

LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DEL CONSEJO DE ESTADO TRAS SU REFORMA POR LA LEY ORGÁNICA 3/2004*

ÁNGEL J. SÁNCHEZ NAVARRO
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad Complutense

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CONSEJO DE ESTADO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.—III. LA REFORMA DEL CONSEJO DE ESTADO EN LA LEY ORGÁNICA 3/2004: 1. *Consideraciones generales*. 2. *La reforma de su composición*: A) El acceso de los ex Presidentes del Gobierno. B) Otras modificaciones relativas a la composición del Consejo. 3. *La reforma de su estructura: en particular, la nueva Comisión de Estudios*. 4. *La reforma de sus funciones: en particular, la elaboración de propuestas legislativas de reforma constitucional y el informe de anteproyectos de reforma constitucional*.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El artículo 107 de la Constitución española define al Consejo de Estado como «supremo órgano consultivo del Gobierno». El trabajo analiza, primeramente, la caracterización de esta función, de naturaleza estrictamente técnico-jurídica y, más específicamente, jurídico-administrativa, en el ordenamiento jurídico español. En un segundo momento, se examina en detalle la reciente reforma producida en el régimen jurídico de este órgano por la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre, y que afecta a su composición, a su estructura interna y a sus competencias. En particular, se argumenta que el punto central de esta reforma viene dado por la atribución al Consejo de unas nuevas facultades, específicamente para la elaboración de propuestas legislativas o de reforma constitucional. Ello, unido a ciertas innovaciones estructurales y procedimentales, plantea diversas dificultades que pueden llegar a afectar a la naturaleza misma de su función consultiva y, especialmente, a la *auctoritas* en que se basa esta institución.

Palabras clave: Consejo de Estado; función consultiva; Ley Orgánica 3/2004; reforma constitucional.

ABSTRACT

The Spanish Constitution defines the Council of State as the «supreme consultative body of the Government». The study tries, first, to deepen in the content of this function, strictly juridical and, more specifically, administrative, in the Spanish legal order. In a second moment, it analyses in depth the recent reform produced in the legal regime of this body by the Organic Act 3/2004, of December the 28th, which modifies its composition, its internal structure and its powers. In particular, it is argued that the main point of this reform has to be found in the new powers given to the Council, specifically to elaborate bills or even proposals of constitutional reform. This new powers, linked to some structural and procedural changes, may pose different problems, which may even affect to the very nature of its consultative function and, especially, to the *auctoritas* on which this institution is founded.

Key words: Council of State; consultative function; Organic Act 3/2004; constitutional reform.

* Este estudio forma parte de un trabajo más amplio, elaborado con ayuda del proyecto de investigación SEJ2004-01039/JURI, del Ministerio de Educación y Ciencia.

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, la Constitución de 1978 consagra la figura del Consejo de Estado en su artículo 107, caracterizándolo como «supremo órgano consultivo del Gobierno» y remitiendo la regulación de su composición y competencias a una Ley Orgánica. Ello dota a este órgano de un relieve constitucional que, sin embargo, contrasta poderosamente con su escasa presencia en la doctrina constitucionalista española, hasta el punto de que ha podido decirse, sin faltar a la verdad, que ésta es «una de las Instituciones menos conocidas del sistema constitucional español»¹.

Tal falta de visibilidad constitucional puede explicarse, sin duda, por muchas razones. Pero ello no justifica la poca atención prestada a un órgano cuya relevancia constitucional se manifiesta, en primer lugar, por el dato formal de su inclusión en la mayor parte de los textos constitucionales españoles desde 1808 hasta hoy. Y que confirma explícitamente el Tribunal Constitucional al afirmar, en su Sentencia 56/1990, que «el Consejo de Estado, pese a la dicción literal del artículo 107 de la CE, que se refiere a él como supremo órgano consultivo del Gobierno, *tiene en realidad el carácter de órgano del Estado con relevancia constitucional al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece*»².

Así las cosas, el Consejo no sólo aparece mencionado en la Constitución, sino que también ejerce una función con unos perfiles constitucionales muy destacados, que se concretan especialmente en su participación en los procesos de elaboración de disposiciones de alcance general. En particular, y desde el punto de vista constitucional, cabe subrayar su intervención en la fase intragubernamental del proceso legislativo: al fin y al cabo, el ordenamiento le atribuye la competencia de dictaminar los anteproyectos de ley (algunos, con carácter preceptivo; todos los demás, cuando así lo estime oportuno el Gobierno) *precisamente* en el momento inmediatamente anterior a su aprobación por el Consejo de Ministros. Una facultad cuya significación institucional no es posible minusvalorar en un contexto de dominio gubernamental de la iniciativa legislativa, plasmada en los proyectos de ley.

Esta posición «discreta», poco dada además a proporcionar titulares a la opinión pública, está, en buena parte, en la base de su continuidad y duración. Porque esta institución ha desempeñado eficazmente sus funciones, contribuyendo a «velar por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico» (en los términos empleados por el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 3/1980, del Consejo de Estado, LOCE) y a mejorar la calidad de la actuación administrativa, tanto en su vertiente particular (actos) como general (disposiciones). Y lo ha hecho mediante su actuación en el preciso momento en que la iniciativa está ya prácticamente definida,

¹ Íñigo CAVERO LATAILLADE (2001), *La función consultiva del Consejo de Estado y su aportación al ordenamiento jurídico*, Madrid, Universidad San Pablo-CEU, pág. 3.

² Fundamento Jurídico 37 (las cursivas han sido añadidas).

«cuando más oportuna puede ser una opinión bien fundada». Ésa es, precisamente, una de las «aportaciones» —si no la aportación básica— de la función consultiva al sistema de control de los poderes³.

De ahí la relativa extrañeza que suscita la atención, hasta ahora inusitada, despertada por el Consejo de Estado desde hace algunos meses. Una atención que responde principalmente a su participación en el proceso de reforma constitucional actualmente en marcha, y cuya articulación ha exigido una importante reforma legal, concretada en la *Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado*⁴. No obstante, y de forma un tanto paradójica, ese mayor interés de la opinión pública por el Consejo de Estado no ha encontrado eco en la doctrina constitucional, que apenas ha prestado ninguna atención a esta reforma. Algo que posiblemente deba explicarse, de una parte, por el escaso tiempo transcurrido desde su aprobación y, de otra, por la falta de controversia política de fondo. En efecto, la adopción de esta Ley culminó un rápido y relativamente plácido proceso, con un grado más que satisfactorio de acuerdo político, del que dan buena cuenta las votaciones parlamentarias⁵.

De cualquier forma, tal falta de atención doctrinal no implica en absoluto que se trate de una reforma menor, de relevancia estrictamente *ad intra* de la organización administrativa en que, con todos los matices conocidos, se integra el Consejo. Por el contrario, y como intentaré exponer en las siguientes páginas, pese a su limitado alcance formal, esta Ley ha modificado tanto la composición como la estructura y las funciones del Consejo, configurándose muy probablemente como la reforma más ambiciosa producida en esta materia en muchos años, tal vez desde antes incluso de la transición⁶. Pero cuyo concreto alcance, al menos por ahora, está por determinar.

Para intentar contribuir a esa determinación, el presente estudio tratará de esbozar, primero, los perfiles constitucionales de la función consultiva que nuestra Norma Suprema atribuye al Consejo de Estado; para, a continuación, analizar la posible incidencia en esa función de la nueva regulación del Consejo. A tal fin, habrá de considerarse, junto a la Ley, el Reglamento Orgánico de 1980, también modificado por el Real Decreto 449/2005, de 22 de abril⁷: al fin y al cabo, como subrayara el Pleno del pro-

³ Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (1988), «El Consejo de Estado en un Estado Social y Democrático de Derecho», en AA.VV., *Gobierno y Administración en la Constitución*, Madrid, IEF, vol. I, págs. 219-221.

⁴ *Boletín Oficial del Estado*, núm. 313, de 29 de diciembre.

⁵ En el Congreso, el texto consiguió 286 votos a favor (PP, PSOE, CIU y CC), 12 en contra (IU y ERC) y 9 abstenciones (básicamente, del PNV: *Diario de Sesiones*, Pleno, VIII Legislatura, núm. 52, de 25 de noviembre de 2004, pág. 2470). El Senado aprobó la Ley, sin modificaciones, por 238 votos a favor y 5 en contra, con 8 abstenciones (*DSS*, Pleno, VIII Legislatura, núm. 25, de 13 de diciembre de 2004, pág. 1188).

⁶ Desde su entrada en vigor, en 1980, la Ley Orgánica del Consejo de Estado había sido antes reformada por las Leyes Orgánicas 13/1983 y 2/1987, de menor alcance y marcado carácter técnico

⁷ *Boletín Oficial del Estado*, núm. 99, de 26 de abril de 2005.

pio Consejo en su preceptivo dictamen acerca de este Anteproyecto, «la LOCE y el Reglamento Orgánico forman una especie de bloque que debe ser entendido... en su intrínseca conexión»⁸.

En todo caso, desde ahora puede adelantarse que, a mi juicio, el aspecto central de la reforma radica en la profunda transformación operada en la noción misma de la función consultiva que la Constitución encomienda a este órgano. Un cambio que, más que una «renovación», puede significar una alteración esencial de esa función, modificando los términos en que es entendida por el propio ordenamiento jurídico, la jurisprudencia y la generalidad de la doctrina. A expensas, evidentemente, de que la práctica concrete las posibilidades que abre la Ley, lo cierto es que su verdadera significación posiblemente irá revelándose al hilo del proceso de reforma constitucional iniciado en esta VIII Legislatura, cuya tramitación podría llegar a suponer, como ha señalado fundadamente algún autor, una «desustanciación de la función que corresponde... al Consejo de Estado, como supremo órgano consultivo del Gobierno»⁹. Una posibilidad de indiscutible trascendencia constitucional dado que es esta función la que, al fin y a la postre, caracteriza y define constitucionalmente a este órgano.

II. LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CONSEJO DE ESTADO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Como se ha dicho desde la doctrina, «el elemento que caracteriza al propio concepto de órgano consultivo es la naturaleza de la actividad desarrollada por este tipo de órganos, es decir, la actividad consultiva»¹⁰. En esos términos, y dada la expresa caracterización del Consejo de Estado como «órgano consultivo» en el artículo 107 CE, resulta evidente la relevancia que adquiere el examen en profundidad de esta función.

Sin embargo, esta tarea encuentra una primera dificultad en la indefinición constitucional de la misma. Porque, como se ha apuntado certeramente, «la determinación de la función a desempeñar por un órgano debería preceder» a su articulación¹¹. Y así parece confirmarse con la mera lectura de la Constitución, al regular prácticamente cualesquiera órganos e instituciones, con independencia de su naturaleza; e incluso otros sujetos que ni siquiera alcanzan esa categoría orgánica o institucional¹². Algo que,

⁸ Dictamen núm. 1484/2004, de 15 de julio, punto IV.F.

⁹ Antonio BAR CENDÓN, «La reforma constitucional y el Consejo de Estado», en el diario valenciano *Las Provincias*, 12 de marzo de 2005.

¹⁰ Tomás FONT I LLOVET (1985), «Órganos consultivos», en núm. 108 de esta REVISTA, pág. 53.

¹¹ Gerardo GARCÍA ÁLVAREZ (1996), *La Función Constitucional del Consejo de Estado*, Barcelona, CEDECS, pág. 29.

¹² Tal es el caso del Rey (art. 56 CE), de las Cortes Generales (arts. 66 y 67), del Gobierno (art. 97), de los Juzgados y Tribunales integrados en el Poder Judicial y de su «órgano de gobierno», el Consejo General (arts. 117.1, 117.3 y 122.2), o del Tribunal Constitucional (art. 161). Lo mismo ocurre con el Defensor del Pueblo (art. 54), el Tribunal de Cuentas (art. 136.1), el Ministerio Fiscal (art. 124.1), las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

de forma llamativa, no ocurre en el caso del Consejo de Estado, escuetamente definido por el ya conocido artículo 107 como «supremo órgano consultivo del Gobierno», sin precisar en absoluto qué puede significar eso y remitiéndose, pues, al desarrollo legislativo.

