

**CUARENTA AÑOS DEL CONSEJO DE
ESTADO, O DE CÓMO SEGUIR
SIENDO ÓRGANO CONSULTIVO
Y NO MORIR EN EL INTENTO**

JOSÉ MANUEL VERA SANTOS

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. REGULACIÓN NORMATIVA. 2. DEFINICIÓN JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL. 2.1. El Consejo de Estado como órgano de relevancia constitucional. 2.2. El Consejo de Estado como órgano auxiliar. 3. LA LEY ORGÁNICA 3/1980, DEL CONSEJO DE ESTADO. 3.1. Composición del Consejo de Estado. 3.2. Organización institucional. 3.3. Competencias. 4. LA LEY ORGÁNICA 3/2004, DE REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 3/1980, DEL CONSEJO DE ESTADO. 4.1. Novedades en cuanto a la composición: sobre todo, la presencia de los Ex Presidentes del Gobierno como «Consejeros natos de carácter vitalicio». 4.2. Novedades institucionales: la creación de la Comisión de Estudios. 4.3. Novedades funcionales: especialmente la elaboración de propuestas legislativas y de reforma constitucional. CONCLUSIONES

Fecha recepción: 22.05.2017
Fecha aceptación: 12.09.2017

CUARENTA AÑOS DEL CONSEJO DE ESTADO, O DE CÓMO SEGUIR SIENDO ÓRGANO CONSULTIVO Y NO MORIR EN EL INTENTO

JOSÉ MANUEL VERA SANTOS¹

Catedrático de Derecho constitucional
Universidad Rey Juan Carlos

INTRODUCCIÓN

Cuando el maestro Torres del Moral contactó conmigo para que colaborase en este número especial conmemorativo de los cuarenta años de vida de nuestra Constitución de 1978, dejando aparte motivos académicos y personales que me vinculan a esta Revista de Derecho Político, a su Director, Subdirectores y Secretario², no pude dejar de mostrar mi conformidad. Creo que hemos de celebrar las cuatro décadas del advenimiento de la democracia a España³. Y eso, aunque los españoles seamos más dados a recordar los aniversarios de los acontecimientos «nefastos», que los que realmente son propicios o venturosos⁴ para la convivencia social, como es el caso.

¹ Catedrático de Derecho Constitucional. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Rey Juan Carlos. Paseo de los Artilleros s/n. 28032 Vicálvaro – Madrid. Email: josemanuel.vera@urjc.es

² Me refiero, aparte del citado, a los Catedráticos de Derecho Constitucional Yolanda Gómez, Pedro Tenorio y Carlos Vidal.

³ Sigo pensando, porque sigo estudiando el periodo, que la Constitución de 1931 trajo a España, con muchos fórceps, como mucho, una democracia formal. Ni en la realidad política, ni en el ámbito constitucional, ni en los políticos intervinientes, salvado sea alguno que normalmente no actuaba en «primera línea», encuentro demasiados ejemplos democráticos. Me remito a lo expuesto en VERA SANTOS, J. M., «No es eso, no es eso...» La Constitución española de 1931», en VVAA *Libro Homenaje a Armando Torrent* (2016), Madrid, Dykinson, pp. 1283-1306, o en la monografía *Las Constituciones de España* (2008), Madrid, Thompson Reuters, pp. 392-408.

⁴ Utilizo la segunda acepción del Diccionario de la Real Academia aplica a fasto: «Dicho de un día, de un año, etc.: Propicio o venturoso, por contraposición a *nefasto*», Resultando el adjetivo nefasto definido como: «Dicho de un día o de cualquier otra división del tiempo: Triste, funesto, ominoso».

Vaya por delante que, desde este contento cívico personal, y contexto político general, aludo y defiendo los grandes avances constitucionales, políticos, sociales y económicos que en estos cuarenta años hemos logrado entre todos. Con aciertos y con errores... sí. Pero avances incuestionables. Quien los niegue no solo oculta la evidencia... Niega también la labor de unas generaciones de españoles que lograron ¡por fin! aunar, en paz y democracia, la libertad y la igualdad. Pido respeto para ellos y para una realidad, la Constitución española de 1978 que, como obra humana, admite perfecciones, retoques tanto estructurales, no tantos como algunos piensan, como también estéticos o menores...⁵ Solo Dios goza de esa pretendida perfectibilidad; bueno, Dios y aquellos que apuestan por lo que falsamente algunos conocen como «ideologías fuertes» (populismos, fascismos, comunismos, nacionalismos o integristas religiosos, me refiero al islamismo sobre todo)... Los demócratas somos conscientes de nuestros defectos, los asumimos e intentamos superarlos. Pero también sabemos ¿o no? que fuera de la convivencia democrática, alejados de sus valores y principios, solo queda el Leviatán hobbesiano en sus modernas formas a las que antes he aludido. Y es que, para ideología fuerte, por su esencia, por sus valores, por su teoría de las ideas... y por su realidad cotidiana, aquí está... ¡la democracia! A veces se nos olvida... Ojalá que no sea así.

Aparte de este soliloquio previo, admonición que reitero muy a menudo (quizás también para que tampoco se me olvide a mí mismo, a la luz de demasiados acontecimientos que hacen ver los defectos de nuestra vida pública), y de mi respeto académico por la Revista de Derecho Político que he mencionado antes, quiero explicar que he optado por estudiar el Consejo de Estado⁶ y su realidad en estos cuarenta años, movido por «cerrar un círculo», vicioso o no ya lo decidirá el lector.

⁵ He estudiado la reforma constitucional en una monografía, varios artículos doctrinales y una obra colectiva... Creo que a veces se exagera su importancia, atribuyendo a la misma una especie de «falso milagro» solucionador de cuestiones, como las netamente cívicas y educacionales, que nada tienen que ver con la bondad o errores de la Constitución. En una de mis aportaciones al respecto (VERA SANTOS, J. M. (2016) «La reforma del procedimiento de reforma constitucional en España», *Revista de Derecho Político*, n.º 96, pp. 13-48 (15-16) aludo a un ejemplo políticamente incorrecto que se pone en boca de VEDEL. Viene a decir el maestro francés que pedirle a un constitucionalista que opine sobre la reforma constitucional es como pedir a una mujer que la haga sobre la reforma de la cocina de su casa. Insisto en que el argumento literalmente es un adefesio, pero su trasfondo expone con claridad esa tendencia de los estudiosos a apoyar cambios en la Constitución, a veces sin un límite político (consensual, material, formal) definido. La cita la tomo de DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J. (2000) *Tratado de Derecho Constitucional*, vol. III, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, p. 748.

⁶ Una institución ésta que no es, todo hay que decirlo, de las más estudiadas desde la perspectiva constitucionalista. Es este un dato objetivo, bien que deban excepcionarse monografías como las de RUIZ MIGUEL. C. (1995) *Consejo de Estado y Consejos Consultivos autonómicos*, Madrid, Dykinson y, ya posterior a la reforma de 2004, SÁNCHEZ NAVARRO, A. J. (2007) *Consejo de Estado, función consultiva y reforma constitucional*, Madrid, Reus. También he de incluir la obra de TRIGUERO ORTÍZ a la que aludo en nota 8. CAVERO LATAILLADE, I. (2001-2002) *La función consultiva del Consejo de Estado y su aportación al ordenamiento jurídico*, Madrid, Universidad San Pablo CEU, al comienzo de su disertación

Me explico: durante un tiempo amplio, mis líneas de investigación versaron sobre el Tribunal de Cuentas, los órganos de control externo autonómicos y el Defensor del Pueblo nacional y las figuras similares regionales⁷... Igualmente he dirigido una tesis doctoral respecto al Consejo de Estado⁸... Quiero decir con ello que ya he estudiado la realidad de los denominados por la doctrina, órganos de relevancia constitucional españoles, bien es cierto que, sobre todo, la realidad de los órganos reconocidos en los artículos 54 y 136 de nuestra Constitución.

Pues lo dicho. Con esta aportación quiero unir, quiero estudiar el Consejo de Estado, definiendo sus tareas como órgano de relevancia constitucional; y mezclarlo con las novedades en la composición, organización y funciones que le atribuye la Ley orgánica 3/2004, sobresaliendo la posibilidad de presentar propuestas legislativas y de reforma constitucional. Observaré así la evolución sufrida, desde la aprobación en 1980 de su Ley orgánica, hasta la reforma legal acaecida en 2004, destacando la adecuación de esta última a la esencia funcional del órgano regulado.

De ahí el índice a seguir. Después de indicar la normativa aplicable, tanto constitucional como de desarrollo, incidiré en la definición jurisprudencial, doctrinal y funcional de lo que es, o debe ser, un órgano de relevancia constitucional. Digamos que primero aludimos a «lo stato», que diría Maquiavelo, a aquello que debe permanecer ¿o no?

(p. 3), alude a que es «una de las instituciones menos conocidas». Quizás se refiera, quien fuera también Presidente del alto órgano consultivo, a un desconocimiento «en general». Lo cierto es que la doctrina administrativista sí lo trata más a menudo, igual que los historiadores del derecho. Ciertamente, con la creación de los Consejos consultivos autonómicos se produjo un «revival» de esta temática iuspublicista, que ha vuelto a resurgir para la doctrina constitucionalista con motivo de la reforma de 2004, como señala ÁLVAREZ CONDE, E. (2005) «Reforma constitucional y reformas estatutarias», *Revista Española de la Función Consultiva*, n.º 4, pp. 35-78 (73). Pero bueno, es cierto que este órgano constitucional no aparece entre la temática más tratada. Lo que tampoco es necesariamente malo... Como indico más adelante (*vid.* Conclusión III), si se hubieran utilizado en la práctica las posibilidades que la Ley orgánica de 2004 posibilitaba respecto a la realización de proyectos de reforma constitucional ¡otro gallo cantarí!

⁷ Respecto al Tribunal de Cuentas *vid.* VERA SANTOS, J. M. (2001) *El Tribunal de Cuentas y los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. También «Definición orgánica y funcional de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid», en ÁLVAREZ CONDE, E. (ed.) (2003) *Derecho Público de la Comunidad de Madrid*, Madrid, Editorial Ramón Areces, pp. 1069-1084. Igualmente escribí «El Tribunal de Cuentas», en RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, J. (dir.) (2002) *La Administración pública española*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 741-788.

El Defensor del Pueblo en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía (2002) Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, es la monografía que realicé sobre la traslación del *Ombudsman* a nuestros lares; «ubicación más cálida» es la propia de «El Defensor del Pueblo en la nueva Constitución de la República Dominicana del 26 de enero de 2010», en GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. y ARNALDO ALCUBILLA, E. (edits.) (2012) *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana*, Madrid, La Ley, Tomo II, pp. 1005-1058.

⁸ Me refiero a la tesis doctoral, que posteriormente fue publicada en parte, en TRIGUERO ORTIZ, O. (2014) *El Consejo de Estado y los órganos consultivos autonómicos*, Madrid, Dykinson, una acertada puesta al día doctrinal, normativa y jurisprudencial.

Todo ello me sirve de crisol para observar, a continuación, la adecuación normativa del Consejo de Estado español, en sus leyes de 1980 y de 2004, a lo predicado por la teoría. Entro con ello en el devenir del Consejo de Estado a lo largo de estos cuarenta años, observando los aspectos más destacados referidos a cuestiones tales como la composición, la estructura de trabajo y el ámbito funcional⁹.

