distribuían entre las otras dos. En cambio, lo cierto es que la Ley 127/1997, en el art. 17, párrafo 28, establece literalmente que «se instituye una sección consultiva del Consejo de Estado para el examen de los proyectos de actos normativos...».

El mismo verbo «instituir» aparece con igual significado semántico (crear *ex novo*, implantar, y no con el sentido de redistribuir competencias) en los sucesivos párrafos 76 y 79 donde se lee que «se instituye la Agencia autónoma para la gestión del registro (k) de los secretarios municipales y provinciales». Esta a su vez «instituye escuelas regionales e interregionales para la formación y la especialización» de los citados funcionarios.

La aplicación concreta del citado párrafo 28 demostrará si prevalece la interpretación literal (que se diría en este caso correcta) de la ley, o bien una interpretación restrictiva, inspirada en la ideología del ahorro organizativo y con una fuerte tendencia a cambiar el significado de las palabras, haciendo que, cuando menos en hipótesis, instituir un *ufficio* signifique solamente redistribuir competencias entre ese centro y otros preexistentes.

(43) Acerca de la diferencia entre institución y constitución de los *uffici*, cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 1988, 349.

(k) Traduzco *albo* por registro (N. del T.).

EL RÉGIMEN JURÍDICO AMBIENTAL DE PROTECCIÓN DE LAS PLAYAS Y COSTAS. LA PROPIEDAD DE LOS TERRENOS ALEDAÑOS AL MAR

GUILLERMINA PADILLA GÓMEZ

SUMARIO: — I. INTRODUCCIÓN. — II. RÉGIMEN JURÍDICO DE PROTECCIÓN DEL LITORAL: 1. Base constitucional; 2. La institución demanial como técnica de protección; A) Problemas que se plantean respecto al objeto de protección. a) El mar y su ribera como bienes demaniales. b) Ausencia de declaratoria legal expresa de afectación. El importante aporte doctrinal y jurisprudencial. c) Su limitada extensión. B) La necesaria redefinición expansiva del dominio público marítimo-terrestre. C) Alteraciones físicas del dominio público marítimo-terrestre. Su ausencia de regulación. a) Alteraciones naturales. b) Formación de islas. c) Alteraciones artificiales al *litus maris*. D) La ausencia de criterios de afectación al dominio público marítimo-terrestre. a) Su incidencia en el deslinde. b) La defensa de sus bienes ante perturbaciones de terceros. La necesaria remisión a la legislación civil. c) El empleo de técnicas derivadas de la legislación ambiental. 3. El régimen de los usos en el dominio público marítimo-terrestre. A) La garantía del uso común. Su regulación en el Código Civil. B) El fallido Decreto n.º 36 de 5 de abril de 1974. C) La garantía del artículo 37 de la Ley de Protección Penal del Ambiente. 4. La propiedad privada colindante al dominio público (Régimen de las propiedades colindantes). A) La garantía constitucional del derecho de propiedad. B) Su regulación en el Código Civil. C) Limitaciones a la propiedad en la legislación especial. a) Limitación a la propiedad por razones de protección ambiental. b) Limitaciones a la propiedad por razones de interés turístico. c) Otras limitaciones a la propiedad. Especial referencia a la Ley de Navegación. D) Régimen de Servidumbres. 5. La ordenación del territorio. Una alternativa. A) Precedentes concretos de regulación. B) La planificación sectorial. C) La ordenación del litoral desde la perspectiva de la ordenación del territorio. 6. Los Estudios de Impacto Ambiental y la protección del litoral. A) Generalidades. a) Precisión del concepto. b) Actividades que requieren de la elaboración de EIA. III. — CONCLUSIONES.

I.- INTRODUCCIÓN

Antes que todo, quiero expresar mi agradecimiento al Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables y a la Fundación de Educación Ambiental (FUNDAMBIENTE) por su gentil invitación a parti-