Es evidente que la Constitución incorpora así unos términos cuyo sentido ha sido muy diferente en cada momento histórico, pese a lo cual designan a la institución que ahora nos ocupa. En otras palabras, es evidente que el Consejo de Estado de hoy es muy distinto o, incluso, puede no tener nada que ver con las figuras que, con el mismo nombre, encontramos en 1526, en los textos de Bayona o Cádiz, en la Constitución francesa del año VIII o en la italiana vigente. Y, sin embargo, todos ellos son Consejos (es más: «de Estado»), que aconsejan/asesoran al Poder Ejecutivo (ya se concrete éste en un monarca absoluto, constitucional, parlamentario, o en un Gobierno); responden a «consultas», emiten «dictámenes» (*avis, pareri*). Así que una misma denominación designa un órgano con fuertes elementos comunes (colegiación, función de consejo, competencia universal), y que han sido capaz de sobrevivir a una transformación absolutamente radical de los sistemas políticos en que actúa.

No obstante, es claro que necesitamos utilizar conceptos más precisos, que permitan perfilar, en la medida de lo posible, cuál es la noción de «función consultiva» ajustada al esquema constitucional español. Y, a tal fin, resulta preciso partir del elemento más general, como es la idea de consejo o consulta al titular del poder. En este sentido, en sus orígenes, la actividad consultiva adquiriría, respecto de los monarcas absolutos, un alcance universal que se proyectaba sobre todas las funciones de éstos, ya fuesen normativas, jurisdiccionales, ejecutivas, etc. Sin embargo, sucesivos procesos de decantación histórica vinieron a perfilar mucho más esa noción: la separación de poderes (especialmente, entre Legislativo y Ejecutivo); la diferenciación, dentro del Ejecutivo, entre Consejos de Ministros (con funciones esencialmente políticas) y Consejos de Estado (más orientados al asesoramiento técnico); la progresiva configuración de los monarcas como poder moderador... Todo ello determina que los Consejos de Estado se reconduzcan a la condición de consejeros del Poder Ejecutivo, y en particular del Gobierno. En algunos países (de hecho, en casi todos los que aún conservan la institución: Francia e Italia, pero también Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Colombia y otros), dicha condición se proyecta sobre un doble campo de actividad. La primera, previa en términos lógicos y cronológicos, es la consultiva, en sentido estricto, que sigue siendo de asesoramiento al Gobierno. La otra, posterior en los mismos términos, implica la asunción de ciertas funciones jurisdiccionales en materia de contencioso-administrativo¹³. Pero en España, perdida esta segun-

(art. 104.1), las Fuerzas Armadas (art. 8) e, incluso, con los partidos políticos, sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales (arts. 6 y 7).

¹³ Algo que, por más que suponga hoy día el modelo «generalizado» de Consejo de Estado, no deja de plantear dificultades, en tanto viene a «exportar» la interpretación francesa —excepcional— de un principio de alcance casi universal hoy día, como es el de la separación de poderes (*vid.* la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de septiembre de 1995, caso *Procola contra Luxemburgo*).

da dimensión, queda reducida a la primera. Y de ahí la importancia de seguir precisando esta noción.

En este sentido, cabe señalar que la función consultiva *stricto sensu* se caracteriza por la confluencia de un triple elemento: de una parte, el subjetivo u orgánico, que se concreta en un órgano que no actúa en virtud de su poder o *potestas*, sino de su *auctoritas*, la cual le otorga su independencia y su capacidad de influencia frente a los demás poderes. De otra, el institucional, que —en estrecha vinculación con el anterior— asegura la autonomía orgánica y funcional de los órganos llamados a ejercerla. Y, finalmente, el elemento objetivo o funcional, que comporta que su asesoramiento se basa en la aplicación de parámetros jurídicos, es un asesoramiento en Derecho¹⁴.

En cuanto al primero de esos elementos, la *auctoritas* o autoridad moral como fundamento de la legitimidad de la intervención de los miembros del Consejo, subyace a todas las descripciones del Consejo de Estado, históricas o actuales. Ya derive de la tradición, ya del prestigio, ya de la calidad y combinación de sus miembros, ya de su formación, de su posición institucional o de las características de su actividad, lo cierto es que esta *auctoritas* que «administra» el Consejo de Estado le permite aparecer como un órgano situado ayer junto al Rey y hoy junto al Gobierno, pero sobre todo capaz de influir en su actividad, de «transfundir» cierta autoridad moral o legitimidad adicional a las decisiones de éste en las que interviene. Y de hacerlo, simplemente, por la fuerza de convicción de sus argumentos, por el reconocimiento de su calidad, y no por la atribución jurídica de ninguna potestad.

En este ámbito, se ha dicho acertadamente que los «Altos Órganos Consultivos», cuyo paradigma es el Consejo de Estado, suponen una cierta institucionalización de la *auctoritas*. De ahí su importancia en unas sociedades a las que resulta «intolerable la sumisión a normas que repugnen a la razón y se impongan por la sola voluntad del que tiene potestad para emanarlas»¹⁵.

Ello es especialmente relevante en el concreto contexto del Estado de Derecho, donde las normas aparecen como una forma de «racionalidad objetivada»¹⁶, y el Consejo de Estado garantiza «con sus dictámenes jurídicos absolutamente independientes el ajuste de los actos de los poderes públicos a la razón, especialmente a la razón jurídica para que dichos actos se encuadren en el Estado razonable de Derecho querido por la Constitu-

¹⁴ Otros elementos podrían seguramente reconducirse a los anteriores. En particular, la nota de colegialidad probablemente deba vincularse, desde los orígenes de los Consejos, a la de la *auctoritas*, en tanto ésta encontraba una traducción y garantía institucional precisamente por el sometimiento de los asuntos (consultas) a diversas, y autorizadas, opiniones, de las que resultaba el dictamen final.

¹⁵ Ignacio GRANADO HUELMO (2001), «Técnica legislativa y función consultiva», en *Anuario Jurídico de La Rioja*, núms. 6-7, págs. 188-194.

¹⁶ Landelino LAVILLA ALSINA (1998), «La Administración consultiva del Estado», en Enrique ÁLVAREZ CONDE (Coord.), *Administraciones Públicas y Constitución: reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución española de 1978*, Madrid, INAP, pág. 474.

ción». Porque, en otro caso, devienen *arbitrarios y deslegitimados* y, por lo mismo, inaceptables en términos estrictamente jurídicos¹⁷.

De este razonamiento se desprenden ya las otras dos nociones antes aludidas. En efecto, en cuanto a la independencia (orgánica y funcional), es claro que la *auctoritas* que proporciona el saber social e institucionalmente reconocido requiere un contexto que le proteja frente a instrucciones o presiones externas, que puedan desvirtuarlo. Por ello, la posición del órgano consultivo, que no «participa directamente» en la elaboración del acto o disposición sometido a consulta, permite al Consejo de Estado observarlo «desde una perspectiva general o de conjunto»¹⁸.

Respecto de la segunda, la utilización de criterios jurídicos o «juridicidad», cabe decir asimismo que es un elemento esencial de la función consultiva que la Constitución atribuye al Consejo de Estado. Así parece desprenderse de la caracterización que hace el artículo 2.1 de su Ley Orgánica, según el cual éste «velará por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico». No obstante, la Ley señala a continuación que «valorará [asimismo] los aspectos de oportunidad y conveniencia cuando así lo exija», bien «la autoridad consultante», bien unas circunstancias que se delimitan recurriendo a conceptos jurídicos indeterminados, como son «la índole del asunto» o «la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines».

El alcance de este último inciso centró, precisamente, el debate parlamentario sobre la Ley de 1980. La posibilidad de que el Consejo pudiese hacer valoraciones según criterios de «oportunidad y conveniencia», que en última instancia pudiesen reconducirse a criterios políticos, provocó el tajante rechazo del texto por parte de un sector minoritario. Mientras que la mayoría se cuidó de subrayar que la aceptación de esa fórmula no implicaba una «politización», que también se rechazaba.

La configuración propiamente jurídica de la función atribuida al Consejo se refuerza con el análisis detallado de las competencias que le atribuyen los artículos 21 y 22 de la LOCE, cuyo ejercicio exige una actuación siempre sujeta a reglas jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza¹⁹.

También el Tribunal Constitucional ha afirmado inequívocamente la naturaleza técnico-jurídica de la función consultiva del Consejo cuando

¹⁷ Ignacio GRANADO HUELMO (2001: 188 y ss.)

¹⁸ Vid. Ana Isabel SANTAMARÍA DACAL (2002), «El Consejo de Estado», en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (Dir.) y María CALVO CHARRO (Coord.), *La Administración Pública Española*, Madrid, INAP, pág. 735.

¹⁹ Así, en las consultas sobre anteproyectos de ley (arts. 21.2, 21.7, 22.4 LOCE), o sobre la «impugnación de disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas ante el Tribunal Constitucional» (22.6), el Consejo habrá de considerar los aspectos de constitucionalidad que corresponda valorar en cada caso. En otros casos, el parámetro habrá de incluir las reglas contenidas en los Tratados internacionales o del Derecho comunitario europeo (21.2, 22.2), así como las demás que, en su caso, puedan ser de aplicación en el ordenamiento interno. Sobre esta materia, vid. Jerónimo AROZAMENA SIERRA (1991), «La función consultiva del Consejo de Estado», en *Documentación Administrativa*, núm. 226, págs. 132 y ss., especialmente pág. 143; y Áurea M.^a ROLDÁN MARTÍN (1998), «La función consultiva de relevancia constitucional», en Enrique ÁLVAREZ CONDE (Coord.) (1998: 480 y ss.).

afirma que éste es «un órgano dotado de independencia funcional para la tutela de la legalidad y del Estado de Derecho», que «se ha venido configurando históricamente como órgano consultivo de las Administraciones públicas» (STC 204/1992).

Y, como no podía ser menos, el propio Consejo de Estado concibe su función en términos muy similares. Así, en línea con la posición de sus homólogos francés e italiano, ha afirmado que «cuando se trata de elaborar una ley, el dictamen se ha de constreñir a la constitucionalidad del anteproyecto, a su coordinación con el resto del ordenamiento jurídico y a cuestiones formales o de técnica normativa. También puede valorar los aspectos de oportunidad y conveniencia cuando lo exija la índole del asunto, pero sin olvidar que es al legislador en última instancia, y al titular de la iniciativa legislativa en primer lugar, a quien corresponde ejercer la opción política de las medidas, y que la prudencia aconseja no aventurarse en juicios de oportunidad si no se pueden hacer con conocimiento de causa o razonablemente». En definitiva, «al Consejo... no le compete resolver controversias, sino ilustrar a la autoridad competente para decidir las»²⁰.

Otro tanto resulta de la experiencia de los principales Consejos de Estado existentes en una perspectiva comparada, el francés y el italiano. En ambos casos, su composición profesionalizada, su estructura y la dualidad funcional que conservan (consultiva y contencioso-administrativa) refuerzan la naturaleza estrictamente técnico-jurídica de sus funciones. Al igual que ocurre, de nuevo en nuestro ordenamiento, con los órganos consultivos autonómicos, configurados como «órganos que dictaminan en estrictos términos de legalidad»²¹, cuyos miembros son juristas, porque «así lo requiere el carácter jurídico (no político o de oportunidad) del control que ha de llevarse a cabo» y cuyo «parámetro es estrictamente normativo, sea la Constitución, el Estatuto de Autonomía o una Ley», empleando «las reglas de interpretación y argumentación que conforman el método jurídico»²².