1. REGULACIÓN NORMATIVA

El artículo 107 de la Constitución establece que «El Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno. Una ley orgánica regulará su composición y competencia». El mandato constitucional se realizó con la aprobación de la Ley orgánica 3/1980, de 22 de abril, reguladora del Consejo de Estado, norma que, como sabemos, fue reformada mediante la Ley orgánica 3/2004, de 28 de diciembre¹⁰. En

⁹ Sigo con este triduo temático (composición, organización, funciones) la estructura argumental de la Exposición de Motivos de la ley orgánica 3/2004, de 28 de diciembre.

La extensión rogada por la Revista de Derecho Político a la hora de realizar esta obra colectiva y la racionalidad de la propia aportación, hace que no entre en cuestiones tales como los antecedentes patrios o el derecho comparado. Dejando aparte obras clásicas como CORDERO TORRES, J. M. (1944) *El Consejo de Estado. Su trayectoria y perspectivas en España*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, o BARRIOS PINTADO, F. (1984) *El Consejo de Estado de la Monarquía española*, Madrid, Consejo de Estado, el lector interesado tiene excelentes resúmenes al respecto, por todos, en MERINO MERCHÁN, J. F. (1994) *Instituciones de Derecho constitucional español*, Madrid, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos «Ramón Carande», pp. 741-749 (respecto al constitucionalismo histórico), RUIZ MIGUEL (o. c., pp. 23-48 y 49-71) o SÁNCHEZ NAVARRO (Consejo de Estado..., o. c., pp. 17-61 y 61-102). Más recientes las obras de TRIGUERO ORTÍZ, O. (2014) «El Consejo de Estado en el constitucionalismo histórico español», *Parlamento y Constitución*, n.º 16, pp. 65-114 y (2015) «Diferentes modelos de la función consultiva y jurisdiccional de la institución del Consejo de Estado: Francia, Bélgica, Portugal y Colombia», *Revista de Estudios Jurídicos*, n.º 15, <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/3152>

¹⁰ No ha sido ésta la única reforma habida en la norma de 1980 hasta la reforma de 2004, bien que las dos reformas realizadas hasta dicha fecha, no resultan especialmente relevantes para este trabajo. Concretamente, la Ley orgánica 13/1983, modificó el apartado 1 del artículo 12 estableciendo que «El Presidente y los Consejeros permanentes del Consejo de Estado tendrán las incompatibilidades establecidas con carácter general para los altos cargos de la Administración del Estado».

Por su parte, la Ley orgánica 2/1987, de conflictos jurisdiccionales, indica en sus Disposiciones adicionales, dos reformas de la ley orgánica del 80: la Disposición adicional segunda, introduce un apartado tercero al artículo 12 del siguiente tenor: «Sin perjuicio de otras funciones que les encomiende la presente Ley orgánica, tres Consejeros permanentes designados cada año por el Pleno a propuesta de la Comisión Permanente, se integrarán en el Tribunal de Conflictos previsto en el artículo 38 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio» [se refiere al tribunal de conflictos entre juzgados y tribunales y la Administración]. La última Disposición adicional, la tercera, indica que «se suprime el inciso «y cuestiones de competencia» que figura en el texto del párrafo séptimo, del artículo 22 (...)».

No se me olvida la remisión que el artículo 153, letra b) de la Constitución realiza al Consejo de Estado, del que el Gobierno debe requerir dictamen previo cuando quiera controlar el ejercicio por parte de las Comunidades Autónomas de las facultades de competencia estatal previamente

desarrollo de la Ley orgánica de 1980 se aprobó el correspondiente Reglamento orgánico actualmente en vigor¹¹.

2. DEFINICIÓN JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL

«El Consejo de Estado, pese a la dicción literal del artículo 107 CE, que se refiere a él como supremo órgano consultivo del Gobierno, tiene en realidad el carácter de *órgano del Estado con relevancia constitucional*¹² al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece»¹³, refiere nuestro supremo intérprete de la

transferidas o delegadas. Para este estudio podría resultar relevante, al igual que otros preceptos de la LOCE, a la hora de discernir si el Consejo de Estado goza también de una función «de control», ínsita o no en su genérica función consultiva, discusión doctrinal a la que más adelante aludo en nota 43.

¹¹ RD 1674/1980, (ROCE) modificado a su vez por el Real Decreto 449/2005, que lo adecúa a las modificaciones acaecidas *ex* Ley orgánica 3/2004.

¹² Las cursivas las añadió yo.

¹³ Es destacable que, en la escasísima atención que brinda la Constitución al Consejo de Estado, incurra en una tan evidente disociación entre el «nomen iuris» y la función o posición real del órgano definido. Así lo refiere, por todos, GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. (1994) «La función consultiva de las Administraciones Públicas, con especial referencia al Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas», *Revista de Administración Pública*, n.º 113, pp. 129-153 (p.143), destacando que la denominación como órgano consultivo del Gobierno no obsta para que lo sea no sólo del órgano colegiado ejecutivo, sino también de su Presidente, de los Ministros y de los Presidentes de las Comunidades Autónomas, pasando por ello a ser un órgano consultivo del Estado-comunidad. Así, FONT I LLOVET, T. (1985) «Órganos consultivos», *Revista de Administración Pública*, n.º 108, pp. 53-86 (77), citando a SANDULLI.

Otra cuestión en la que no puedo entrar es la descentralización sufrida en España de la realidad consultiva que corporeizaba el Consejo de Estado, tanto en el aspecto orgánico como funcional. Es precisamente la STC 204/1992 la que posibilita la proliferación de órganos consultivos autonómicos. Si bien la STC 56/1990 ya indicaba, como he citado antes, que el Consejo de Estado era un órgano, precisamente «del Estado», al servicio que de la concepción de éste plantea la Constitución, algo que se ejemplificaba también en la redacción de los artículos 20 y 23.2 LOCE (este último artículo pasa a ser el 24.2 después de la reforma de 2004), en los que se establecía la legitimación activa de los entes regionales y el carácter preceptivo de los dictámenes para la administración autonómica, la STC 204/1992 posibilita que *ex* artículos 148.1.1 o 147.2 c) CE, vía estatutaria u organizativa general, las Comunidades Autónomas puedan crear «órganos consultivos propios de las mismas características o semejantes funciones (...), y estimar posible constitucionalmente la sustitución del informe preceptivo de este último por el de un órgano superior consultivo autonómico» (FJ 5.º), unos órganos que, indica también el supremo intérprete constitucional, deben ser «equivalentes al Consejo de Estado en cuanto a su organización y competencias, siempre que éstas se ciñan a la esfera de atribuciones y actividades de los respectivos gobiernos y administraciones autonómicas». Respecto a esta dualidad orgánico-funcional que se proyecta a casi todas las Comunidades autónomas, me remito a obras tales como BRAVO-FERRER DELGADO, M. (1988) «Consejo de Estado y Estado de las Autonomías», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 60, pp. 569-596, anticipando la cuestión con una argumentación relevante respecto a la consideración lata o estricta del artículo 23.2 LOCE y sus consecuencias. También

Constitución como elemento definitorio del órgano consultivo¹⁴. Destaca así el Tribunal Constitucional, no solo su realidad de «órgano del Estado», poniendo de relieve su amplitud competencial hacia las Comunidades Autónomas; también subraya, y a los efectos de este trabajo es lo más relevante, su catalogación como «órgano de relevancia constitucional».

Corresponde, pues, el estudio, la definición teórica, doctrinal, de lo que es, de lo que significa, la calificación del Consejo de Estado como «órgano de relevancia constitucional»; y lo haré a través de su contraposición con otra categoría dogmática, la de órgano constitucional¹⁵. Así obtendremos unas pautas básicas con las que analizar sus nuevas funciones, organización y composición, comparando la normativa del 80 con la del 2004.

Pero ... cuidado. Destaca acertadamente el Consejo de Estado que su calificación como órgano de relevancia constitucional no es una «categoría dogmática unánimemente aceptada por la doctrina científica ni siquiera seguida con carácter uniforme por la jurisprudencia del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional ni por la doctrina del propio Consejo de Estado»¹⁶. Es cierto que la taxonomía doctrinal, por definición, siempre es discutible; pero no lo es menos que favorece y es necesaria para organizar e institucionalizar el poder, catalogando y clasificando órganos para evitar conflictos funcionales.

BLANQUER CRIADO, D. (1994) *Consejo de Estado y autonomías*, Madrid, Tecnos, así como RUIZ MIGUEL (o. c., pp. 175-254), SÁNCHEZ NAVARRO (o. c., pp. 147-161) o TRIGUERO ORTIZ (en este caso imbricada la realidad de los órganos consultivos autonómicos con la del Consejo de Estado, en pp. 60 y ss. 101 y ss., etc.). En todas ellas se discuten cuestiones no solo teóricas sino también prácticas, tales como la conveniencia o no de esta inflación organicista y funcional, la independencia de dichos órganos regionales o si, efectivamente, se cumple la citada «equivalencia». Incide en estas cuestiones, después de muy bien resumida a nuestros efectos la STC 204/1992, BLANCO VALDÉS, R. L. (1997) «La función consultiva autonómica y su institucionalización tras la STC 204/1992: algunas reflexiones a propósito de la Ley del Consejo Consultivo de Galicia», *Autonomías*, n.º 22, pp. 103-120 (sobre todo sus conclusiones en pp. 119-120).

¹⁴ STC 56/1990 (FJ 37): «En efecto, el Consejo de Estado no forma parte de la Administración activa. Es, por el contrario, conforme al artículo 107 CE y al artículo 1.1 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, un órgano consultivo que actúa, en todo caso, con autonomía orgánica y funcional en garantía de su objetividad e independencia (artículo 1.2 LOCE). El Consejo de Estado, pese a la dicción literal del artículo 107 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. Así resulta de su composición [artículo 7 y 9 h) LOCE] y de sus funciones». En la STC 204/1992 (FJ 17), reitera el Tribunal Constitucional la calificación del Consejo de Estado como órgano de relevancia constitucional.

¹⁵ No es la primera vez que utilizo esta metodología, ya que, como he indicado en nota 7, he estudiado otros órganos de relevancia constitucional como el Tribunal de Cuentas o el Defensor del Pueblo. El análisis referido al primero de estos órganos se puede encontrar en VERA SANTOS (2001), *El Tribunal de Cuentas y los órganos de control externo...*, o. c., pp. 41-48; referido al Defensor del Pueblo *vid.* VERA SANTOS (2002) *El Defensor del Pueblo en la Constitución...* o. c., pp. 27-32.

¹⁶ Dictamen 1484/2004, referido al Anteproyecto de la propia Ley orgánica 3/2004, pp. 38 a 79 de la Compilación de Doctrina Legal del Consejo de Estado de 2004, en concreto p. 46.

Siendo cierta, insisto, la anterior aseveración del propio Consejo de Estado, he de recordar que a) el Tribunal Constitucional, como antes he indicado, califica a este órgano expresamente como tal¹⁷; b) la inmensa mayoría doctrinal trabaja con dicha calificación, dándola por válida¹⁸; c) es como consecuencia de esta calificación doctrinal y jurisprudencial, además de por su carácter de órgano auxiliar, como más adelante expongo¹⁹, que el Consejo de Estado sea un órgano cargado de *auctoritas* y no de *potestas*²⁰.