Esta caracterización de la función consultiva del Consejo es precisamen-

²⁰ Las citas proceden de los dictámenes 3071/1996, de 4 de septiembre, y 50.169, de 21 de mayo de 1987, recogidos en Antonio PÉREZ-TENESSA (2003), *Compendio de la doctrina del Consejo de Estado*, Madrid, Consejo de Estado-Boletín Oficial del Estado, págs. 23-25. Para este mismo autor, las consultas al Consejo de Estado son de carácter «estrictamente jurídico» o, por mejor decir, legal (...) al menos, así lo entiende el propio Consejo, que se limita a examinar la legalidad de la cuestión planteada en el expediente y a dictaminar... Jamás se le ha ocurrido, aun dentro de un planteamiento estrictamente jurídico, buscar un cauce nuevo, no expresamente previsto en la normativa vigente, para decir al consultante *cómo* se podría hacer aquello; en estos casos se ha limitado a responder *que no se puede*» [A. PÉREZ-TENESSA (1979), «Perspectivas del Consejo de Estado», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 22, págs. 345-347]. Una concepción que explica, en buena medida, la mencionada caracterización del Consejo como «una institución... de actuación *discreta*» [Íñigo CAVERO LATAILLADE (1998), «La alta función consultiva: Consejo de Estado y órganos consultivos semejantes de las Comunidades Autónomas. Perspectiva actual y de futuro», en *Constitución y el nuevo diseño de las Administraciones estatal y autonómica*, Madrid, Dirección del Servicio Jurídico del Estado-Civitas, pág. 592].

²¹ V. GARRIDO MAYOL (2004), «Veinticinco años de función consultiva», en *Revista de Derecho Político*, Madrid, UNED, núms. 58-59, págs. 580, 583, 572, 575.

²² J. L. LÓPEZ GONZÁLEZ, «Los Consejos Consultivos autonómicos», en *www.iustel.com*, epígrafe 2.d.

te la que explica el práctico monopolio de su estudio por parte de los cultivadores del Derecho administrativo. Los cuales, por lo demás, son unánimes en este punto: ya en 1957, el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA señalaba que «basta examinar las listas de consultas preceptivas para concluir que la intervención del Consejo de Estado suele ordenarse primordialmente a garantizar el funcionamiento objetivo de la Administración por relación a otros poderes constitucionales..., o... frente a los particulares..., o, más simplemente aún, ... frente a las leyes que limitan —precisamente— su actividad... Esto explica también la naturalidad con que el Consejo es capaz de convertirse en cualquier momento en órgano jurisdiccional, más o menos formalmente, y cohesionar tal función con la función propiamente de consulta»²³.

En la misma línea, Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO afirma «el carácter fundamentalmente jurídico» de esta función, dado que «el supremo objetivo de la consulta... no pued[e] referirse más que a la constitucionalidad y legalidad de la decisión en la que se integra y [que] subsumen los demás juicios técnicos y de oportunidad»; los cuales, además, «no pertenecen a una sustancia ajena a lo jurídico»²⁴. Y GARCÍA ÁLVAREZ escribe que «la actividad del Consejo es fundamentalmente jurídica, pero habrá de tener en cuenta la eficacia administrativa e incluso criterios de oportunidad», si bien sólo en ciertos casos que constituyen, por lo demás, «fundamentalmente... una concesión a la tradición que no deja de ser un factor distorsionante de la posición del Consejo de Estado». Porque «la realidad es el cometido *únicamente jurídico* que el Consejo... desempeña en la actualidad...; por tanto la *oportunidad* no podrá basarse en criterios políticos ni en otros criterios técnicos que no sean los jurídicos»²⁵.

En definitiva, esa misma es la valoración que del órgano y su función hacen también los constitucionalistas, razón por la cual apenas se han ocupado del mismo: en palabras de PÉREZ TREMPs, «desde el punto de vista de la naturaleza de su función», sus «dictámenes son de carácter *estrictamente jurídico*»²⁶.

²³ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (1957), «Aspectos de la Administración consultiva (Prólogo a la traducción española de Mooney)», en núm. 24 de esta REVISTA, págs. 183-184. Casi treinta años —y una transición política— después, T. FONT I LLOVET (1985: 83) reivindicaba «esta excelente síntesis del significado de las competencias consultivas del Consejo», reforzado ahora «por la determinación teleológica de su función» en el artículo 2.1 de la LOCE.

²⁴ Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO (1988: 225-226).

²⁵ Gerardo GARCÍA ÁLVAREZ (1997), *Función consultiva y procedimiento: régimen de los dictámenes del Consejo de Estado*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 38. Las referencias podrían multiplicarse, pero no parece necesario, ni siquiera conveniente. En consecuencia, valga para finalizar la opinión de que «corresponde al Consejo..., en el ejercicio de la función consultiva... la comprobación o verificación, desde postulados, sobre todo, de legalidad, si las opciones políticas, plasmadas en los correspondientes anteproyectos legislativos, se desenvuelven dentro del marco propio que al legislador asigna la Constitución, pero no sólo de las reglas y procedimientos que dirigen y conforman la acción legislativa, sino, además, de los principios y valores que conforman un Estado social y democrático de Derecho, tal como proclama y prescribe la Constitución, desde el primero de sus artículos» [Jerónimo AROZAMENA SIERRA (1996), «La caracterización constitucional del Consejo de Estado», en *Documentación Administrativa*, núms. 244-245, págs. 138-139].

²⁶ Pablo PÉREZ TREMPs (2002), «La Administración Pública», en Luis LÓPEZ GUERRA *et alii*, *Derecho Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch (5.^a ed.), vol. II, pág. 202.

A la vista de este contexto de práctica unanimidad normativa, jurisprudencial, institucional y doctrinal, no puede resultar extraño que la misma concepción del Consejo, estrictamente técnico-jurídica, y específicamente jurídico-administrativa, predomine también en la opinión pública, como se ha manifestado últimamente en alguna ocasión²⁷.

Considerando todos estos elementos, la «función consultiva» se ha definido como aquella «que tienen encomendada los *juristas*», los cuales «la desarrollan en el seno de órganos independientes de cualquier poder», y «consistente en responder *autorizadamente* a las consultas que se les formulen sobre el *fundamento que en Derecho* tengan pretensiones, proyectos o cuestiones sobre las que existan o puedan suscitarse *dudas jurídicas*»²⁸. Y el Consejo de Estado como «un órgano de asesoramiento jurídico del Gobierno como órgano colegiado que constitucionalmente tiene encomendada la dirección de la Administración», cuya «función... es proporcionar al Consejo de Ministros... una opinión independiente de la de la Administración activa y jurídicamente fundada que permita a un órgano político... tomar una decisión propia y además que esa decisión sea conforme a Derecho». A través de esa labor, el Consejo tutela «la legalidad en la actuación administrativa e, indirectamente, ... los derechos de los ciudadanos»²⁹.

Al mismo tiempo, la aplicación de esos criterios característicos permite distinguir esta función consultiva en sentido estricto de las tareas de asesoramiento que desempeñan otros muchos órganos o instituciones previstos en el ordenamiento. Algunas veces, porque su función no es estrictamente asesora, extendiéndose al gobierno o la administración de algún ámbito de actividad pública (Consejo General del Poder Judicial), o, muy señaladamente, a la participación de intereses sociales afectados por la actividad de los poderes públicos (caso de la mayor parte de los «Consejos»: Económico y Social, Escolar del Estado, etc.). Otras, porque su inserción en la Administración activa afecta a su posición institucional (Secretarías Generales

²⁷ En este sentido, cabe recordar el reciente editorial que *El País* dedicó al «dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Educación», que «considera dicho texto legal correcto en su tramitación y acorde con la Constitución, pero introduce algunas observaciones que no pueden dejar de inquietar al Ministerio». Según el primer diario español, «algunos de los conceptos manejados por el dictamen suscitarán el máximo acuerdo... Pero hay aspectos del dictamen que tienen *claros ecos políticos*. Se trata de valoraciones más propias de un órgano legislativo, *que difícilmente casan con el papel del Consejo de Estado como supremo órgano consultivo del Gobierno y cuya función principal radica en velar por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico*. Es cierto que en el caso de los proyectos de ley el Consejo de Estado debe dictaminar también sobre la oportunidad de la legislación, pero *este dictamen parece desbordar incluso este juicio de oportunidad jurídica para entrar en el juicio político e ideológico*». Es más: «precisamente por la necesidad de un acuerdo» en una materia como la que constituye el objeto del dictamen, «no parece lo más recomendable que sea un organismo arbitral el que eche más leña al fuego». En definitiva, la mera presencia de valoraciones que parecen basarse en criterios de oportunidad más política que estrictamente técnica provoca la crítica global del análisis («Dictamen polémico», 17 de julio de 2005, pág. 12; cursivas añadidas).

²⁸ I. GRANADO HIJELMO (2001: 188 y 200; cursivas añadidas).

²⁹ G. GARCÍA ÁLVAREZ (1994), *La función constitucional del Consejo de Estado* (tesis doctoral), págs. 603, 8 y 802.

Técnicas, asesorías jurídicas departamentales, etc.). Otras, por la utilización más o menos frecuente de criterios extrajurídicos, ya sean políticos, económicos, sociológicos, etc. (gabinetes, asesorías económicas, «gabinetes de prospectiva» u otros órganos especializados, a veces hasta grados elevadísimos).

Así concebida, la función consultiva encuentra su máxima expresión, su «paradigma»³⁰, en el Consejo de Estado. Y así lo entiende, sin ir más lejos, el Tribunal Constitucional al exigir que los órganos consultivos autonómicos sean equivalentes al Consejo «en cuanto su *organización y competencias*», de forma que estén dotados de «características de *organización y funcionamiento* que aseguren su *independencia, objetividad y rigurosa cualificación técnica*» (STC 204/1992, de 26 de noviembre).

A la vista de todo lo expuesto, resulta claro que es prácticamente imposible recrear —ni en las Comunidades Autónomas ni en otros ámbitos— órganos estables cuya composición y estructura reúnan características similares a las del Consejo de Estado³¹. En este sentido, los Consejos autonómicos, por lo general, se configuran como órganos compuestos íntegramente por juristas, optando por una legitimación basada fundamentalmente en su competencia y, por tanto, en la objetividad esperable de sus opiniones, que se refuerza mediante mecanismos que pretenden asegurar una cierta independencia orgánica y funcional. Otra cosa es que, en la práctica, estos objetivos puedan considerarse cumplidos en mayor o menor grado.

Resulta así que la equivalencia entre el paradigma constituido por el Consejo de Estado y cualquier otro órgano asesor o consultivo sólo puede basarse en elementos relativos a sus competencias, o al modo de ejercerlas. Ello suscita directamente la cuestión del alcance de la supremacía que la Constitución predica del Consejo de Estado. Porque, como ha reiterado la doctrina, en la «administración consultiva» la idea de supremacía no alude a la existencia de una jerarquía propiamente dicha (como la que es propia de la Administración activa), más allá de la que pueda establecerse en el seno del propio Consejo entre el Pleno y su Comisión Permanente³². En este ámbito, pues, la supremacía del Consejo, cuyo primer apoyo estrictamente formal reside en el hecho de su expresa afirmación constitucional, tiene una proyección orgánica, pero sobre todo se manifiesta en términos funcionales, concretándose en varios rasgos.

³⁰ Landelino LAVILLA ALSINA (1998: 469).

³¹ Ciertamente, sí es posible reunir en un órgano a personalidades de gran prestigio: son las «Comisiones de sabios» o «de expertos», tan frecuentes en Francia, por ejemplo, para formular propuestas de reformas, ya constitucionales (Comisión Vedel, 1992), ya legales (Comisión Stasi, 2003); y tampoco desconocidas en España (recuérdese el «Consejo para la reforma de los medios de comunicación de titularidad del Estado», constituido por el Real Decreto 744/2004, de 23 de abril). Sin embargo, estos Comités, cuya legitimidad procede básicamente del prestigio reconocido de sus miembros, suelen crearse con un objetivo concreto y con un carácter temporal vinculado al mismo (normalmente, un plazo para la elaboración de su informe), transcurrido el cual dejan de existir.

³² Artículo 2.2, párrafo 3.º, de la LOCE vigente (antes, 2.4): «Los asuntos en que hubiere dictaminado el Pleno del Consejo de Estado no podrán remitirse a informe de ningún otro cuerpo u órgano de la Administración del Estado. En los que hubiere dictaminado la Comisión Permanente, sólo podrá informar el Consejo de Estado en Pleno».

En términos orgánicos, la supremacía del Consejo viene referida a su vinculación directa, *ex* artículo 107 CE, al Gobierno como órgano constitucional competente para dirigir la política y, sobre todo, la Administración del Estado. En el ámbito político, según parece desprenderse con claridad de todo lo expuesto, el Consejo no tiene —ni debe tener— nada que decir. En palabras, una vez más, de Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO, «el juicio del Gobierno debe ser un juicio político», y dado que el Gobierno «no ha de consultar a nadie» sus decisiones políticas, «la suprema consulta que éste necesita se refiere siempre a la comprobación de si se satisfacen y respetan principios, exigencias, procedimientos y valores constitucionales que son el límite y el fundamento de la acción del Gobierno en un Estado de Derecho»³³.

Ahora bien: esa vinculación directa al Gobierno implica simultáneamente un primer rasgo funcional, que radica en la atribución al Consejo de una competencia general o universal. Porque, en efecto, el ámbito de actuación del Gobierno se extiende hasta comprender, y exceder, el de todos los Departamentos ministeriales. Por eso, el Consejo de Estado puede llevar a cabo su función con una perspectiva global o de conjunto de la que carecen todos los órganos sectoriales. Ello explica la regla según la cual «corresponderá en todo caso al Consejo de Ministros resolver en aquellos asuntos en que, siendo preceptiva la consulta del Consejo de Estado, el Ministro consultante disienta del parecer del Consejo» (art. 2.2, párrafo 4.º, LOCE). De esta forma, el dictamen preceptivo del Consejo aparece como «cuasi-vinculante para los ministros singulares» y, caso de discrepancia entre consultante y Consejo, este precepto opera como regla de modificación de competencias a fin de que sea el Consejo de Ministros, como suprema expresión del Gobierno, el único que pueda «apartarse del dictamen, con la única carga de motivar su decisión»³⁴.

El segundo rasgo funcional que concreta el principio de supremacía supone que, según la LOCE, «los asuntos en que hubiera dictaminado el Pleno del Consejo de Estado no podrán remitirse a informe de ningún otro cuerpo u órgano de la Administración del Estado». Este «carácter final» de sus dictámenes les otorga una significación exclusiva y no compartida con ningún otro órgano: como resalta DE LA QUADRA-SALCEDO, «la obligación de consultar antes de actuar o decidir» que el constituyente quiso garantizar «aporta... algo que se deduce del *momento en que se inscribe en el proceso de toma de decisión*», que es, específicamente, «la oportunidad del momento en que se emite». Porque «el objeto del *control consultivo* no es la política general de la autoridad, sino las decisiones concretas plasmadas en proyectos de disposiciones o resoluciones; aquí, a diferencia del control parlamentario o del control de la opinión pública, no se debaten cuestiones de política general, sino proyectos concretos»; respecto de los cuales los órganos consultivos son «prácticamente... los únicos capaces de poder intervenir». En definitiva, «ese carácter de propuestas o proyectos los hace

³³ Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO (1988: 225-226).

³⁴ G. GARCÍA ÁLVAREZ (1994: 603 y 653).

poco o nada susceptibles de los controles clásicos: parlamentarios, judiciales o de opinión pública... justo en el momento en que más oportuno, más eficaz, más accesible y más admisible por parte de la autoridad que ha de tomar la decisión puede ser una opinión bien fundada»³⁵.

Pues bien: esa función del Consejo de Estado se desarrolla a través de varias vías. La más típica y conocida de todas ellas es la del dictamen, emitido en respuesta a una consulta que puede ser preceptiva o facultativa. La elaboración de dictámenes constituye la principal actividad del Consejo, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, y la que le permite abarcar todos los ámbitos de la Administración a través, fundamentalmente, de las consultas cuya solicitud es preceptiva.

Sin embargo, la LOCE prevé otros mecanismos que permiten al Consejo expresar opiniones sin responder a una consulta, por iniciativa propia: de una parte, las observaciones incluidas en las «Memorias»; de otra, las propuestas o mociones, en franco declive³⁶. En todo caso, la orientación y el alcance de estos mecanismos no admiten dudas: la LOCE los define mediante fórmulas inequívocas, vinculándolas al resto de las competencias que el Consejo tiene atribuidas, y por tanto al ámbito de las consideraciones jurídico-administrativas que puedan suscitarse a partir de «la experiencia de sus funciones», o «de los asuntos consultados», como atestiguan, por lo demás, los temas tratados por estas vías.

Precisamente, este aspecto de la actividad del Consejo ha sido, como veremos inmediatamente, uno de los reformados por la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre. Algo que diversos autores habían postulado ya antes a la vista, sobre todo, de la experiencia del *Conseil d'État* francés, y del desarrollo de su actividad de informes y estudios. Así, por ejemplo, Íñigo CAVERO consideraba estas facultades como «competencias de gran alcance», que «no siempre han sido aprovechadas pues pueden servir de cauce a iniciativas propias y a aspiraciones sectoriales bien fundadas, completándose así la posición institucional meramente receptiva del órgano consultivo»³⁷. Mientras GARCÍA ÁLVAREZ sugería también la conveniencia de reforzar estas facultades, que «deberían ser instrumentos fundamentales» para su labor, hasta el punto de «plantearse el caso de que el Consejo de Estado se dirija al Consejo de Ministros para proponer la adopción de una norma reglamentaria, incluso proponiendo un articulado ya redactado». Algo posible siempre que, advierte, se salve «el único obstáculo que dificulta que el Consejo de Estado pueda formular proyectos de disposiciones reglamentarias directamente aprobables por el Consejo de Ministros», que sería «el trámite de audiencia, en los casos en que proceda»³⁸.

En todo caso, y cualquiera que sea la forma que adopte, parece claro que no toda la actividad del Consejo en el ejercicio de su función consulti-

³⁵ Tomás de LA QUADRA-SALCEDO (1988: 219, 221, 223 y 225). En definitiva, como sintetiza I. CAVERO, el Consejo «tiene la última palabra antes de la decisión» (2001: 10).

³⁶ Artículos 2.3, 20.1 y 20.2 LOCE, y 143 y 144 del Reglamento Orgánico (ROCE).

³⁷ Íñigo CAVERO LATAILLADE (2001: 7).

³⁸ Gerardo GARCÍA ÁLVAREZ (1994: 13 y 224-227).

va es igual, ni tiene la misma relevancia³⁹. Ciertamente, puede considerarse unitariamente desde muchos puntos de vista, atendiendo a su autor, a su naturaleza (que, en tanto supone el ejercicio de una misma función, es única, caracterizándose, según los términos del artículo 2.1 LOCE, como una garantía de «la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico», según parámetros técnico-jurídicos) o al instrumento en que se manifiesta (principalmente, en el caso de España, el dictamen). Pero esa actividad puede contemplarse igualmente desde otra perspectiva, la del objeto de la consulta, que permite resaltar la «diversidad objetiva de las actividades administrativas» en que el dictamen se inserta. Ello adquiere especial importancia cuando se pretende analizar los perfiles constitucionales de la función consultiva. Porque aunque esta función tenga un significado y un perfil constitucional unitario, e incluso un único modo de expresión en la práctica (el dictamen), no todas sus manifestaciones, no todos sus dictámenes, tienen la misma relevancia. Algo similar, cabría decir, a lo que ocurre con la compleja función que la Constitución atribuye al Gobierno, cuya indiscutible naturaleza de órgano constitucional no atribuye a todos sus actos la misma significación. Así, por ejemplo, atendiendo al alcance de los asuntos sobre los que recae la consulta, no parece descabellado afirmar que la intervención del Consejo «tiene especial trascendencia cuando lo consultado... son proyectos de disposiciones generales, ya que éstas, al estar llamadas a incardinarse en el ordenamiento jurídico, serán susceptibles de reiteradas aplicaciones y, por tanto, de generar efectos sobre toda la ciudadanía»⁴⁰.

Ahora bien: la significación de estas diferencias también depende del ámbito material en que se manifiestan. En particular, cuando el Consejo de Estado se ve llamado a ilustrar con sus dictámenes al Gobierno en asuntos que trascienden la órbita que podríamos denominar «estrictamente ejecutiva». Una órbita identificable, en los términos utilizados por el artículo 97 CE, como aquella que comprende la dirección de la Administración civil y militar, la función ejecutiva y la potestad reglamentaria, y que se caracteriza por la existencia de un riguroso control jurídico externo. En efecto, dentro de ese ámbito el Gobierno está sujeto a unos límites objetivos, plasmados en la ley, y cuya efectividad aseguran los órganos jurisdiccionales. En ese marco, los Consejos no aparecen, por recuperar los términos utilizados en las Cortes Constituyentes por el Senador Martín-Retortillo, como «órganos de gobierno», sino sólo como meros «órganos de asesoramiento», ante los que «no hay recelo»⁴¹. Y el Consejo interesa casi exclusivamente desde la perspectiva del Derecho administrativo, ya que el objeto de su tarea está constituido por disposiciones reglamentarias, recursos u otras iniciativas de naturaleza estrictamente administrativa.

No ocurre lo mismo, sin embargo, cuando el Gobierno actúa fuera de

³⁹ Alessandro PAJNO (1998), «Dalla garanzia sugli atti alla garanzia sulle regole: Il Consiglio di Stato e la funzione consultiva», en G. PALEOLOGO (a cura di), *I Consigli di Stato di Francia e d'Italia*, Milano, Giuffrè, págs. 125 y ss.

⁴⁰ Ignacio GRANADO HIJELMO (2001: 193).

⁴¹ *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 50, de 6 de septiembre de 1978, págs. 2369-2370.

esa órbita «objetivada». Porque cuando ejerce su función de dirección política, tanto interior como exterior, no operan tales controles externos y *a posteriori* (salvo, si acaso, en una medida mucho menor y con muchos matices). En ese ámbito, que se actúa muy particularmente mediante la facultad de iniciativa legislativa, la responsabilidad del Gobierno se concreta en términos políticos, tanto «difusos» (ante la opinión pública) como «institucionalizados» (ante el Parlamento, dentro del cual asumen un protagonismo específico las minorías). En otras palabras, en los sistemas democráticos parlamentarios, en los que el Gobierno emana de la mayoría social articulada como mayoría parlamentaria, ése es el ámbito que se reserva para que el Gobierno (respaldado por «su» mayoría) «dirija la política», «haga política», aplique su programa, defina sus prioridades. Todo ello dentro del ámbito definido, en términos generales, por la Constitución.

Ciertamente, también en este ámbito los artículos 21 y 22 de la Ley Orgánica contemplan con toda normalidad la intervención del Consejo de Estado en ciertos casos, ya sea con carácter preceptivo o facultativo. De esta forma, algunos anteproyectos de ley, o los decretos legislativos, deben ser dictaminados con carácter preceptivo; y todos pueden serlo con carácter facultativo siempre que el Gobierno les reconozca «especial trascendencia o repercusión», dada la competencia general del Consejo. Ahora bien: la consulta preceptiva de anteproyectos legislativos aparece como una excepción referida siempre a supuestos en que la norma, pese a su rango legal, viene a desarrollar, ejecutar o cumplir otras normas jurídicas que la ley nacional no puede desconocer. Mientras que las consultas sometidas voluntariamente al Consejo por el Gobierno son también muy escasas, por más que su relieve pueda hacer pensar otra cosa.

Precisamente por ese contexto de «mayor politicidad» y «menor juridicidad», es en este ámbito donde la experiencia histórica, tanto española como comparada, muestra que la intervención del Consejo de Estado puede conducir a su consideración como «órgano de gobierno», y no «de asesoramiento», en los términos ya conocidos. Porque, al fin y al cabo, si la función consultiva consiste en «velar por la observancia de la Constitución y del resto del Ordenamiento jurídico», ante un anteproyecto de ley apenas queda otro parámetro que la Constitución y, en su caso, los plasmados en los Tratados e instrumentos internacionales, o en el Derecho comunitario.