¿*Auctoritas* y *potestas*...? Sólo recordar, a modo de ejemplo, la incidencia de esta dicotomía tan relevante a nuestros efectos, utilizando una de las obras y autores de referencia: «La distinción entre *auctoritas* y *potestas* (...) ayuda a comprender la esencia de la función consultiva. El Consejo de Estado, a título de ejemplo, no participa de ninguna de las potestades²¹ típicas —legislativa, ejecutiva y judicial—, aunque tiene una gran autoridad²². De las características propias de la *auctoritas* podremos extraer consecuencias para el estudio de los órganos consultivos, de modo especial, el Consejo de Estado (...). En primer lugar, la autoridad *aconseja*, da consejos técnicos, jurídicos o políticos, es decir, de oportunidad. Lo que no puede hacer la autoridad so pena de perder su esencia es decidir, por cuanto en este caso dejaría de ser autoridad para convertirse en potestad: el

¹⁷ Vid. nota 14 y apartado 2.1 de este trabajo.

¹⁸ En este sentido se pronuncia el que fuera primer Presidente del Tribunal Constitucional: «el concepto de órgano constitucional y sus fines responde a la necesidad inherente a cualquier organización de jerarquizar (...) sus órganos. (...) tal concepto [el de órgano constitucional] es lógicamente coherente con la idea de Estado constitucional de Derecho (...), con la idea de que los órganos fundamentales del Estado no pueden ser otros que aquellos que reciben directamente de la Constitución su status y competencias esenciales a través de cuyo ejercicio se actualiza el orden jurídico político fundamental proyectado por la misma Constitución» (GARCÍA PELAYO, M. «El «status» del Tribunal Constitucional» (1981), *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 1, vol. I, pp. 11-34 (12-13). Esta obra es la que, en fecha temprana después de aprobada nuestra Constitución, aplica al caso español, más concretamente al Tribunal Constitucional, la diferenciación clásica entre órgano constitucional y de relevancia constitucional. Vid. también notas 25 a 29.

¹⁹ Vid. apartado 2.2.

²⁰ Sigo en este punto también la también clásica obra de referencia del profesor GARCÍA PELAYO, M. (1983) «*Auctoritas*», en *Ideas de la política y otros escritos*, Madrid, CEC, pp. 135-180. No de esta única fuente bebe RUÍZ MIGUEL, o. c., pp. 3-11, pero sí le resulta muy determinante en las reflexiones que realiza al respecto, vinculando también la *auctoritas* con la clasificación orgánica y, sobre todo, funcional, del Consejo de Estado.

²¹ Así reza la literalidad de la opinión del autor citado dos notas más abajo. Yo sigo en esta obra, como indico en la nota 41, otra terminología que considero más clarificadora a estos efectos, que diferencia entre a) poderes, vías de actuación de la actividad política del Estado, y b) funciones, cauces de las actuaciones técnicas, auxiliares de los órganos que no desarrollan la actuación política estatal.

²² Incido de nuevo en el elemento terminológico. En este caso, el término «autoridad» se identifica con la «*auctoritas*». GARCÍA PELAYO, en la obra citada en la nota 20, en la página 137, indica que «(...) por *auctoritas* entendemos un fenómeno que puede ser justamente lo opuesto a lo que frecuentemente suele entenderse por autoridad», identificando este último término, resumiendo, con el clásico de *potestas*. Evidentemente no es el caso que nos ocupa.

consejo se convertiría en la orden. La potestad es libre para seguir un consejo u otro. En segundo lugar, la autoridad no surge por obra de una técnica representativa o electoral, debido a que se funda en el saber, en la ciencia, la cual no es delegable, sino que es personal e intransferible. De ahí que no sea exigible que el órgano de autoridad sea representativo. En tercer lugar, para asegurar una relación de paridad con la potestad, la autoridad debe tener garantizada su independencia. Esta independencia no sólo redundaría en beneficio propio, sino también de la potestad. La independencia del consejero puede fortalecer el reconocimiento social de su saber, imprescindible para que ese saber se considere autoridad. Por otro lado, si la potestad no es aconsejada por un saber socialmente reconocido, corre el riesgo de que su poder deje también de ser socialmente reconocido. Estas notas, extraíbles de la autoridad (...) servirán de guía en el análisis que nos proponemos realizar»²³.

Estas reflexiones, que comparto, alejan al Consejo de Estado de cualquier función que conlleve una toma de decisión política así como de una composición con miembros del mismo carácter, consideraciones ambas que critico de la reforma normativa acaecida en 2004 en las conclusiones que cierran esta aportación.

2.1. *El Consejo de Estado como órgano de relevancia constitucional*

Dentro de los órganos estatales superiores²⁴, ha de destacarse la dicotomía clásica existente entre órganos constitucionales y órganos de relevancia constitucional ¿Cuáles son las diferencias esenciales entre unos y otros? En primer término, los órganos constitucionales «son establecidos y configurados directamente por la Constitución, con lo que quiere decirse que ésta no se limita a su simple mención ni a la mera enu-

²³ RUIZ MIGUEL, o. c., p. 11. OLIVER ARAUJO, J. (1997) «El Consejo de Estado y los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 98, pp. 25-58 (25), cita, al comienzo del artículo, el discurso de TOMÁS Y VALIENTE en su toma de posesión como Consejero Permanente de Estado. Decía el asesinado por la banda terrorista Eta (así, con minúscula, que la mayúscula la guardo para el Catedrático de Historia del Derecho y para todos aquellos que fueron asesinados): «El Estado es un complejo de instituciones desde las que se ejerce el poder legítimo si del Estado de Derecho hablamos. Cuidado con el descrédito de las instituciones presentes antes de haber inventado otras de recambio. En nuestro Estado son muchas las que funcionan de forma satisfactoria. Ésta, por ejemplo [se refiere al Consejo de Estado, obvio es decirlo] (...) Su poder es el consejo, su arma, el Derecho, su instrumento, el trabajo, su premio, el prestigio, eso que los romanos llamaban *auctoritas*.» Amén.

²⁴ AGUILAR FERNÁNDEZ-HONTORIA, J. (1986) «A propósito del Defensor del Pueblo: los rasgos definidores de la posición jurídica de los órganos auxiliares», *Revista de Administración Pública*, n.º 109, pp. 7-117 (p. 10) los define como «aquellas estructuras organizativas que están expresamente previstas por la Constitución, como cauces de expresión continuada, concentrada y unitaria de una determinada parcela de la global actuación del Estado». La Corona, las Cortes Generales, el Tribunal Constitucional, el Gobierno, el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas y el Ministerio Fiscal serían para el autor citado, los órganos estatales superiores.

meración de sus funciones o de alguna competencia aislada, como puede ser el caso de los órganos o instituciones «constitucionalmente relevantes», sino que determina su composición, los órganos y métodos de designación de sus miembros, su status institucional, su sistema de competencias, o, lo que es lo mismo, reciben *ipso iure* de la Constitución todos los atributos fundamentales de su condición y posición de órganos»²⁵.

Además, el órgano en cuestión debe resultar, institucional y funcionalmente, fundamental, esencial, para el entendimiento de una concreta y determinada estructura constitucional de un Estado.

El siguiente hito a alcanzar por cualquier órgano constitucional consiste en su participación en la dirección política del Estado, «en la formación de la voluntad estatal» en la «dirección del poder supremo del Estado», en el «*indirizzo político generale*», etc. (...). O dicho en términos de Santi Romano, «los órganos constitucionales son partícipes inmediatos en la soberanía a los que está confiada la actividad directa del Estado» (...). «Importa advertir que no toda decisión y acción del Estado (...), tiene carácter político (...), tienen, en cambio, tal carácter aquellas que se mueven dentro de una esfera en la que la libertad de decisión de los órganos sólo está limitada por la Constitución y los instrumentos normativos previstos por ésta para fijar o regular el ejercicio de sus competencias decisorias, pero que en ningún caso pueden predeterminar el contenido concreto de la decisión, sino tan solo quién ha de tomarla, bajo qué formas y con qué límites»²⁶.

Como fruto y consecuencia de lo anterior, otra característica de los órganos constitucionales es que ostentan una paridad de rango que conllevan unas relaciones de coordinación, nunca de subordinación, con otros órganos constitucionales²⁷, es decir, que son independientes²⁸.

²⁵ GARCÍA PELAYO, « El status... » o. c., pp. 13-14. La STC 108/86 (FJ 11) indica: «que una autorizada opción doctrinal entienda que los órganos constitucionales (...) deban venir regulados en sus elementos esenciales (...) por la propia Constitución, no implica que del texto constitucional deban deducirse forzosamente todos estos elementos (...) Podrá decirse, en este caso, que la Constitución adolece de un fallo técnico, o que la doctrina citada no es aplicable en este supuesto (...)».

²⁶ *Ibidem*, pp. 22-23. Poco más cabe decir al respecto de la importancia, de la esencialidad que conllevan los órganos constitucionales.

²⁷ «Todos los órganos constitucionales pertenecen al mismo rango jurídico-público. No son agentes, comisiones, partes integrantes o subórganos de otros órganos, sino que cada uno de ellos es supremo «*in suo ordine*», lo que en una estructura racionalizada del Estado quiere decir que son jurídicamente independientes de los demás órganos en el ejercicio de las competencias que le han sido asignadas por el orden constitucional» (GARCÍA PELAYO, *El status... o. c.*, p. 28). *Vid.* también mis reflexiones posteriores referidas al carácter auxiliar del Consejo de Estado, destacando así la vinculación orgánica y funcional.

²⁸ GARCÍA ROCA, J. (1997) *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, Tecnos, p. 92, añade la autonomía reglamentaria y organizativa como criterio que «quizás sea el más relevante por tratarse de un verdadero criterio jurídico y fácilmente singularizable», doble autonomía muy relacionada con la independencia del órgano.

Por su parte los órganos de relevancia constitucional a) no disfrutan de una configuración inmediata en la Constitución²⁹, ya que su «configuración institucional concreta se defiere al legislador ordinario»³⁰. b) no se predica de ellos (y tampoco, pues, del Consejo de Estado) que su presencia sea fundamental para la estructura constitucional; c) los órganos de relevancia constitucional no participan en la dirección política del Estado; d) no ostentan relación de paridad en su rango respecto a otros órganos con los que se relacionan, ni mantienen relaciones de coordinación entre ellos³¹. Razones variadas, argumentos doctrinales múltiples que definen a un órgano como «constitucional» o como «de relevancia constitucional». Y es evidente que el órgano recogido en el artículo 107 de la Constitución, ni se encuentra configurado radicalmente en el texto constitucional, ni su actividad es fundamental en la dirección política de la gobernanza; tampoco, por ejemplo, su presencia o ausencia determinan la estructura democrático-institucional... A ello debo añadir que la actividad del Consejo de Estado, como explico a continuación, es de un carácter más técnico que político.

2.2. *El Consejo de Estado como órgano auxiliar*

A la vista de lo antes expuesto, no parece demasiado arriesgado calificar orgánicamente, con la inmensa mayoría de autores, al Consejo de Estado como órgano de relevancia constitucional³².

Pero claro, toda vez que hemos definido al Consejo de Estado como órgano de relevancia constitucional nos corresponde preguntarnos... ¿cuál es su función? ¿qué hace? ¿para qué sirve? Es evidente ¡es casi lo único «cierto»³³ que indica el artículo

²⁹ Así lo expresa la STC 32/81 (FJ 3): «las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional (...), pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado [órganos constitucionales, diría yo], cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se defiere al legislador ordinario al que no se fija más límite que el del reducto indispensable o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza». Recordemos que en el FJ 37 de la STC 56/90, el Consejo de Estado es calificado directamente como órgano de relevancia constitucional.