En definitiva, en el ámbito de la dirección política prevalece la dimensión política, las opciones políticas de fondo. Como lo expresa el propio Consejo de Estado, «cuando se trata de elaborar una Ley, el dictamen se ha de constreñir a la constitucionalidad del anteproyecto, a su coordinación con el resto del ordenamiento jurídico y a cuestiones formales o de técnica normativa. También puede valorar los aspectos de oportunidad y conveniencia cuando lo exija la índole del asunto, pero *sin olvidar que es al legislador en última instancia, y al titular de la iniciativa en primer lugar, a quien corresponde ejercer la opción política de las medidas*». Es más: aun cuando «el Reglamento orgánico de este Consejo le habilita para sugerir textos alternativos a los sometidos a su consideración, lo cierto es que, al abordarse... la consideración potestativa de un anteproyecto de ley, *puede pacíficamente convenirse*

que la formulación de la concreta redacción de su articulado corresponde al órgano constitucional titular de la potestad legislativa. En tales circunstancias, una inmisión por parte de este Consejo en tal campo supondría, cuanto menos, una injerencia de difícil justificación en el campo de actuación de otro órgano constitucional»⁴². Una opinión que comparte también la doctrina, y que se ajusta igualmente a la situación existente en Francia o en Italia, donde, además, la profesionalización del Consejo y su vertiente jurisdiccional hacen prácticamente imposible que ese órgano se plantee una intervención no estrictamente sujeta a reglas jurídicas firmemente establecidas.

III. LA REFORMA DEL CONSEJO DE ESTADO EN LA LEY ORGÁNICA 3/2004

1. Consideraciones generales

Los argumentos anteriores cobran nueva significación y actualidad a la vista de la reiterada Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre, que, a mi juicio, introduce elementos que pueden llegar a transformar profundamente la noción misma de la función consultiva que la Constitución encomienda al Consejo. En particular, y a la luz de cuanto se ha expuesto, la inclusión entre los asuntos que exigen dictamen del Consejo de Estado en Pleno de «los Anteproyectos de reforma constitucional, cuando la propuesta no haya sido elaborada por el propio Consejo de Estado» (art. 21.1), y, sobre todo, la atribución al Consejo de la competencia de «elaborar las propuestas legislativas o de reforma constitucional que el Gobierno le encomiende» (art. 2.3 LOCE) presentan serias dificultades de encaje constitucional, e incluso podrían llegar a afectar a la posición institucional de este órgano.

El alcance de la reforma no deja de sorprender, por lo demás, a la vista de una Exposición de Motivos aparentemente continuista, que comienza reconociendo el «papel determinante [del Consejo de Estado] en la garantía de la calidad, la técnica y el rigor de la actuación del Ejecutivo, llevando a cabo una labor capital en la defensa del Estado de Derecho», con la cual «ha sabido garantizar [eficazmente] la calidad jurídica de las disposiciones y actuaciones de la Administración pública». En consecuencia, se afirma el «propósito de fortalecimiento de la institución», adoptándose a tal efecto diversas medidas que afectan, sucesivamente, a su composición, a su estructura y a sus competencias.

En efecto, en primer lugar, y «con el ánimo de enriquecer y potenciar tan relevante función consultiva, se ha estimado conveniente incorporar al Consejo de Estado a los ex Presidentes del Gobierno», para lo cual «se crea la categoría del Consejero nato con carácter vitalicio». A continuación, se crea «una Comisión de Estudios en el seno del Consejo de Estado», estableciendo «fórmulas que permitan al Consejo... contar con la colaboración del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y de otros organismos

⁴² Dictámenes 3071/1996, de 4 de septiembre, y 47.451, de 19 de junio de 1985, recogidos en Antonio PÉREZ-TENESSA (2003: 23; cursivas añadidas).

autónomos y órganos administrativos para la realización de tareas concretas». Por último, se «lleva a cabo una revisión de las competencias de la institución con objeto de adaptarlas al actual marco legal, sin que ello suponga una modificación sustantiva de las funciones que ha venido ejerciendo». Ese mismo orden será el que se siga aquí en la exposición del contenido de la Ley, aunque, como habrá ocasión de ver más adelante, es la modificación competencial y funcional la que exige la reforma estructural, y ésta no puede entenderse prescindiendo de aquélla.

2. *La reforma de su composición*

A) *El acceso de los ex Presidentes del Gobierno.*

El primero, y sin duda alguna el más llamativo, de los cambios sufridos por la LOCE consiste, pues, en la introducción de un nuevo apartado en su artículo 8 (que pasa a ser el 8.1), el cual regula la figura de los «Consejeros natos de Estado». En virtud del mismo, «quienes hayan desempeñado el cargo de Presidente del Gobierno adquirirán la condición de Consejeros natos de Estado con carácter vitalicio, y en cualquier momento podrán manifestar al Presidente del Consejo... su voluntad de incorporarse a él». La disposición transitoria precisa el procedimiento para hacer efectiva esta previsión, disponiendo que «quienes a la entrada en vigor de esta ley orgánica sean ex Presidentes del Gobierno adquirirán la condición de Consejeros... transcurridos dos meses desde dicha fecha, salvo que dentro de ese plazo manifiesten expresamente al Presidente del Consejo de Estado su voluntad en contrario. Quienes hagan tal manifestación podrán, sin embargo, ejercer ulteriormente su derecho» conforme a la Ley.

De este modo, como dice la Exposición de Motivos, «se crea» una nueva «categoría de Consejero nato de carácter vitalicio», a caballo, pues, entre las de Consejero nato y Consejero permanente, por más que formalmente se articule como un subtipo de la de Consejeros natos, incorporándola al artículo dedicado a la regulación de éstos. Y se adopta así una propuesta surgida en términos muy similares, aunque con matices técnicos, en sede doctrinal, siendo luego acogida por varias Comunidades Autónomas e incluso manejada por Ejecutivos anteriores⁴³.

⁴³ En efecto, esta propuesta fue formulada por primera vez —al menos, en lo que a mí se me alcanza— por Jorge DE ESTEBAN, que postulaba el nombramiento de los ex Presidentes como «Consejeros Permanentes» («¿Qué hacemos con los ex Presidentes?», en *El Mundo*, 17 de septiembre de 1991; luego, en *El Estado de la Constitución. Diez años de Gobierno del PSOE*, Madrid, Libertarias/Prodhufi, 1992, págs. 289-292; también, en su *Curso de Derecho Constitucional español*, elaborado con P. GONZÁLEZ-TREVIJANO, Madrid, vol. 3, 1994, pág. 289). Posteriormente, varias Comunidades Autónomas (Castilla-La Mancha, Extremadura, Comunidad Valenciana, Castilla y León) previeron la inclusión de sus ex Presidentes en sus respectivos Consejos Consultivos, como Consejeros «natos» y no «permanentes» (condición inexistente en estos Consejos). En el ámbito nacional, durante la VII Legislatura también se barajó la creación de una categoría formalmente nueva, la de los «Consejeros natos permanentes».

Es evidente la dimensión política de esta reforma que, de hecho, se incluyó expresamente en el programa que el actual Presidente del Gobierno presentó ante el Congreso de los Diputados en la sesión de investidura⁴⁴. De hecho, éste fue entonces el único motivo aducido para reformar el Consejo de Estado, por lo que no puede extrañar que abra la Exposición de Motivos a la hora de justificar la reforma. Y, precisamente en términos políticos, encontró el tajante rechazo de IU, cuyas enmiendas en ambas Cámaras consideraban este aspecto «contrario a la esencia del Consejo de Estado precisamente», ya que «no supone garantía de mejora en la calidad, la técnica o el rigor de la actuación del Ejecutivo». Términos, pues, similares a los alegados en 1980 por el Grupo Comunista y que, como entonces, provocaron su oposición al texto⁴⁵. En cuanto a su «estatuto personal y económico», la Ley prevé que «será el de los Consejeros permanentes, sin perjuicio del que les corresponda como ex Presidentes del Gobierno».

Así las cosas, el Reglamento Orgánico, reformado por el RD 449/2005, de 22 de abril, completa algunos aspectos de esta figura, como la posibilidad de que estos Consejeros desempeñen, por encargo del Presidente, «otras funciones de asesoramiento, dirección o representación acordes a su experiencia y rango»; la previsión de que «sólo cesarán, con pérdida de su condición de Consejeros, cuando formalicen ante el Presidente del Consejo su renuncia definitiva»; o la facultad de «suspender el ejercicio de su función como Consejeros natos por declaración manifestada al Presidente de la institución», pudiendo reincorporarse «transcurridos dos años» (art. 35, apartados 2 a 4). Otras cuestiones, sin embargo, están por resolver y, aunque resulten altamente improbables en la práctica, podrían ser algún día fuente de conflictos, por lo que no pueden dejar de señalarse desde una perspectiva puramente teórica. Así, por ejemplo, la LOCE, a diferencia de algunos ordenamientos autonómicos, no exige un tiempo mínimo de ejercicio del cargo: ¿qué ocurriría, pues, en el caso de un Presidente en funciones que hubiese ejercido el cargo durante pocos meses, o incluso días, ya por «dimisión o fallecimiento» de su antecesor (art. 101 CE), ya por dimisión a voluntad propia poco tiempo después de ser designado?

⁴⁴ «[E]n las próximas semanas, el Gobierno remitirá a la Cámara un proyecto de ley para incorporar al Consejo de Estado, como *vocales natos y permanentes* del mismo, a quienes hayan desempeñado el cargo de presidente del Gobierno. Todos nos beneficiaremos de su experiencia» (DSCD, Pleno, VIII Legislatura, núm. 2, de 15 de abril de 2004, págs. 18 y 20). Se plasmaba así uno de los compromisos incluidos en el programa electoral con el que el Partido Socialista Obrero Español concurrió a las elecciones del 14 de marzo de ese año (epígrafe 2.II, pág. 36).

⁴⁵ «Hoy... se va a aprobar la modificación del máximo órgano consultivo del Gobierno ... consolidando y ampliando uno de los defectos de los que adolece, esto es, su independencia» (*sic*). En definitiva, para un órgano ya «suficientemente politizado a través de otros miembros...», entendemos que no es positivo que se incluya además esta figura» (DSCD, Comisiones, VIII Legislatura, C. Constitucional, núm. 129, de 4 de noviembre de 2004, pág. 3; y Pleno, núm. 52, cit., pág. 2460).

B) *Otras modificaciones relativas a la composición del Consejo.*

En todo caso, la Ley Orgánica 3/2004 introduce otros cambios en la composición del Consejo: en primer término, actualiza las denominaciones de algunos de los cargos que habilitan para acceder a este órgano; en segundo lugar, incorpora nuevos cargos a esos listados; y, por último, reserva algunas plazas en el Consejo para incorporar a personas que hayan desempeñado el cargo de Presidente autonómico.

En cuanto al primero de esos puntos, la Ley acoge los cambios sufridos por el organigrama de los poderes del Estado desde la aprobación de la LOCE, actualizando las denominaciones de algunos cargos que, según sus artículos 8.2 y 9, habilitan para ser Consejeros natos o electivos. En esta línea, las referencias al «Presidente de la Junta de Jefes de Estado Mayor» pasan a ser al «Jefe del Estado Mayor de la Defensa» —arts. 8.2.d) y 9.g)—; el «Director General de lo Contencioso del Estado» pasa a ser «Abogado General del Estado-Director del Servicio Jurídico del Estado» —8.2.g)—; y el 8.2.h) recoge la nueva denominación del Centro de Estudios *Políticos* y Constitucionales.

A continuación, la Ley amplía el elenco de cargos que permite acceder al Consejo. De esta manera, en el artículo 8 (Consejeros natos) se incluye al Gobernador del Banco de España, elevando, pues, en uno su número total. En lo que hace a los Consejeros permanentes (art. 7) se añaden, a los cargos anteriores, los de «Miembros de los Consejos consultivos u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas» y «ex Gobernadores del Banco de España»⁴⁶. Y, respecto a los Consejeros electivos, a la condición de «Magistrado del Tribunal Constitucional» se une ahora la de «Juez o Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea» —9.1.b)—.

Ahora bien, a caballo entre estos dos puntos anteriores, procede hacer dos consideraciones adicionales. Porque, como resaltara con toda precisión el dictamen del Consejo de Estado, la sustitución en la LO 3/2004 de la anterior mención de la LOCE («Presidente del Consejo a que se refiere el artículo 131.2 CE») por la de «Presidente del Consejo Económico y Social» —art. 8.2.b)— no se limita a «actualizar» una denominación, sino que «implica un auténtico cambio en el cargo..., dada la imposibilidad de asimilación» entre ambos. Por ello, «una vez hecha esta precisión, nada hay que objetar a la iniciativa de dar carta de naturaleza a la incorporación» de dicho cargo.

De otra parte, el Anteproyecto eliminaba la anterior referencia al «Presidente de la Comisión General de Codificación», ya que tal Presidencia corresponde al Ministro de Justicia, quien, como es natural, nunca había asistido a las sesiones del Consejo. Sin embargo, de acuerdo con el dicta-

⁴⁶ Los primeros se insertan en un nuevo apartado de este artículo (7.4.º), inmediatamente después de la condición de «Consejero de Estado». Los segundos, en el 7.10.º. En ambos casos, gracias a la admisión por la ponencia de sendas enmiendas del Grupo Socialista.

men del Consejo, el Gobierno aceptó «la alternativa, más flexible, de que, si el Presidente de la Comisión es el Ministro de Justicia, forme parte del Pleno... el Presidente de la Sección primera (la de Derecho Civil) de dicha Comisión», asegurándose «una vinculación altamente conveniente y potencialmente fructífera para el ejercicio de las funciones consultivas propias del Consejo»⁴⁷. En definitiva, y dado que estos dos supuestos «actualizan» no sólo la denominación, sino también la definición misma de dos cargos que comportan la condición de Consejeros natos, y que anteriormente no se cubrían, con ello se eleva a once el número de Consejeros *ex officio*, frente a los ocho anteriormente existentes en la práctica.

Por último, la Ley ha establecido, dentro del grupo de los (diez) Consejeros electivos, una «reserva» conforme a la cual «dos [de ellos] deberán haber desempeñado el cargo de Presidente del Consejo Ejecutivo de Comunidad Autónoma por un período mínimo de ocho años. Su mandato será de ocho años» (art. 9.2). De este modo, se incorpora un «cupo» de personalidades de la esfera autonómica, con el objeto de ampliar las perspectivas susceptibles de participar en las deliberaciones del Consejo. Y cuyo mandato, sin llegar a ser «permanente», sí es más largo que el de los restantes Consejeros electivos (ocho años frente a cuatro), constituyendo así, *de facto*, una categoría específica diferenciada. Ahora bien: curiosamente, ninguna disposición transitoria ni el Reglamento especifican cómo debe producirse la incorporación de estos miembros «especiales»: si el Gobierno (que es quien nombra, por Real Decreto, a los diez Consejeros electivos) está obligado a «cubrir», al menos parcialmente, ese «cupo» en cuanto se produzcan vacantes, en qué plazo debería verificarse esta previsión, etc.

En definitiva, una observación global de todos estos cambios produce ineludiblemente la impresión de que se han reforzado los aspectos políticos frente a los técnicos. Porque, en efecto, la incorporación de algunos elementos técnicos y la posibilidad de que accedan otros más parece, en conjunto, tener menor peso específico que la de los ex Presidentes de Gobierno y autonómicos (por más que, en este último caso, se produzca en términos aún indefinidos), con una indiscutible dimensión política.

3. *La reforma de su estructura: en particular, la nueva Comisión de Estudios*

En segundo lugar, la reforma ha supuesto la creación de la Comisión de Estudios. Una medida perfectamente ajustada a la noción de función consultiva, según admite pacíficamente no sólo la doctrina, sino también la práctica institucional, tanto española como francesa, que en este punto supone una referencia insoslayable. En definitiva, según la Exposición de

⁴⁷ Este apartado IV.D) del dictamen supone una buena muestra de una valoración de «oportunidad» con una dimensión estrictamente «administrativa», cuyo peso argumental llevó al Gobierno a reconsiderar su posición inicial, aceptando la alternativa formulada por el Consejo —art. 8.2.f)—. Un ejemplo perfecto de *auctoritas*, ni más ni menos.

Motivos de la Ley, «la función consultiva no se constriñe de modo exclusivo y excluyente a la traducida en dictámenes. También en ella caben con naturalidad, al modo de la que cumplen instituciones homólogas en otros países, la realización de labores de estudio e informe... que puedan servir como base para proyectos legislativos».

Nada hay que objetar, en este sentido, a las previsiones según las cuales «el Consejo de Estado realizará, por sí o bajo su dirección, los estudios, informes o memorias que el Gobierno le solicite», así como aquellos otros «que juzgue oportuno para el mejor desempeño de sus funciones» (art. 2.3 LOCE). Ni a las que tratan de adecuar la actual estructura del Consejo a ese nuevo cometido, creando una «Comisión de Estudios» (arts. 3.1 y 17.1), previendo nuevos instrumentos técnicos necesarios al efecto (art. 23.1) o esbozando fórmulas de colaboración con otros organismos o instituciones (disposición adicional y art. 119 ROCE).

Las dudas aparecen al constatar el peculiar régimen de esta Comisión que, a diferencia de lo que ocurre en Francia, no se ubica en paralelo a las Secciones, sino a la Comisión Permanente. Lo cual podría explicarse por la distinta naturaleza de sus funciones o, mejor aún, por la distinta manera de manifestarse la única función consultiva que el Consejo ejerce⁴⁸. Pero no justifica el que no goce de las mismas garantías de permanencia que su modelo francés o que las propias Secciones españolas.

En efecto, estas últimas están presididas por un Consejero permanente, cuya adscripción «se hará en el [propio] Real Decreto» de su nombramiento; y se componen además de un Letrado Mayor y de los Letrados necesarios, en función de la importancia o el número de las consultas (art. 13 LOCE). En Francia, el propio dictamen del Consejo recuerda que la práctica totalidad de los miembros de la «Sección de informe y estudios» pertenecen a la «carrera profesional» del Consejo. Pero, por el contrario, «la Comisión de Estudios estará presidida por el Presidente del Consejo de Estado e integrada por dos Consejeros permanentes, dos natos y dos electivos, designados por el Pleno a propuesta del Presidente, así como por el Secretario General. La designación será por el plazo que fije el Reglamento orgánico, sin perjuicio de su posible renovación» (art. 5.2)⁴⁹. Asimismo, «estará asistida por al menos un Letrado Mayor y por los Letrados que se consideren necesarios en función de las tareas encomendadas», admitiéndose la posibilidad de recabar la participación «de funcionarios de otros cuerpos de la Administración».

En definitiva, se configura así una Comisión designada a propuesta del

⁴⁸ Según el reiterado dictamen del Consejo, «las nuevas tareas que se atribuyen al Consejo no son algo de distinta naturaleza, sino especificación de algo que es, por sí, parte de la función consultiva, genéricamente entendida». Distingue así «dos dimensiones de la función consultiva», a las que denomina «función dictaminadora y función de estudio e informe» —IV.B)—.

⁴⁹ En cumplimiento de esa remisión legal, el Reglamento establece que «las designaciones se harán por un plazo de dos años, sin perjuicio de su posible renovación», añadiendo algunas previsiones a fin de ajustar esos períodos a los mandatos de los Consejeros natos o electivos (arts. 26.3, 38.2 y 38.3 ROCE).

Presidente del Consejo (que en España, a diferencia de lo que ocurre en Francia e Italia, es «nombrado libremente» por el Consejo de Ministros: art. 6.1 LOCE); con un fuerte componente de Consejeros designados por períodos de dos años, y renovables a voluntad del Pleno; y con una presencia de Letrados garantizada en menor medida (al menos en principio, aunque habrá que estar, lógicamente, a lo que la práctica revele).

En cuanto a su funcionamiento, corresponde a las Secciones (todos cuyos miembros son «permanentes»: Consejero y Letrados) preparar los asuntos en que haya de conocer la Comisión Permanente. Pero en los atribuidos a la Comisión de Estudios, la ponencia corresponderá «a los Presidentes de los grupos de trabajo», dirigidos por el Presidente del Consejo o el miembro de la Comisión de Estudios «que aquél designe, oída la Comisión», y formados por Letrados y, en su caso, por otras personas, funcionarios o no, cuya intervención se estime necesaria (arts. 113.2 y 119 ROCE).

En cualquier caso, todas estas consideraciones, más o menos discutibles, probablemente carecerían de relevancia externa de no ser por las extravagantes atribuciones que la Ley ha conferido al Consejo, y más concretamente a esta Comisión, según pasamos a exponer.

4. *La reforma de sus funciones: en particular, la elaboración de propuestas legislativas de reforma constitucional y el informe de anteproyectos de reforma constitucional*

Porque, en efecto, el tercer objetivo de la reforma, en principio el de alcance menor, era el que la Exposición de Motivos describe como una mera «revisión» y adaptación de las competencias del Consejo, «sin que ello suponga una modificación sustantiva» de sus funciones. Sin embargo, éste es, al menos en mi opinión, el punto clave de la reforma, el que puede producir una «dislocación» del Consejo de Estado al forzar hasta un punto extremo la noción definitoria de su función consultiva.

En realidad, es cierto que la Ley opera una importante «actualización» de las competencias tradicionales del Consejo. En este sentido hay que interpretar muy especialmente, por su previsible alcance práctico, la fijación de un umbral cuantitativo mínimo de 6.000 euros para exigir su dictamen en supuestos de «reclamaciones formuladas ante la Administración General del Estado en concepto de indemnización de daños y perjuicios» (22.13 LOCE). O la inclusión en los artículos 21.2 y 22.2 de la competencia para emitir dictamen en materias relativas a la ejecución del Derecho comunitario, anteriormente prevista en la Ley 8/1994. O la recepción de la exigencia de dictamen para los supuestos de revisión de oficio no sólo de los «actos administrativos», sino también de las «disposiciones» de la misma naturaleza, siempre «en los supuestos previstos por las leyes» (art. 22.10). También es elogiable la supresión de la posibilidad (anteriormente convertida en regla) de consultar al Consejo *después* de interponer recurso contra «disposiciones y resoluciones» de órganos autonómicos.

Ahora bien, desde una perspectiva competencial, y en lo que más interesa para la configuración de la función consultiva que el artículo 107 CE encomienda al Consejo, el núcleo de la reforma radica en tres de las nuevas competencias atribuidas al Consejo: en primer lugar, la ya mencionada de realizar «estudios, informes o memorias»; en segundo término, la de «ser consultado» preceptivamente respecto de «los Anteproyectos de reforma constitucional, cuando la propuesta no haya sido elaborada por el propio Consejo de Estado» y, finalmente y sobre todo, la de elaborar «las propuestas legislativas o de reforma constitucional que el Gobierno le encomiende» (art. 2.3).

La dimensión política de la reforma no ofrece dudas⁵⁰. Y se expresa claramente desde sus primeros pasos, que la vinculan al «proceso político de la reforma» constitucional más que a la renovación de su composición⁵¹. Ello explica también la rapidez de su tramitación, obviamente ligada al compromiso político asumido por el Gobierno⁵².

De cualquier forma, y al margen de sus eventuales propósitos, la principal dificultad radica en el contenido objetivo de la reforma, especialmente respecto a las dos últimas competencias citadas. Porque ya se ha señalado que, abandonado el ámbito «reglamentario» y ejecutivo, la competencia del Consejo para «dictaminar» acerca de los proyectos legislativos suscita dificultades tanto desde el punto de vista de la configuración constitucional de la función consultiva como desde la perspectiva que otorga la experiencia histórica. En España, ya se ha dicho, aparece como «una excepción». En Italia, apenas se ejerce desde la unificación del país, en el siglo XIX. En Francia, en cambio, sí se ejerce con amplitud material y normalidad institucional, si bien en un contexto claramente diferente al español.