³⁰ GARCÍA-TREVIJANO, o. c., p. 142. Dice GARCÍA ROCA, o. c., p. 82, que se tratarían de «órganos previstos en la norma suprema, dotados de funciones propias en el bloque de la constitucionalidad y que no pueden ser suprimidos sin afrontar el procedimiento para la reforma constitucional». PIZORUSSO, A. (1981) «Organizzazione dei pubblici poteri», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXI, Milano, Giuffrè, p. 155, indica que los órganos de relevancia constitucional son «aquellos órganos (...) que siendo regulados o estando previstos en disposiciones o normas constitucionales, no pueden ser suprimidos —y tal vez reformados en todo o en parte— sino mediante leyes de reforma constitucional».

³¹ GARCÍA ROCA, o. c., pág. 82.

³² En España, existe cierto consenso por calificar como órganos de relevancia constitucional y como órganos también auxiliares, al Defensor del Pueblo, al Consejo de Estado y al Tribunal de Cuentas. Algún autor además incluye al Ministerio Fiscal (así AGUILAR FERNÁNDEZ-HONTORIA o. c., pp. 57-63).

³³ Digo que es «lo único cierto» porque la referencia a que es el supremo órgano consultivo «del Gobierno», debe entenderse, para adecuarse a la realidad, en un sentido laxo. No solo es el Gobierno,

107 de la Constitución! El Consejo de Estado realiza una función consultiva. Y dice la doctrina que es consultivo «aquél órgano administrativo al que el ordenamiento le atribuye con carácter permanente la función de aconsejar, asesorar y suministrar elementos de juicio a los demás órganos de la Administración Pública y, de forma señalada, a los órganos activos que manifiestan la voluntad resolutoria de la Administración»³⁴.

Como he resumido en otro trabajo³⁵, «la función consultiva se circunscribe a la que realizan los órganos³⁶ institucionalizados, de carácter colegiado, con competencia general en cuanto a su ámbito material, amén de considerarse colegios técnicos y no de tipo representativo-consultivo (...)»³⁷. Se atiende así a su carácter permanente y separado del órgano decisor³⁸, no individual (y por tanto colegiado), de competencia amplia y no limitada en su ámbito de actividad, así como a la naturaleza técnica de sus informes³⁹.

Siguiendo a la mejor doctrina patria⁴⁰, paso a incidir en los aspectos más relevantes del adjetivo «auxiliar» aplicado a un órgano superior, que tales son a)

en sentido estricto, el órgano asesorado. También lo son el Presidente del Gobierno, los Ministros y las Comunidades autónomas a través de sus Presidentes, según se desprende de los artículos 20 y 23 LOCE, en su redacción anterior a 2004, y de los artículos 2.2 y 24 de la actual redacción.

³⁴ La frase, muy descriptiva, no es mía... La tomo de FONT I LLOVET, «Órganos consultivos», *op. cit.*, p. 55. Debo reseñar que la definición de en qué consiste, qué contenido tiene, dicha función «consultiva», aparece inconcreta, siendo la doctrina la encargada de intentar perfilarla. GRANADO HIJELMO, I. (2000-2001) «Técnica legislativa y función consultiva». *Anuario Jurídico de la Rioja*, n.º 6-7, pp. 177-203 (pp. 188 y 200) indica que la función consultiva es aquella «atribuida por la ley a ciertos juristas que la desarrollan en el seno de órganos independientes de cualquier poder y que precisamente tiene encomendada la emisión institucional de emitir dictámenes fundados en derecho sobre cuestiones problemáticas que puedan someter a su consideración los órganos públicos facultados para ello». Con algún que otro matiz, la hago mía.

³⁵ Me refiero a VERA SANTOS, J. M. «De la elaboración de propuestas de reforma constitucional por el Consejo de Estado», en VERA SANTOS, J. M. y DÍAZ REVORIO, F. J. (coords.) (2009) *La reforma estatutaria y constitucional*, Madrid, La Ley, pp. 737-771 (p. 749).

³⁶ Sigo la clasificación referida a la tipología de órganos consultivos de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1972) «Estructura orgánica y administración consultiva», en *La Administración Pública española*, Madrid, Alianza, pág. 136. Tanto RUIZ MIGUEL, *Consejo de Estado y... o. c.*, pp. 12-21, como OLIVER ARAUJO, *o. c.*, p. 26, también aluden a la misma como, antes que ellos, FONT I LLOVET (*o. c.*, pp. 57-65).

³⁷ RUIZ MIGUEL (*o. c.*, p. 22). Reitera la opinión OLIVER ARAUJO (*o. c.*, p. 26).

³⁸ GARCÍA-TREVIJANO, *o. c.*, pp. 132-133. En las páginas siguientes desarrolla la importancia de los elementos citados: por ejemplo, la colegiación requiere la aplicación del principio de mayoría a la hora de la toma de decisiones, o la necesaria neutralidad en su composición y funciones.

³⁹ Dice SÁNCHEZ NAVARRO (*Consejo de Estado... o. c.*, p. 181) que dicha naturaleza técnica conlleva que el asesoramiento del Consejo de Estado se base en la aplicación de parámetros jurídicos, de Derecho; incide en ese asesoramiento técnico-jurídico en p. 161 y siguientes aludiendo a cómo se caracterizan las funciones de este órgano en la tramitación constituyente, en la elaboración de la LOCE, además de los pronunciamientos del TC (STC 204/1992), del propio Consejo de Estado... y hasta las opiniones del actual y anteriores Presidentes del órgano consultivo.

⁴⁰ Hago mía la argumentación de AGUILAR FERNÁNDEZ-HONTORIA *o. c.*, págs. 24-33 (sobre todo).

la importancia objetiva de sus funciones técnicas; y b) que las mismas se realizan de manera autónoma. Diferenciando los conceptos de poderes y funciones y el principio inspirador de ambos, «puede concluirse que (...) los poderes estatales deben ser caracterizados como las diversas vías de ejercicio o desarrollo de la actividad política del Estado», mientras que «debe notarse que la proliferación de los servicios y actividades exigidas al Estado y la creciente complejidad de sus actuaciones requiere extremar y acentuar el cuidado en su elaboración, preparación, ejecución y control (...) en lo que puede ser calificada como actuación técnica del Estado (...). En su virtud entendemos que si los poderes estatales son las vías de ejercicio o desarrollo de la actividad política del estado, las funciones estatales son los cauces por los que se manifiesta la actividad técnica del mismo»⁴¹.

«En este sentido (...) no resulta difícil concluir que, dado que los citados poderes son manifestación de la actuación política del Estado y que las funciones estatales se enmarcan en la actuación técnica del Estado, la relación de las segundas con las primeras es una relación de auxilio y de asistencia para conseguir un adecuado cumplimiento de sus cometidos»⁴².

Si nos referimos al Consejo de Estado, sus dictámenes «se emiten respecto de cuestiones que ya han sido discutidas y deliberadas en el seno de la Administración activa y que se someten a la consideración del Consejo de Estado en el momento inmediatamente anterior a su decisión final en vía administrativa», es decir, que gozan de «un inequívoco sentido de control externo, objetivo y motivado de esas actuaciones administrativas, tratando de garantizar su idoneidad»⁴³.

⁴¹ En las pp. 26 a 28 AGUILAR FERNÁNDEZ-HONTORIA procede a la diferenciación entre poderes y funciones atendiendo a su origen (doctrinal-práctico), principio inspirador (valor político de la libertad-valor técnico) y proyección de ambos (control y equilibrio entre órganos-estudio de los órganos que ejercen las funciones. Las citas literales se recogen en las pp. 30-31.

⁴² *Ibidem*, pág. 33

⁴³ *Ibidem*, pág. 48. Obviamente con la redacción aprobada 2004, la primera de las aseveraciones carece de veracidad en el caso de la elaboración de proyectos legislativos y/o de reforma constitucional. En cuanto a la tarea de control, a la «función» de control, de «garantía», siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA, destaca el autor que las competencias consultivas del Consejo de Estado responden a la triple finalidad de garantía de funcionamiento objetivo de la Administración frente a otros órganos administrativos, frente a particulares y frente a las propias normas y leyes que disciplinan su actuación (págs. 48-49). *Vid.* respecto a las opiniones doctrinales respecto a la posible función de control que puede realizar también el Consejo de Estado, junto a la consultiva, mucho más relevante en cualquier caso, o si ésta última también asume la primera, TRIGUERO ORTÍZ, o. c., pp. 81-89. Muy interesante la relación que establece con la dupla *auctoritas-potestas* SÁNCHEZ NAVARRO (*Consejo de Estado...*, o. c., pp. 177-189) para dilucidar este tema en el sentido de la subsumción del posible control dentro de la tarea consultiva. Discrepa en parte con esta postura AROZAMENA SIERRA, J. (1996) «La caracterización constitucional del Consejo de Estado», *Documentación administrativa*, n.º 244-245, pp.137-160 (157-159), siguiendo a PARADA VÁZQUEZ. *Vid.* también nota 63.

Ergo... podemos colegir que el Consejo de Estado no desarrolla función alguna de «indirizzo»; realiza, o debería realizar única y exclusivamente, por el contrario, una actividad técnica, garantizando la actuación administrativa, ejercitando no un poder sino una función estatal. Así pues, atendiendo a criterios funcionales, y siguiendo de nuevo los mayoritarios criterios doctrinales, el Consejo de Estado es un órgano auxiliar, técnico⁴⁴.

Yo defiendo además, una visión objetiva de la naturaleza jurídica de los órganos auxiliares⁴⁵; óptica que conlleva una importante consecuencia funcional y orgánica en la relación entre los órganos auxiliares y los órganos constitucionales con los que se relacionan: «no cabe admitir una posición subordinada o dependiente de los órganos auxiliares respecto de determinados órganos constitucionales», ya que aquellos «son instituidos constitucionalmente para el ejercicio independiente de las competencias a ellos atribuidas (...). Por lo tanto, resulta totalmente incierto estimar que la actuación del órgano auxiliar (...) está condicionada a la disposición, instrucciones, voluntad o deseos del órgano constitucional al que supuestamente serviría⁴⁶». Es decir, «que el concepto de órgano auxiliar, requiere que entre el órgano así calificado y el órgano constitucional a quién auxilia exista una determinada relación. Desde este punto de vista, la relación de auxiliariedad excluye tanto

⁴⁴ AGUILAR FERNÁNDEZ-HONTORIA, o. c., págs. 49 a 57, utiliza esta argumentación (además de otros criterios sobre status o composición) para calificar como órgano auxiliar al Consejo de Estado, después de hacerlo respecto al Defensor del Pueblo y antes de entrar en el estudio del Tribunal de Cuentas y el Ministerio Fiscal. El propio Consejo de Estado italiano (Parere n.º 1237, de 23 de noviembre de 1967, de la Asamblea General) se ha autocalificado como órgano de relevancia constitucional «llamado a cumplir, en función de auxiliariedad sus atribuciones consultivas de forma objetiva y neutral» (RUIZ Miguel, o. c., pág. 92). FONT I LLOVET, o. c., pág. 65, también alude al carácter instrumental o auxiliar del acto y del órgano que emite el informe consultivo.

⁴⁵ Frente a la vinculación subjetiva entre el órgano constitucional y el auxiliar (este último lo es del primero), yo destaco que un órgano es auxiliar debido a las funciones que desempeña, de manera autónoma del órgano constitucional al que se vincula. En suma, que «la terminología de órganos auxiliares no puede admitirse en cuanto se le dé el sentido de órganos auxiliares de otros órganos —los constitucionales—. Por el contrario, cabe admitir tal terminología si se habla de órganos auxiliares en sentido objetivo, es decir, en el sentido de órganos que coadyuvan y tratan de garantizar la correcta actuación estatal en ciertos campos especialmente complejos». En otras palabras, y potenciando el aspecto funcional de los órganos auxiliares, «tal criterio [el objetivo] otorga a esos órganos un título también objetivo para poder intervenir y actuar siempre que se presente un caso que, independientemente de su procedencia, esté conectado con la esfera de actuación estatal con la que tales órganos se relacionan (...). Y es que (...) puede también notarse que cuando un texto constitucional opta finalmente por la creación de una de esas «funciones» [técnicas] y del consiguiente órgano auxiliar, está otorgando a esa «función» y al correspondiente órgano un papel decisivo en el entramado institucional». Así podemos leer en AGUILAR Fernández-HONTORIA (o. c., pp. 66-67), siguiendo a FERRARI.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 68. Continúa el autor citado reconociendo que «no obstante, lo que sí ocurre (...) es que ese cuadro objetivo de actuación de cada órgano auxiliar se relaciona más estrecha y frecuentemente con la actividad de un determinado órgano constitucional (...).».

una relación de paridad (...), como una relación de jerarquía o subordinación, que es la que vincula a un órgano interno con el órgano principal en el cual se inserta»⁴⁷.

Y si lo anterior se predica respecto al Tribunal de Cuentas o el Defensor del Pueblo⁴⁸, se nos presenta igualmente como obvio en su aplicación al Consejo de Estado: así, el artículo 1.2 de la LOCE indica que el Consejo de Estado «ejerce la función consultiva con autonomía orgánica y funcional, para garantizar su objetividad e independencia de acuerdo con la Constitución y las leyes»⁴⁹.

3. LA LEY ORGÁNICA 3/1980, DEL CONSEJO DE ESTADO

Elaboro, a continuación, un breve resumen de la normativa atinente al órgano estudiado; eso sí, como se verá, atendiendo a los tres factores básicos a los que ya he hecho mención al principio. A saber: la composición del mismo; su organización interna y, en tercer lugar, sus competencias.

Tres cuestiones a través de las que se observará la evolución del Consejo de Estado en estos cuarenta años de democracia, y si la misma es adecuada a su propia naturaleza de órgano de relevancia constitucional que desarrolla funciones técnicas.

3.1. *Composición del Consejo de Estado*

El artículo 4 de la Ley orgánica estudiada⁵⁰ prevé como integrantes del Consejo de Estado, a su Presidente, a los Consejeros, bien sean éstos permanentes, natos, o electivos y al Secretario General.

⁴⁷ VARELA SUANZES-CARPEGNA, J. (1983) «La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 8, pág. 64. Continúa su argumentación citando a FERRARI quien señala a este respecto que «el órgano auxiliar goza de una autonomía orgánica y funcional frente al órgano que auxilia (...)».

⁴⁸ *Vid.* nota 15.

⁴⁹ Redacción literal que recoge también el artículo 1.2 del Reglamento orgánico. Con RUIZ MIGUEL (o. c., pág. 97) consideramos que «aunque el TC no emplea la noción de órgano auxiliar, sino la de órgano de relevancia constitucional, lo cierto es que da pie para que sea considerado [se refiere al Consejo de Estado] como órgano auxiliar (...). El TC subraya la existencia de una «función» consultiva de contornos objetivos al declarar que «la intervención preceptiva de un órgano consultivo de las características del Consejo de Estado, sea o no vinculante, supone en determinados casos una importante garantía del interés general y de la legalidad objetiva». Se trata de una «función muy cualificada (...)» (FJ 4 STC 204/1992). Concluye el autor considerando que las expresiones anteriores abonan la calificación del Consejo de Estado como órgano auxiliar entendido sobre la base de una función objetiva, y no sobre consideraciones subjetivas.

⁵⁰ Hago una advertencia previa: la numeración de los preceptos se corresponde con la original, con la redacción prevista en la Ley orgánica 3/1980, de 22 de abril. Ello es así para observar los cambios acaecidos posteriormente en la redacción de 2004.

Así pues, sin entrar en mayores disquisiciones, y atendiendo al objeto de este artículo, que no es otro que destacar las características del Consejo de Estado y observar la evolución del mismo⁵¹, pondré el acento en sus miembros⁵².

El Presidente del Consejo de Estado es nombrado libremente por el Consejo de Ministros entre juristas de reconocido prestigio y experiencia en los asuntos de Estado, indica el artículo 6, en cuyo apartado segundo se expresa que no se elige Vicepresidente sino que dicha función la realizará el Consejero permanente a quien corresponda según el orden de las secciones.

Poco más ha de señalarse a nuestros efectos, aparte de la cuestión de la duración del mandato: al no indicarse nada en ese sentido no cabe más que afirmar que depende de la voluntad de un Gobierno que, igual que lo nombra, puede cesarlo y nombrar a otra persona. También quiero destacar esa naturaleza, digamos bifronte, de los requisitos para poder ser nombrado: conocimientos jurídicos y también, experiencia «política»; requisitos, por cierto, muy abiertos, como se observa en los conceptos meritados. Como veremos posteriormente, la normativa no ha sufrido mayores cambios.

El artículo 7 LOCE se refiere a continuación a los Consejeros permanentes, en número igual al de Secciones⁵³. Son nombrados también por Real Decreto, es decir, por el Consejo de Ministros, entre personas pertenecientes a ocho categorías: Ministros, Presidente o Consejeros de gobiernos autonómicos, Consejeros de Estado, funcionarios del Estado con más de quince años de servicio, o profesor numerario con más de quince años de ejercicio...⁵⁴. Dice de ellos el artículo 11 que son inamovibles,

⁵¹ Con ello aviso que no entro, por motivos obvios, en un estudio pormenorizado de cuestiones tales como por ejemplo, la composición, la necesaria independencia, inamovilidad o el régimen de incompatibilidades. Para mayor abundamiento en estos temas, me remito, aparte de artículos concretos, a las monografías ya citadas de TRIGUERO ORTIZ (pp. 159-235) o RUIZ MIGUEL (pp. 98-123). Cito en primer lugar la obra de mi compañero en la Universidad Rey Juan Carlos por ser la que utilizo en este punto con más asiduidad, aunque sea posterior en el tiempo.

⁵² RUIZ MIGUEL (o. c., pp. 97-118) alude a que éstos componentes son los denominados «miembros políticos», estudiando como «miembros técnicos» a los letrados del Consejo de Estado, regulados en el artículo 13 de la LO 3/1980, y al personal administrativo del mismo.

⁵³ El artículo 13 LOCE establecía un número mínimo de ocho, bien que podría aumentar vía reglamento de organización, a propuesta de la Comisión permanente del propio Consejo de Estado

⁵⁴ Para mayor concreción y conocimiento de las ocho categorías recomiendo la lectura del articulado que cito. No quiero entrar tampoco en el estudio de cada una de ellas o en disquisiciones nominalistas del tipo de si los profesores numerarios deben cambiar su denominación. Sí quiero mostrar mi disconformidad, lo hago siempre que puedo, en relación con «los quince años» que se piden de ordinario para el acceso a determinados cargos, como por ejemplo es el caso de los Magistrados del Tribunal Constitucional (art. 159 CE). Creo que son escasos, tanto para este caso que nos ocupa como para el que cito «de refilón». Desde hace veinticinco años ya que me dedico al estudio del Derecho constitucional siempre he pensado que con cuarenta años no se puede llegar a ninguna «estación término» profesional. He abogado y sigo haciéndolo, por elevar, al menos, a veinticinco años la condición temporal. Y, si por mi fuera, también aplicaría un mínimo de edad al sufragio pasivo. Ya sé que lo que se lleva ahora es una suerte de «efebocracia» que sería hilarante si no denotase la falta de cultura política y de responsabilidad cívica en la que nos movemos. Aunque no sirva para nada esta disquisición ¡quién sabe! lo mismo alguien con poder de decisión o de influencia, con *auctoritas* o con *potestas*, ha llegado hasta este punto del artículo y reflexiona al respecto.

bien que pueden cesar, como también los electivos, y durante el periodo de su mandato, por renuncia o por causa de delito, incapacidad permanente o incumplimiento de su función, apreciada por Real Decreto de Consejo de Ministros, previa audiencia al interesado e informe favorable del Consejo de Estado en Pleno.

Serán Consejeros natos las diez personas que ocupen los cargos a los que se remite el artículo 8: Presidente de la Real Academia Española, la de Ciencias Morales y Políticas y la de Jurisprudencia y Legislación; el Presidente del Consejo Económico y Social, el Fiscal General del Estado, el Presidente de la Junta de Jefes de Estado Mayor...⁵⁵. Evidentemente permanecen como consejeros mientras ostentan el cargo referido, indica el citado artículo 11 LOCE.

Por último, el artículo 9 alude a los consejeros electivos, en un número de diez, nombrados por cuatro años por el Gobierno entre variadas categorías que van desde Diputado o Senador hasta Rector de Universidad, pasando por embajador o Alcalde de capital de provincia o Presidente de Diputación.

Por su parte el Secretario General, dice el artículo 10 que será nombrado por Real Decreto entre los Letrados mayores, a propuesta de la Comisión Permanente, aprobada por el Pleno.

3.2. Organización institucional

Toda vez que hemos destacado la composición del órgano hasta 2004, corresponde a continuación referirme a la organización interna del Consejo de Estado para resolver las competencias que asume. Aludiré así al Pleno, a la Comisión Permanente y a las Secciones⁵⁶, órganos a los que se refiere el artículo 3 de la Ley orgánica del 80.

Como órgano colegiado que es, el Pleno se compone, dice el artículo 4 LOCE, del Presidente, de los consejeros permanentes, natos y electivos, junto al Secretario General. Además, el Presidente del Gobierno y los demás miembros del Gobierno pueden asistir a sus sesiones «cuando lo consideren conveniente», dice el citado artículo en su apartado segundo, siempre para informar, con voz pero sin voto. Sus competencias vienen establecidas en el artículo 21 LOCE⁵⁷.

⁵⁵ Reitero que no entro en cuestiones referidas a la denominación de los cargos. Por ejemplo, la letra h) de este artículo octavo alude como cargo que será consejero nato al «Director del Centro de Estudios Constitucionales». En la reforma de 2004 se refiere ya a este órgano en su denominación actual de «Centro de Estudios Políticos y Constitucionales». Lo mismo ocurre con otras de las categorías citadas.

⁵⁶ El artículo 13.4 LOCE alude a las «ponencias especiales» que son constituidas libremente por el Presidente, oída la Comisión Permanente. *Vid.* art. 119.2 ROCE en el que se refiere que en el momento de su constitución debe indicarse el consejero que la presida. Los artículos 120 y 121 establecen las ponencias especiales permanentes y también, las singulares, en claro enfrentamiento con el precepto legal citado.