Sin embargo, en todos esos casos se está hablando de «examinar» anteproyectos remitidos por el Gobierno. De informar y dar parecer acerca de una iniciativa ajena, formulada en términos claros y precisos (anteproyectos), y susceptible por tanto de un examen no sobre las opciones de fondo, que vienen dadas, sino sobre la concreta articulación técnico-jurídica de

⁵⁰ Ni que decir tiene que se habla de dimensión «política» en contraposición a la estrictamente «jurídica» que, según se ha expuesto, caracteriza a la función consultiva. No se trata de valorar políticamente una facultad, sino de ubicarla en una u otra esfera, según las opciones estén jurídicamente limitadas o políticamente abiertas.

⁵¹ La Ministra de la Presidencia, señora Fernández de la Vega, afirmó en su primera comparecencia en el Congreso que «el Gobierno ha nombrado Presidente del Consejo de Estado a un experto constitucionalista de reconocido prestigio y *contará con ese órgano para que desde la serenidad, el estudio y la reflexión emita un informe que sirva de apoyo al proceso político de la reforma*. Queremos que en tan delicada tarea el Consejo cuente con la experiencia de quienes han sido presidentes del Gobierno y con el apoyo técnico del Centro de Estudios Constitucionales... En este sentido... remitiré a esta Cámara en fechas próximas un proyecto de ley... que permita dotarlo de los instrumentos jurídicos necesarios para el cumplimiento de tan relevante función» (DSCD, Comisión Constitucional, núm. 21, de 10 de mayo de 2004, págs. 4 y 5).

⁵² Ya en la sesión de investidura, el candidato a Presidente del Gobierno anunció que: «El Gobierno tomará la iniciativa para la reforma [de la Constitución], para lo cual solicitará un informe previo al Consejo de Estado, que constituirá la base de su proyecto... Contará además para ello con el auxilio del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, que pasará a adscribirse al propio Consejo de Estado, abandonando la órbita estricta del Gobierno» (DSCD, núm. 2, cit., págs. 19 y 20).

las mismas, en términos de adecuación al ordenamiento constitucional, congruencia con el resto del ordenamiento, corrección y precisión formal. Incluso con valoraciones de «oportunidad y conveniencia», sobre cuyo carácter estrictamente técnico ya se ha insistido, con ejemplos palmarios.

Y lo que la nueva redacción de la LOCE propone es otra cosa. Se trata de «elaborar las propuestas legislativas o de reforma constitucional que el Gobierno le encomiende» (art. 2.3). Atendiendo, ciertamente, a «los objetivos, criterios y límites» señalados por el Gobierno, pero en una labor que no es usual entre los órganos equiparables, de uno u otro modo, al Consejo.

No hace falta, en este punto, evocar el *Conseil* napoleónico. Basta con acudir, por ejemplo, a la experiencia italiana, donde la facultad de «formular proyectos de Ley y de Reglamentos» ha caído en tal desuso que «nadie ha intentado analizar la naturaleza de esta función», puesto que «sólo subsiste en el papel»⁵³. Porque, en tales casos, «el Consejo... actúa como político...: interpreta intereses, adopta opciones, formula directrices», alejándose de su «función consultiva [que] no tiene carácter espontáneo..., requiere una iniciativa del Gobierno, que consiste en una consulta»⁵⁴.

Tampoco en Francia esta «dimensión» (que no parece identificable con la de «estudio», usualmente concebida sin una orientación normativa, al menos inmediata) parece aceptada, al menos en esos términos. Ciertamente, el Consejo elabora «textos alternativos» en su procedimiento de trabajo; pero (al margen de su profesionalización y de la señalada estabilidad de todas sus Secciones, incluyendo la de estudios) para ello parte de otros que operan como desencadenante. Y si algunos estudios han alcanzado eco normativo ha sido en términos muy distintos a los que aquí se plantean⁵⁵.

La falta de referencias claras en esta materia se hace patente en el propio dictamen del Consejo, que, sin cuestionar en absoluto esta posibilidad, acude a la referencia comparada de otros Consejos, como... el egipcio o el luxemburgués. Porque es difícil encontrar otras, al menos en los términos en que se presenta en la nueva Ley española.

Ahora bien: hemos hablado hasta aquí de dictamen, incluso de elaboración, de proyectos de ley. Y ello puede ser excepcional, discutible, matizable... Pero lo que, desde luego, creemos que carece absolutamente de parangón es la atribución al Consejo de una competencia para elaborar (incluso para consultar) «propuestas de reforma constitucional», como hace la LO 3/2004.

⁵³ Sabino CASSESE (1998), «L'attività consultiva del Consiglio di Stato in materia di norme», en Giovanni PALEOLOGO (a cura di), *I Consigli di Stato di Francia e d'Italia*, Milano, Giuffrè, pág. 95.

⁵⁴ *Ibidem*. Entre nosotros, también T. DE LA QUADRA-SALCEDO subraya que «el dictamen no puede sustituir a la iniciativa», la cual, «salvo casos excepcionales, parte de la autoridad consultante. El órgano consultivo queda sujeto y se mueve por tanto dentro de esa iniciativa que no pretende ni puede sustituir... en una posición objetiva de vinculación a la iniciativa gubernativa» (1998: 222).

⁵⁵ Así, por ejemplo, de un estudio sobre «Ética y Derecho» (1988) nacieron varias leyes relativas al respeto al cuerpo humano, a la donación de órganos, etc. De otro acerca del Deporte, otra sobre organización y promoción de actividades físicas y deportivas..., y, así, en materias como protección jurídica del menor, urbanismo, grupos de interés público o transparencia administrativa (J. MASSOT y T. GIRARDOT, 1999: 197).

Si la elaboración de propuestas legislativas puede contemplarse como actividad que, en mayor o menor medida, comporta ejercicio de funciones de orientación y dirección política (el *indirizzo* tan querido para la doctrina italiana)..., ¿qué decir de su proyección al ámbito, intrínsecamente político, de la reforma constitucional? Pese a lo cual, el dictamen del Consejo mantiene que «las nuevas tareas que se atribuyen al Consejo... no son algo de distinta naturaleza, sino especificación de algo que es, *por sí, parte de la función consultiva* genéricamente entendida», y también en ellas «el Consejo debe velar por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico». Incluso en la «*preparación de anteproyectos de reforma constitucional* (en los que, por definición, se va a modificar el orden constitucional)» considera el Consejo que «habrá de velarse —cuando menos...— por la observancia de las normas que sobre la reforma constitucional establece la propia Constitución».

Y esta cuestión conduce, además, a otras. En particular, a las reglas de procedimiento fijadas para el ejercicio de estas funciones. Y, en este punto, resulta imposible no reparar en varios aspectos. El primero de ellos, ya señalado, es su atribución a la Comisión de Estudios y sus eventuales grupos de trabajo, cuyas características son muy distintas a las del procedimiento hasta ahora usual, por no decir exclusivo, mediante las Secciones y la Comisión Permanente (art. 2.3 LOCE).

En segundo lugar, y de resultas de lo anterior, la Ley establece reglas de procedimiento esencialmente diferentes a las propias de la «función dictaminadora». De este modo, la opinión de la Comisión de Estudios se articula técnicamente en un «juicio acerca de la suficiencia y adecuación» de los eventuales estudios «al encargo recibido del Gobierno» (art. 23). Mientras que las «propuestas legislativas o de reforma constitucional» serán elaboradas por la misma Comisión, la cual «las someterá al Pleno, que se pronunciará sobre ellas por mayoría simple. Los miembros discrepantes podrán formular, dentro del plazo que reglamentariamente se determine, votos particulares, que se remitirán al Gobierno junto con el texto aprobado».

Se produce así una evidente «parlamentarización» de un Pleno en cuya composición, ya se ha dicho, juega un importante papel el elemento político (por la presencia no sólo de los ex Presidentes del Gobierno de la Nación y, en su caso, autonómicos, sino también, por ejemplo, de diversos cargos de libre designación por el Gobierno). Ello puede convertir ese Pleno en la «primera instancia de debate político» acerca de cuestiones tan importantes como las señaladas. Una instancia en que la mayoría absoluta requerida como regla general de funcionamiento del Consejo (art. 16.3) se sustituye por la de mayoría simple. En la que cabe la posibilidad de emitir «votos particulares» e, incluso, «propuestas alternativas» siempre que reúnan en el Pleno los siete votos que exige el Reglamento Orgánico (art. 108).

Todo ello en un procedimiento presidido, según las previsiones reglamentarias, por el principio general de «reserva», conforme al cual todos los Consejeros, Letrados y el personal del Consejo «están obligados a guardar secreto sobre las propuestas y acuerdos adoptados mientras los asun-

tos no estén resueltos y, en todo tiempo, sobre las deliberaciones habidas, así como sobre los pareceres y votos emitidos por el Presidente, los Consejeros y los letrados» (art. 8.1 ROCE). Algo seguramente impecable para una discusión sobre las vicisitudes de un contrato administrativo, pero difícilmente justificable, e incluso concebible, cuando afecta a una propuesta de reforma constitucional.

Especialmente cuando las propuestas elaboradas por el Consejo no son genéricas «las propuestas legislativas y de reforma constitucional se formularán en *textos normativos completos*, pudiendo presentarse ante la Comisión de Estudios o el Pleno propuestas que incluyan una pluralidad de opciones» (art. 134.2 ROCE). Es más, «el Consejo podrá acompañar a las propuestas sus observaciones *acerca de los objetivos, criterios y límites* fijados por el Gobierno» a los que debe «atender» ex 2.3 LOCE. ¿Hasta dónde alcanza esa capacidad de formular «observaciones»? ¿pueden llegar a negar la necesidad de la reforma, la insuficiencia o, por el contrario, la excesiva amplitud de tales límites?, ¿podría el Consejo contradecir la voluntad política del Gobierno?, ¿qué significa «atender» a esos objetivos, criterios y límites?, ¿cómo opera aquí la exigencia de «autonomía orgánica y funcional»?

Porque si las opciones políticas están claramente formuladas, el problema es de redacción y precisión técnica. Pero si no lo están adquiere, obviamente, una dimensión distinta... Que excede con mucho cualquier alcance que quiera darse a la función consultiva constitucionalmente encomendada al Consejo, llevando a éste a ocupar un lugar distinto en el juego de los poderes, ejerciendo funciones —y albergando debates— cuya sede institucional es otra y, en esa misma medida, «asumiendo» responsabilidades no jurídicas, sino de otro orden: de naturaleza claramente política. Responsabilidades que, desde luego, no le corresponden, para las que no está diseñado y que, en última instancia, pueden afectar gravemente a la *auctoritas* que constituye el fundamento último de su actividad.

Por otra parte, cabe señalar que la atribución al Consejo de esa capacidad de «iniciar» el procedimiento (al margen, claro está, del impulso que supone, o puede suponer, la consulta) planteaba, claramente, un importante problema en orden a la actividad natural de este órgano, que no es sino la de dictaminar iniciativas ajenas en el momento inmediatamente anterior al de convertirse en actos o disposiciones jurídicas y, por tanto, eficaces en el mundo del Derecho. Ante tal constatación, el Consejo propuso en su dictamen una solución que —como casi todas las demás— fue asumida por el Gobierno, y que se concretó en excluir de la necesidad de dictamen final aquellos anteproyectos que hubiesen sido elaborados por el propio Consejo (art. 21.1).