⁵⁷ Establece el artículo 21 LOCE, como digo, las competencias del Consejo de Estado en Pleno. He de indicar que, entre ellas, encontramos algunas, las menos, en las que el dictamen del órgano consultivo se evacúa sobre normas con rango de ley, es cierto que siempre sobre textos presentados por el

La Comisión Permanente se componía, en la Ley orgánica 3/1980, hay que recordarlo, del Presidente, de los Consejeros permanentes y el Secretario General, dice el artículo 5 de la LOCE. Es el artículo 22 el que regula las competencias de la misma⁵⁸. Dice el artículo 16 que desempeñará la ponencia de los asuntos que deban ser atendidos por el Pleno

Las Secciones, en un número mínimo de ocho⁵⁹, se componen de un Consejero permanente que la preside, de un Letrado Mayor y de los letrados adscritos necesarios según la importancia de los asuntos o el número de éstos. Actúan como órganos preparatorios del despacho de los asuntos que deban atender tanto el Pleno como la Comisión Permanente, indica también el artículo 16 antes citado.

3.3. Competencias

La verdad sea dicha: siempre me he preguntado si no es más adecuado, para un mejor conocimiento de la parte orgánica de la Constitución, comenzar con el estudio de las competencias del órgano antes de entrar en su composición y, en este caso, estructura. Cada vez estoy más convencido, bien es cierto que todavía me pueden las convenciones académicas. Y, en este caso, debido a la más que escueta formulación del artículo 107 CE, parece más evidente.

órgano consultante. Así, en sus apartados uno, dos, seis o nueve se establece que recaerá su dictamen sobre proyectos de decretos legislativos, anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales; anteproyectos de ley que afecten a su propia organización, competencia o funcionamiento, además de que el apartado décimo deja abierta la competencia sobre cualquier asunto que expresamente una ley indique que debe consultarse al Consejo de Estado. Ello no contradice en absoluto las conclusiones que presento al final de este artículo. El Consejo de Estado no trabaja sino sobre textos legales y, sobre todo, reglamentarios, previos.

⁵⁸ En idéntico sentido que la nota anterior, compete a la Comisión Permanente evacuar la consulta referida a los anteproyectos de leyes orgánicas de transferencia y delegación de competencias estatales a las Comunidades Autónomas.

Desde la obra clásica de CORDERO TORRES, hasta PÉREZ-TENESSA y más recientemente RUIZ MIGUEL que las acoge a todas (pp.124-127), se pone de manifiesto que 1. El Pleno se reúne menos que la Comisión Permanente. 2. Que los aspectos más relevantes, excepto que se sustancien con mucha polémica, se deciden en la Comisión Permanente. Y todo ello se entiende mejor si se leen los artículos 21 y 22 de la LOCE, junto a un artículo 17 que indica que los asuntos que pasan a sustanciarse ante el Pleno, deben pasar previamente por el estudio de la Sección correspondiente y de la Comisión Permanente, con lo que se prevé un paso orgánico «triple» que hace que los plazos de aprobación se incrementen. Igualmente, el artículo 19 LOCE indica que el Gobierno puede pedir la urgencia del expediente. En este caso se debe sustanciar, como mucho en 15 días. Pero incluso puede rebajarse aún más. Y leemos en el apartado segundo de este último precepto que, si el plazo fijado fuese inferior a diez días, la consulta se despacha por la Comisión Permanente ¡aunque fuera competencia del Pleno! bien es cierto que luego el Gobierno, si así le parece oportuno, pueda *a posteriori* pedir el pronunciamiento de éste. Clara cláusula de desamparamiento del máximo órgano colegiado respecto de la Comisión Permanente.

⁵⁹ Como ya he dicho, puede ampliarse tal número en el Reglamento a propuesta de la Comisión Permanente.

Parto de una base creo que indiscutible: el Consejo de Estado desarrolla una función consultiva⁶⁰, de asesoramiento al Estado⁶¹. Ítem más: es el ejemplo, la esencia, el «paradigma» de la función consultiva⁶². Así lo expresa la Constitución, los artículos 1 y 2 de la LOCE, aparte de lo ya explicitado al respecto de la jurisprudencia y de la doctrina. Vamos que, en una frase no excesivamente clarificadora, ya que utiliza la cuestión a definir en la propia definición, «el elemento que caracteriza al propio órgano consultivo es (...) la actividad consultiva»⁶³. En otras palabras, se puede aseverar que la definición del órgano corre pareja a la actividad que realiza⁶⁴.

Después de reiterar la literalidad del artículo 107 CE, el apartado segundo del artículo 1 de la Ley orgánica indica que el Consejo de Estado «ejerce la función consultiva con autonomía orgánica y funcional para garantizar su objetividad e independencia de acuerdo con la Constitución y las leyes»⁶⁵. Una función consultiva, en la que el Consejo de Estado «velará por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. Valorará los aspectos los aspectos de oportunidad y conveniencia cuando lo exijan la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante, así como la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines».

De la mera redacción de los preceptos citados, únicamente destacar a) La autonomía orgánica y funcional del Consejo de Estado es consecuencia necesaria de su caracterización como órgano de relevancia constitucional y su función auxiliar⁶⁶; b) frente

⁶⁰ *Vid.* nota 43.

⁶¹ Recordar lo ya indicado: el Consejo de Estado no solo asesora al Gobierno; también a sus miembros individuales y a las Comunidades Autónomas a través de su Presidente (arts. 20.1 y 23 LOCE). *Vid.* nota 13.

⁶² Así lo indica la jurisprudencia constitucional (STC 204/1992) al establecer que los órganos consultivos que se puedan crear por las Comunidades autónomas deben ser equivalentes al Consejo de Estado en su organización y funcionamiento, independencia, objetividad y cualificación. Cuatro años antes, el Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, prohombre de la transición política y excelente conocedor de la realidad del Consejo de Estado, órgano en el que ha desempeñado múltiples cargos, ya lo indicaba (LAVILLA ALSINA, L. (1998) «La Administración consultiva del Estado», en ÁLVAREZ CONDE, E. (coord.) *Administraciones públicas y Constitución: reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución española de 1978*, Madrid, INAP, pp. 469-476 [469])

⁶³ Valga, por todos, FONT I LLOVET, o. c., p. 53. No puedo obviar un dato evidente: esa tarea consultiva, en órganos homónimos como el francés o el italiano, también asume funciones jurisdiccionales contencioso-administrativas; de otro lado, esa misma tarea consultiva, a lo largo del devenir histórico ha ido variando. Sin entrar en determinismos históricos ni comparatistas, creo que lo más honesto es destacar esa, digamos, falta de concreción en la definición de lo que es y no es materia consultiva. *Vid.* igualmente nota 43.

⁶⁴ Aunque esta afirmación parece evidente, a veces no lo es. Es el caso del artículo 69 CE que se refiere al Senado como cámara de representación territorial, realidad ésta que en ningún caso se cumple, atendiendo a su composición ni a sus competencias.

⁶⁵ No quiero entrar aquí en el estudio de la autonomía orgánica (reglamentaria ex Disposición Transitoria Tercera, presupuestaria según el artículo 26, el régimen de incompatibilidades o todos aquellos aspectos que la sostienen) ni tampoco de la autonomía funcional... No sólo las doy por supuestas... Puedo constar que se cumplen sin lugar a dudas por el conocimiento que tengo de la institución.

⁶⁶ *Vid.* apartados 2.1 y 2.2. Destaco así la relevancia del estudio previo, de enmarcar con antelación las características del órgano que se estudia, desde la óptica organicista y también funcional.

a la mayoría doctrinal, el doble carácter de los criterios aplicables en sus dictámenes. Es cierto que, fundamentalmente, dichos criterios son jurídicos⁶⁷ pero creo que no puede negarse la evidencia de la redacción prescrita.

La Ley Orgánica 3/1980 nos indica que la actividad consultiva del Consejo de Estado a) goza de competencia general, debido a los órganos asesorados y la amplitud competencial de los mismos, así como b), disfruta también de supremacía en los dictámenes aprobados por el Pleno⁶⁸; y c) se realiza a través de diferentes vías. Además de otras menciones, el artículo 20 LOCE se refiere a ellas y las sintetiza: los dictámenes, las propuestas y las observaciones y sugerencias recogidas en la Memoria anual.

Los dictámenes, la inmensa mayoría de las decisiones que aprueba el Consejo de Estado lo son en respuesta a una previa consulta realizada por los órganos con legitimidad para ello (el Gobierno, sus miembros y los Presidentes de las Comunidades autónomas). Dicha consulta, señala el artículo 2.2 LOCE puede ser preceptiva, necesaria para perfeccionar el procedimiento, o facultativa, es decir, voluntaria, para los órganos legitimados. Resultan preceptivas cuando así se establezca en la LOCE o en cualquier otra ley. Son preceptivas, por ejemplo, para su decisión en Pleno o Comisión Permanente, las recogidas en los artículos 21 y 22 LOCE.

Independientemente del carácter obligatorio o facultativo de las consultas, los dictámenes pueden ser vinculantes, cuando así lo disponga la ley, o no vinculantes (si no indica lo contrario la normativa, dice el artículo 2.3 LOCE), siendo éstos últimos la mayoría de los casos. El apartado sexto de este artículo establece, de cara a un control, digamos, público sobre si el dictamen del Consejo de Estado se sigue o no por la autoridad consultante, indica, digo, las fórmulas a seguir en cada caso. Así, si se acuerda teniendo en cuenta el dictamen del órgano consultivo, se usa la fórmula «de acuerdo con el Consejo de Estado»; de lo contrario, «oído el Consejo de Estado».

Junto a los dictámenes, la función consultiva del órgano que estudiamos se realiza también, como antes he mencionado, a través de a) las propuestas que el Pleno o la Comisión Permanente elevan al Gobierno siempre que sean sobre «cualquier asunto que la práctica y experiencia de sus funciones le sugiera», señala el artículo 20.2 LOCE, destacando así los límites a la actividad propositiva de un órgano que solo puede implementar esta vía en asuntos vinculados a sus funciones, desterrando así cualquier título habilitante general; y b) el apartado tercero del artículo 20 de la Ley orgánica de 1980, insisto de nuevo en el dato cronológico, destaca la tercera de las vías citadas: las observaciones que, con motivo de la publicación de la Memoria anual

⁶⁷ Citando desde GARCÍA DE ENTERÍA a PÉREZ TREMPs, pasando por GARCÍA GONZALEZ y DE LA QUADRA SALCEDO, borda la argumentación en dicho sentido SÁNCHEZ NAVARRO, A. (2006) «La función constitucional del Consejo de Estado tras su reforma por la Ley Orgánica 3/2004», *Revista de Administración Pública*, n.º 169, pp. 353-382 (pp. 359-363). Y es evidente que los criterios utilizados por el Consejo de Estado se basan en el Derecho, como dice el Catedrático complutense, como destaca el Tribunal Constitucional y los propios dictámenes del Consejo de Estado que son también citados. Pero...

⁶⁸ Así lo indica el artículo 2.4 LOCE. Si los dictámenes los hubiera informado la Comisión Permanente, sí cabe someterlos a Pleno.

que debe realizar el Consejo de Estado, deben versar «sobre el funcionamiento de los servicios públicos que resulte de los asuntos consultados»; c) también puede el supremo órgano consultivo realizar «sugerencias de disposiciones generales y medidas adoptar para el mejor funcionamiento de la Administración».

Propuestas, observaciones y sugerencias, limitadas *ratione materiae*, pero que destacan como fruto de la *auctoritas* a la que aludí *ut supra*⁶⁹ y que pueden incluso entrar en conflicto con la actividad que desarrollan otras instituciones y órganos en el ejercicio de sus competencias, como puede ser el caso del Defensor del Pueblo.

4. LA LEY ORGÁNICA 3/2004, DE REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 3/1980, DEL CONSEJO DE ESTADO

Hagamos un breve resumen de lo expuesto. Después de enmarcar en las prescripciones jurídicas el órgano estudiado, he procedido a su definición orgánica y funcional, atendiendo a la conceptualización del Consejo de Estado como órgano de relevancia constitucional que cumple una función auxiliar.

La consecuencia de dicha realidad normativa y doctrinal supone, para entendernos, una imbricación orgánico-funcional, en virtud de la cual, composición y función consultiva, digamos, vienen unidas. Funcionalmente puedo aseverar que la *auctoritas* del órgano, y de sus componentes, pero sobre todo del órgano, y la función consultiva/asesora van de la mano. Que el alejamiento del poder político, del *indirrizo*, y la certeza de su función técnica, vienen vinculadas a la esencia del Consejo de Estado⁷⁰.

A partir de estas consideraciones, más o menos aceptadas por la doctrina y por la cotidianeidad del propio órgano, voy a estudiar si la reforma de la Ley orgánica 3/1980 aprobada en 2004, profundiza en dicha idea o la confunde⁷¹. Para ello incido, sobre todo, en los tres ámbitos antes estudiados en la ley del 80: composición, organización institucional del órgano y funciones. Ya aviso, y no es un prejuicio⁷², que mi opinión al respecto dista mucho del aplauso.

⁶⁹ Vid. nota 20 y texto concordante.

⁷⁰ Utilizo los términos poder y función como indico en nota 41 y concordantes. Lo recuerdo para manifestar la importancia de tal diferenciación. El «poder» se vincula a la actividad política del Estado; las «funciones» a la actividad técnica.

⁷¹ Como indico en nota 11 y consecuencia de la aprobación de dicha normativa orgánica de reforma, también se procedió a la necesaria adecuación del Reglamento orgánico aprobado en el 80 a través del Real Decreto 449/2005.

⁷² Digo que no es pre-juicio, que es un juicio. Ya he estudiado y defendido la presencia de los antiguos Presidentes del Gobierno en el Senado, no desde luego en un órgano consultivo, así como también he criticado la novedosa función del Consejo de Estado en la tramitación de la reforma constitucional. Vid. sobre todo, y a tal fin mis obras *Senado territorial y presencia de notables* (1997), Madrid, Senado, y «De la elaboración de propuestas de reforma constitucional por el Consejo de Estado», *op. cit.*, pp. 756 y ss. (sobre todo las conclusiones, en pp. 763-769).

Aparte de otras consideraciones que alabamos⁷³ a) la nueva redacción del artículo 8 nos acerca a la creación de una nueva figura de Consejero de Estado para permitir el acceso a los Ex Presidentes del Gobierno; b) en los artículos 3.1, 5.2, 17.1 y 23 se crea y desarrollan las funciones de la Comisión de Estudios, órgano «paralelo» funcional y competencialmente respecto del Pleno, la Comisión Permanente y las Secciones antes estudiadas; y c) sobre todo, la reforma de 28 de diciembre de 2004, permite la aparición de nuevas competencias, alguna acertada como la de realización de informes, y otras, por el contrario, erróneas, como la posible redacción de proyectos legislativos y de reforma constitucional (arts. 2.3 y 21.1 LOCE)⁷⁴.

4.1. *Novedades en cuanto a la composición: sobre todo la presencia de los ex Presidentes del Gobierno como «Consejeros natos de carácter vitalicio»*

Además de otras consideraciones referidas a la composición del Consejo de Estado⁷⁵, si estuviéramos escribiendo un titular para un artículo periodístico, referido a las novedades que la reforma de 2004 comporta respecto a la composición del órgano consultivo, el mismo sería del siguiente tenor: «Más políticos en el Consejo de Estado»; o quizás éste otro: «Un Consejo de Estado politizado»⁷⁶.

Aunque soy un férreo defensor de la política y de las personas que a ella se dedican, convendrá conmigo el lector que esos enunciados no parecen los más adecuados, tratándose del órgano del que se trata, con las funciones que desarrolla. Indica el

⁷³ Por ejemplo, la inclusión de la función de estudio, la adecuación terminológica y la inclusión de algunos cargos que posibilitan ser Consejeros electivos; o la consignación de la competencia del Consejo de Estado para dictaminar sobre las reclamaciones presentadas ante la Administración General del estado por daños y perjuicios pero por una cuantía mínima de 6000 euros, así como dictaminar en materias referidas a la ejecución del derecho comunitario.

⁷⁴ A partir de ahora me refiero al articulado modificado ex Ley orgánica 3/2004. De lo contrario lo avisaré explícitamente.

⁷⁵ Aparte de la actualización, de la puesta al día, de los cargos habilitantes para el acceso a ser Consejero de Estado, también se incluyen algunos nuevos. Un mero vistazo a los artículos 7 a 9 de la Ley orgánica así lo corrobora. Así, por ejemplo, la categoría de Juez o Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como habilitante para poder ser Consejero Electivo. O el cambio ya indicado en nota 55 de denominación del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

⁷⁶ Dos cuestiones: a) El carácter político de la reforma de 2004 es indiscutible, tanto si nos referimos a la inclusión de los ex Presidentes del Gobierno como Consejeros (SÁNCHEZ NAVARRO, «La función constitucional...», o. c., p. 370, aludiendo a la sesión de investidura del Presidente Rodríguez, en abril de 2004, propuesta que también figuraba en el programa electoral del Partido Socialista Obrero Español), como también en general, ya que en dicha sesión de investidura el candidato Rodríguez ya anunció igualmente que solicitaría del Consejo de Estado un informe referido a cuatro cuestiones: la sucesión a la Corona, la enumeración de las Comunidades Autónomas en la Constitución, la asunción del derecho europeo en nuestro ordenamiento y la reforma del senado para lograr una Cámara territorial (así lo indico en VERA SANTOS, «De la elaboración», o. c., p. 741). Es evidente que, para tal fin se acomete la propia reforma organizativa y funcional del órgano a consultar; y b) Creo que las diferentes reformas en la composición, organización y competencias a las que aludo, están interconectadas entre sí (*vid.* nota 81). En la Conclusión IV aludo a ambas cuestiones.

artículo 8.1, en su nueva redacción, que «Quienes hayan desempeñado el cargo de Presidente del Gobierno adquirirán la condición de Consejeros natos de Estado con carácter vitalicio (...)»⁷⁷.

Por su parte, el artículo 9 incluye un apartado 2 en el que se indica que «De entre los diez Consejeros electivos, dos deberán haber desempeñado el cargo de Presidente del Consejo Ejecutivo de Comunidad Autónoma por un periodo mínimo de ocho años, Su mandato será de ocho años».

Evidentemente, existentes múltiples diferencias, cualitativas y cuantitativas, de cargos, de representación y de duración del mandato en ambas figuras. Pero sí es cierto que en los dos casos, mucho más si los unimos, se observa esa «politización», bien o mal entendida, dependerá del lector, en la composición del Consejo de Estado.

Empezando por lo último, no se puede olvidar que en la redacción original del artículo 9, ya se incluían a los Ex Presidentes autonómicos entre las categorías para poder ser elegidos por el Gobierno como Consejeros electivos de Estado. La novedad de la reforma de 2004 estriba en tres cuestiones: a) obliga a que de los diez Consejeros electivos al menos dos sean ex Presidentes autonómicos; b) que esas dos personas deban haber ocupado el cargo durante al menos ocho años, plazo que temporalmente coincide con el de dos legislaturas pero que no tiene porqué necesariamente identificarse; c) el mandato no dura cuatro años como el del resto de Consejeros electivos sino que se amplía a ocho, no entiendo la causa⁷⁸.

Pero vayamos a la principal novedad que prescribe el apartado primero del artículo 8...⁷⁹ Efectivamente, se busca un hueco donde ubicar a los «jarrones chinos», a esas figuras, a veces incómodas, otras incluso molestas, permítaseme la expresión, que suponen, incluso para sus propios partidos de origen, los ex Presidentes del Gobierno. A pesar de que existen voces autorizadas, tanto en la doctrina como en el ámbito político,

⁷⁷ Continúa el artículo indicando que «(...) en cualquier momento podrán manifestar al Presidente del Consejo de Estado su voluntad de incorporarse a él. Además de formar parte del Pleno del Consejo de Estado, podrán desempeñar las funciones y cometidos que se prevean en el reglamento orgánico, el cual incluirá las disposiciones pertinentes respecto de su eventual cese, renuncia o suspensión en el ejercicio efectivo del cargo de Consejero nato. Su estatuto personal y económico será el de los Consejeros permanentes, sin perjuicio del que les corresponda como ex Presidentes del Gobierno»

⁷⁸ O no la quiero entender... Dicho esto, yo soy partidario de la ampliación de los mandatos de los miembros de órganos constitucionales y de relevancia constitucional diferentes al Legislativo y Ejecutivo. Evidentemente, en este caso me parece bien la medida, aunque la ampliaría al resto de categorías y no haría una excepción con estos dirigentes regionales.

⁷⁹ La Disposición Transitoria de la Ley orgánica 3/2004, bajo el título de «Adquisición de la condición de Consejeros natos vitalicios por los ex Presidentes del Gobierno», indica «quienes a la entrada en vigor de esta ley orgánica sean ex Presidentes del Gobierno adquirirán la condición de Consejeros natos de estado con carácter vitalicio 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 al artículo 8 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado»

que defienden esta inclusión como beneficiosa⁸⁰, no es esa la postura que definiendo desde hace más de veinte años. Creo que es un error incluir a los ex Presidentes como Consejeros natos con carácter vitalicio, atendiendo a la dualidad órgano-función consultiva y también si pensamos en la propia figura de los ex jefes del Ejecutivo.

Me explico: para los ex Presidentes del Gobierno creo que sería más interesante poder reflexionar sobre cuestiones de dirección política, de *indirizzo*, antes que sobre cuestiones técnicas que constituyen la normalidad del Consejo de Estado⁸¹. Por ello creo que los ex Presidentes del Gobierno de España deberían pasar a ser nombrados senadores vitalicios. En dicha sede legislativa pueden ofrecer sus conocimientos y sus experiencias de gobierno, atemperando ánimos y sirviendo de amigables componedores de acuerdos políticos. Ellos son, independientemente de sus conocimientos jurídicos, sobre todo y ante todo, eso...personalidades políticas. Políticos para ellos y para la opinión pública⁸².

Y es que, atendiendo precisamente a la realidad órgano-función, en el caso de que el órgano consultivo tuviera que pronunciarse sobre temas de agenda evidentemente política, el pronunciamiento de esta figura «rompería» con esa imagen técnica, aséptica del órgano⁸³.

Sólo un dato. Ni Felipe González, ni José María Aznar ni el propio impulsor de la reforma de 2004, José Luis Rodríguez, son Consejeros de Estado. Trece años después se observa con nitidez la validez real de la propuesta.