Y ello no deja de suscitar nuevas inquietudes. Porque si la supremacía del Consejo se basa en el carácter final de su dictamen..., ¿qué ocurriría en este caso? Es más: ¿se estaría asumiendo que el texto preparado por el Consejo no podría ser retocado, por el Gobierno o por algún otro órgano administrativo, hasta el punto de que una nueva revisión técnica resultase

superflua? ¿Dónde quedaría entonces la supremacía de este órgano en la labor consultiva, exigida por el artículo 107? ¿Dónde se ubicaría entonces, por otro lado, la responsabilidad, indiscutiblemente política? Con estas previsiones se está situando al Consejo en un lugar indefinido, que participa de características de los Gabinetes políticos (muy especialmente, del Gabinete del Presidente del Gobierno), de las Comisiones de expertos, de las Secretarías Generales Técnicas... y, desde luego, del Parlamento. Y, aunque formalmente el Gobierno asumiese toda la responsabilidad del proyecto, se estaría afectando a algo mucho más tenue, mucho más difícilmente perceptible, como es la *auctoritas*. Y sin *auctoritas* no hay Consejo de Estado.

Finalmente, cabe hacer una última observación. Cuanto acaba de decirse parece confirmarse al examinar la consulta remitida por el Gobierno al Consejo de Estado en marzo de 2005, y que inaugura esta nueva regulación. Una consulta susceptible de diversos matices. Así, por ejemplo, el Gobierno solicita del Consejo un «informe». Pero invoca expresamente también la nueva competencia para elaborar «propuestas» (apartado III). Y, en cuanto al contenido, la solicitud de que el Consejo «se pronuncie acerca del modo de eliminar la preferencia del varón en el acceso al trono, establecida en el artículo 57.1 de la Constitución, salvaguardando expresamente los derechos del actual Príncipe de Asturias en relación con la sucesión a la Corona de España», podría considerarse esencialmente técnica. Otro tanto podría decirse, aun con reparos, respecto de la segunda cuestión, que exige al Consejo pronunciarse: «1. Sobre el modo de plasmar la manifiesta voluntad del pueblo español de participar, junto con las democracias europeas, en el proceso de construcción de la Unión. 2. Sobre la formulación de una cláusula expresa de integración del Derecho europeo en el sistema de fuentes. 3. Sobre la eventual conveniencia de diseñar un procedimiento específico para la ratificación de los Tratados de la Unión Europea, pronunciándose en tal caso, sobre los requisitos, cauce procedimental y posibles límites de la misma».

Más difícil es concebir en términos estrictamente técnicos la totalidad del tercer punto, relativo a la «mención expresa e individualizada de las Comunidades Autónomas y las dos Ciudades Autónomas», y que plantea cuál es el «artículo o artículos de la Constitución... más idóneos para llevar[la] a cabo»; el «criterio o criterios... más adecuados para ordenar[la]», y «las eventuales consecuencias jurídicas» que de tal «mención expresa... se pudieran derivar». Cuestiones cuya complejidad e implicaciones, profundamente políticas, a nadie se le escapan.

Pero donde, a mi juicio, no cabe ninguna duda es en la cuarta cuestión, referida a: «1. Las *funciones que debe ejercer el Senado*... 2. La *composición más adecuada para ejercer esas funciones*... 3. La *posición institucional del Senado en el seno de las Cortes Generales*...». Y, finalmente, la 4: «*Las consecuencias sistémicas que comportaría en el conjunto de la estructura constitucional la adopción del correspondiente modelo de configuración del Senado*». Ni más ni menos. Lo que se reclama del Consejo es todo un modelo parlamentario, facultándole expresamente para «abordar aquellos otros

aspectos que, por estar relacionados con [éstos], sea conveniente tener en cuenta para completarlas o mejorar su calidad técnica»⁵⁶.

IV. CONCLUSIONES

En definitiva, la reforma del Consejo de Estado operada por la LO 3/2004, de 28 de diciembre, suscita serias incertidumbres desde una perspectiva «funcional». Porque, en efecto, la ampliación de las competencias del mismo puede llegar a desplazarlo claramente de su posición natural, tal y como ésta ha sido entendida siempre en el contexto democrático no sólo español, sino también de países como Francia e Italia, donde subsisten órganos homólogos. En particular, la competencia de «elaborar propuestas legislativas» o, sobre todo, «de reforma constitucional» puede provocar una extralimitación de su característica, definitoria y constitucionalmente consagrada «función consultiva». Algo que para algún sector doctrinal no sería constitucionalmente legítimo⁵⁷. Y que, en todo caso, podría llegar a poner en riesgo la *auctoritas* en que, en última instancia, basa su existencia.

Este riesgo se agrava por cuanto dicha competencia se ubica, además, en un esquema institucional absolutamente reformado, y profundamente diferente al que ha caracterizado el funcionamiento del Consejo durante décadas. En definitiva, una innovación institucional perfectamente admisible *per se*, como es la creación de una Comisión de Estudios, suscita más interrogantes desde el momento en que, por una parte, su configuración difiere absolutamente de la de los restantes órganos del Consejo y, por otra, asume todo el protagonismo en el ejercicio de esas nuevas competencias. Que, por lo demás, no han podido gozar de un «rodaje» de «estudio e informe» propiamente dicho, sino que han debido afrontar desde el comienzo una encomienda de la máxima dimensión política imaginable, como es la elaboración de un informe que sirva de base para una propuesta de reforma constitucional en un contexto complejo.

La concurrencia de ambos elementos, orgánico y funcional, puede originar una especie de superposición de estructuras en el Consejo: de una parte, la estructura tradicional (Secciones, Comisión Permanente y, en su caso, el Pleno) conservaría su tradicional función consultiva, dictaminando iniciativas ajenas con sujeción a parámetros jurídicos estrictos. De otra, la «nueva» estructura (grupos de trabajo, en su caso; Comisión de Estudios

⁵⁶ Para finalizar, una última observación: al corregirse estas pruebas (febrero de 2006), ya se ha hecho público, primero, el Proyecto de Informe elaborado por la Comisión de Estudios (en flagrante quiebra del principio de reserva) y, luego, el Informe final. Un Informe que incluye «redacciones posibles de los preceptos en que habría de plasmarse la reforma», por más que sea «a efectos indicativos... y no... como propuesta de textos a incorporar a un proyecto de reforma ya concluso». El debate, jurídico y político, está asegurado.

⁵⁷ «Nuestra Constitución ha delimitado el ámbito competencial del Consejo de Estado... [al] caracterizarlo como órgano consultivo, lo que viene a excluir la posibilidad de que por ley orgánica se atribuyan competencias de naturaleza no consultiva». Javier GÁLVEZ MONTES (1997), «Artículo 107. El Consejo de Estado», en O. ALZAGA (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, Edersa, vol. VIII, págs. 610.

y Pleno) desarrollaría las tareas más «creativas», bien de informe y estudio *stricto sensu*, bien de elaboración de propuestas legislativas o, incluso, constitucionales, en que los criterios suministrados por las normas son menos precisos, dejando por definición un mayor margen a las apreciaciones de oportunidad.

El contraste entre ambas «estructuras» se agudiza por cuanto la reforma, aun sin transformar la naturaleza del Pleno, ha reforzado su dimensión política. Se intensifica así el notorio contraste apreciable entre nuestro Consejo y otros que hace décadas optaron decididamente por la profesionalización en la composición, la permanencia en la estructura y la naturaleza estrictamente jurídico-administrativa en el ejercicio de sus funciones.

Ésa es, a mi juicio, la gran cuestión que afronta el Consejo de Estado. Su respuesta dependerá, como tantas otras veces en su historia, de la pericia y prudencia con que sepa responder a ella. En el pasado, desafíos similares sirvieron para consolidar su funcionalidad. De ahí la responsabilidad que en este momento asume y que, sin duda, será decisiva para su futuro.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AROZAMENA SIERRA, Jerónimo (1991): «La función consultiva del Consejo de Estado», en *Documentación Administrativa*, núm. 226, págs. 129-151.
- (1996): «La caracterización constitucional del Consejo de Estado», en *Documentación Administrativa*, núms. 244-245, págs. 137-160.
- BAR CENDÓN, Antonio (2005): «La reforma constitucional y el Consejo de Estado», en *Las Provincias*, Valencia, 12 de marzo.
- CASSESE, Sabino (1998): «L'attività consultiva del Consiglio di Stato in materia di norme», en Giovanni PALEOLOGO (a cura di), *I Consigli di Stato di Francia e d'Italia*, Milano, Giuffrè, págs. 87-100.
- CAVERO LATAILLADE, Íñigo (1998): «La alta función consultiva: Consejo de Estado y órganos consultivos semejantes de las Comunidades Autónomas. Perspectiva actual y de futuro», en *Constitución y el nuevo diseño de las Administraciones estatal y autonómica*, Madrid, Dirección del Servicio Jurídico del Estado-Civitas, págs. 589-602.
- (2001): *La Función Consultiva del Consejo de Estado y su aportación al ordenamiento jurídico*, Madrid, Universidad San Pablo-CEU.
- ESTEBAN, Jorge de (1992): *El Estado de la Constitución. Diez años de Gobierno del PSOE*, Madrid, Libertarias/Prodhufo.
- ESTEBAN, Jorge de, y GONZÁLEZ-TREVILIANO, Pedro (1992-1994): *Curso de Derecho Constitucional español*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 3 vols.
- FONT I LLOVET, Tomás (1985): «Órganos consultivos», en núm. 108 de esta REVISTA, págs. 53-86.
- GÁLVEZ MONTES, Javier (1997): «Artículo 107. El Consejo de Estado», en Óscar ALZAGA (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, Edersa-Cortes Generales, vol. VIII, págs. 605-629.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo (1994): *La función constitucional del Consejo de Estado* (tesis doctoral).
- (1996): *La Función Constitucional del Consejo de Estado*, Barcelona, CEDECS.
- (1997): *Función consultiva y procedimiento: régimen de los dictámenes del Consejo de Estado*, Valencia, Tirant lo Blanch.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1957): «Aspectos de la Administración consultiva (Prólogo a la traducción española de Mooney)», en núm. 24 de esta REVISTA, págs. 163-184.
- GARRIDO MAYOL, Vicente (2004): «Veinticinco años de función consultiva», en *Revista de Derecho Político*, Madrid, UNED, núms. 58-59, págs. 567-586.
- GRANADO HJELMO, Ignacio (2001): «Técnica legislativa y función consultiva», en *Anuario Jurídico de La Rioja*, núms. 6-7, págs. 177-203.
- LAVILLA ALSINA, Landelino (1998): «La Administración consultiva del Estado», en E. ÁLVAREZ CONDE (Coord.), *Administraciones Públicas y Constitución: reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución española de 1978*, Madrid, INAP, págs. 469-476.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luis (2004): «Los Consejos Consultivos autonómicos», en *www.iustel.com*.
- MASSOT, Jean, y GIRARDOT, Thierry (1999): *Le Conseil d'État*, París, La Documentation Française.
- PAJNO, Alessandro (1998): «Dalla garanzia sugli atti alla garanzia sulle regole: Il Consiglio di Stato e la funzione consultiva», en G. PALEOLOGO (a cura di), *I Consigli di Stato di Francia e d'Italia*, Milano, Giuffrè, págs. 121-147.
- PÉREZ-TENESSA, Antonio (1979): «Perspectivas del Consejo de Estado», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 22, págs. 339-350.
- (2003): *Compendio de la doctrina del Consejo de Estado (En el XXV Aniversario de la Constitución)*, Madrid, Consejo de Estado-Boletín Oficial del Estado.
- PÉREZ TREMPES, Pablo (2002): «La Administración Pública», en L. LÓPEZ GUERRA *et alii*, *Derecho Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch (5.ª ed.), vol. II, págs. 187-211.
- QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás de la (1988): «El Consejo de Estado en un Estado Social y Democrático de Derecho», en AA.VV., *Gobierno y Administración en la Constitución*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, vol. I, págs. 207-239.
- ROLDÁN MARTÍN, Áurea María (1998): «La función consultiva de relevancia constitucional», en E. ÁLVAREZ CONDE (Coord.), *Administraciones Públicas y Constitución: reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución española de 1978*, Madrid, INAP, págs. 477-493.
- SANTAMARÍA DACAL, Ana Isabel (2002): «El Consejo de Estado», en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (Dir.) y María CALVO CHARRO (Coord.), *La Administración Pública Española*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, págs. 721-741.