⁸⁰ Así lo recoge el archicitado SÁNCHEZ NAVARRO en «La función constitucional...», o. c., pp. 369 y 370 (notas 43 y 44), aludiendo a los posicionamientos políticos (sólo Izquierda Unida se opone a la inclusión de los mismos en la tramitación legislativa de la Ley orgánica estudiada; el Partido Socialista lo llevó en su programa electoral de marzo de 2004), doctrinales (Jorge de Esteban), incluso a la inclusión de esta figura en los órganos asimilados autonómicos respecto a sus ex Presidentes regionales. Yo creo, evidentemente que todo ello no deja de venir vinculado a intentar dotar de mayor estatus, sobre todo económico, a esta figura. Y no me parece del todo mal dicho fin... siempre que la sociedad pueda aprovechar sus conocimientos... Y en el Consejo de Estado, o en los órganos consultivos autonómicos creo que esa figura no aporta nada en absoluto. Los ex Presidentes del Ejecutivo deben seguir aportando a la sociedad, sí, pero como políticos que son, en órganos políticos. El aceite y el agua, hasta la fecha, son perfectamente incompatibles.

⁸¹ Algo tendrá que ver con esta cuestión con la inclusión de las competencias sobre la articulación de proyectos legislativos y/o de reforma constitucional que estudio en el apartado correspondiente. Como aquello sobre la prioridad temporal del huevo y la gallina, aquí cabría preguntarse también si se crea la competencia en relación con la reforma constitucional para incluir a los ex Presidentes o si, por el contrario, como se incluyen a los mismos, se dota de «competencias extraconsultivas» al Consejo de Estado.

⁸² Así lo definiendo en VERA SANTOS, *Senado territorial...* o. c., pp. 283-286 y concordantes.

⁸³ Incluso la reforma del Reglamento Orgánico incide en el artículo 34 en ese matiz político, previendo que estas figuras puedan, si así lo considerase el Presidente del Consejo de Estado, realizar «otras funciones de asesoramiento, dirección o representación», en virtud de su experiencia y rango institucional. Sobran las palabras... ¿Podría un ex Presidente del gobierno, con el permiso del Presidente del Consejo de Estado, realizar funciones de asesoramiento a, por ejemplo, Gobiernos extranjeros en procesos de inestabilidad política, existencia de proceso de paz, etc.? ¿Y encargarles un estudio-ponencia sobre una temática concreta? ¿La representación sería sólo referida al Consejo de Estado? ¿a su Presidente?

4.2. *Novedades institucionales: la creación de la Comisión de Estudios.*

Si me he mostrado absoluta y radicalmente en contra de la presencia de los ex Presidentes del Gobierno en el Consejo de Estado, puedo adelantar que la creación de una Comisión de Estudios en el seno de dicho órgano cuenta con mi aquiescencia⁸⁴, bien que con ciertas condiciones y matices, como a continuación escribiré.

Indica el artículo 3.1 LOCE, reitero, después de la reforma de 2004, que «el Consejo de Estado actúa en Pleno, en Comisión Permanente o en Comisión de Estudios».

Introduce así una nueva institución interna en el supremo órgano consultivo y, posteriormente, en el artículo 5.2 establece su composición y posibilidades de colaboración con otras entidades para el cumplimiento de sus fines. Dicha 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». El plazo de dicho mandato es fijado en dos años, por el Reglamento orgánico, en su artículo 26.2, cabiendo su posible renovación, pudiéndose también incorporar a este órgano recién creado, nuevos Consejeros para tareas concretas⁸⁵. La Comisión de Estudios estará asistida por, al menos, un Letrado Mayor y por los Letrados que, en función de las tareas encomendadas se considerase.

Pero claro, si atendemos al dicho de que «toda función crea un órgano», debemos volver la mirada hacia qué funciones va a cumplir la recién creada Comisión de Estudios. Y aquí es donde radica el *quid* de la cuestión. Dice el artículo 2, en su apartado tercero, generalizando y sin especificar los órganos ni el procedimiento a seguir que «el Consejo de Estado realizará por sí o bajo su dirección los estudios, informes o memorias que el Gobierno le solicite y elaborará las propuestas legislativas o de reforma constitucional que el Gobierno le encomiende. Podrá llevar a cabo igualmente los estudios, informes o memorias que juzgue oportuno para el mejor desempeño de sus funciones.

⁸⁴ Estoy de acuerdo con la aseveración que recoge la Exposición de Motivos de la Ley orgánica de 2004 de que «la función consultiva no se construye de modo exclusivo y excluyente a la traducida en dictámenes». Continúa después incluyendo en dicha función, citando el derecho comparado, las tareas de emisión de estudios, y también la de elaboración de textos que sirvan de base a proyectos legislativos... En este último caso discrepo. Mucho más si se refieren a proyectos de reforma constitucional, como más adelante desarrollo.

⁸⁵ Continúa el artículo citado de la LOCE indicando que «cuando la índole de los trabajos a realizar lo requiera, podrá recabarse igualmente la asistencia a la Comisión de Estudios de funcionarios de otros cuerpos de la Administración en los términos previstos en el reglamento orgánico del Consejo de Estado y, en defecto de este, en los términos que la propia Comisión determine a propuesta de su Presidente». La Disposición adicional alude a esta colaboración con el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y otros organismos y órganos de la Administración General del Estado. Estoy de acuerdo con la regulación citada.

En la elaboración de las propuestas legislativas o de reforma constitucional atenderá los objetivos, criterios y límites de la reforma constitucional señalados por el Gobierno, y podrá hacer también las observaciones que estime pertinentes acerca de ellos»⁸⁶.

Y he aquí que el artículo 23 LOCE prevé que sea la propia Comisión de Estudios la que «ordenará, dirigirá y supervisará la realización de los estudios, informes o memorias encargados por el Gobierno y, una vez concluidos, emitirá juicio acerca de su suficiencia y adecuación al encargo recibido», continuando con un apartado segundo que prescribe también que «elaborará las propuestas legislativas o de reforma constitucional que el Gobierno encomiende al Consejo de Estado y 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.»

En resumen, que este nuevo órgano será el protagonista, tanto en su aspecto iniciático como en la defensa postrera ante el Pleno⁸⁷, de las dos «competencias múltiples» que la nueva normativa introduce como propias del Consejo de Estado, como propias de la función consultiva, interpretada bajo la óptica «neomile-naria». A saber: a) la realización de estudios, informes o memorias que, por un lado, le solicite el Ejecutivo, pero también los que juzgue oportuno para el mejor desempeño de sus funciones; y b) la elaboración de propuestas legislativas o de reforma constitucional que el Gobierno le encomiende, eso sí, atendiendo a los objetivos, criterios y límites de la reforma constitucional señalados por el Gobierno, aunque también podrá realizar las observaciones que estime pertinentes acerca de ellos.

Para entendernos, se quiere dotar al Consejo de Estado de unas nuevas funciones, digamos, de estudio y de propuestas legislativas y de reforma constitucional, y parece, digo parece, que se considera que el «viejo» Consejo de Estado, con su Pleno, Comisión Permanente y Secciones, no pueden implementarlas. Resulta, cuanto menos, sorprendente ¿no? Mucho más si, de la propia regulación antes vista se expresa la composición, la duración del mandato y el carácter abierto de la tantas veces citada Comisión. O quizás aquí radique la explicación; quizás, y digo solo quizás, el corto mandato de dos años de los seis Consejeros elegidos, junto a la posible inclusión de otros Consejeros diferentes «para tareas concretas», dice el artículo 5 LOCE, hace

⁸⁶ Por su parte, el artículo 13.5 LOCE expresa que será «el Presidente, oída la Comisión de Estudios, [quien] podrá disponer la realización de estudios, informes o memorias y, a tal efecto, acordar la constitución de grupos de trabajo en los supuestos y forma que determine el reglamento orgánico».

⁸⁷ El artículo 17 LOCE indica en su apartado primero que «la ponencia en los asuntos en que haya de entender el Consejo en Pleno corresponderá a la Comisión Permanente o a la Comisión de Estudios, atendiendo a sus respectivas competencias.» La redacción del nuevo apartado cuarto de este artículo 17 remite al reglamento orgánico para la regulación de la organización y funcionamiento de dicha Comisión (*vid.* notas 90 y 91 y textos concordantes).

de esta Comisión de Estudios, una especie de «Comisión Permanente ad hoc»⁸⁸, temporalmente controlada por el Presidente del Consejo de Estado⁸⁹.

Y es que, aparte de lo previsto en la LOCE, de la lectura del Reglamento orgánico, en su redacción adecuada a la reforma legislativa del 2004, se desprende a) el paralelismo y rango similar entre la Comisión Permanente y el nuevo órgano⁹⁰; b) la ponencia en la Comisión de Estudios la desempeñará el grupo de trabajo constituido a tal fin, bien sea éste la redacción de textos normativos o de reforma constitucional, bien sea la realización de informes, pudiendo presentar propuestas con pluralidad de opciones; c) los grupos de trabajo que se crean dentro de la Comisión de Estudios, los dirige el Presidente del Consejo de Estado o el Consejero miembro de la Comisión que él designe, oída la propia Comisión de Estudios⁹¹.

Honestamente creo que a) la competencia de estudio cabe en la función consultiva sin mayor problema, tanto por el ejemplo comparado como por el propio sentido común; b) se podría haber incluido dicha competencia en la Comisión Permanente, incluso en una Sección de las existentes, introduciendo las novedades procedimentales necesarias, con los matices que conviniesen al caso. En el fondo, creo que la reforma de 2004 obedece a motivaciones políticas, tan lícitas como precipitadas⁹²: el Gobierno del Presidente Rodríguez quiso reformar la Constitución y, jugando con la *auctoritas* del Consejo de Estado, creó en su seno una «Comisión Permanente paralela» y más «controlada». Así surge la Comisión de Estudios, sólo responsable ante el Pleno, ponente y también mano hacedora de los trabajos de reforma constitucional y de los informes y memorias, así como de los proyectos legislativos rogados.

Pero, como veremos a continuación, en el apartado 4.3, la realidad se impuso a la precipitación, de tal forma que incluso los trabajos para la reforma constitucional solicitados en 2006, motivo último de la urgencia legislativa, no lo fueron como «proyecto de reforma» sino como «informe» al respecto de la cuestión⁹³.

⁸⁸ Utilizo adrede el término Comisión Permanente... Incluso el cambio de denominación pretende y denota una clarísima diferenciación entre «lo viejo» y «lo nuevo». La Comisión Permanente estaba compuesta, además de por el Presidente y por el secretario General, por los Consejeros Permanentes, con un mandato vitalicio. Ello dota a este órgano de una independencia que, quizás, no fuera asimilada en la nueva Comisión de Estudios con una composición como la indicada.

⁸⁹ Recuerdo que el artículo 6 LOCE establece que el Presidente es nombrado por Real Decreto gubernamental.

⁹⁰ La Sección 2.ª (arts. 112 y 113) del Capítulo 2.ª (Funcionamiento), del Título II (Composición), del ROCE presenta un enunciado descriptivo que evidencia lo dicho: «De la Comisión Permanente y de la Comisión de Estudios»; posteriormente, la Sección 3.ª (arts. 114 a 119) se refiere a las clásicas Secciones y, en el último de los artículos, a los Grupos de trabajo que se crean en el seno de la Comisión de Estudios.

⁹¹ Me refiero a los artículos 113 y 119 ROCE. Del Presidente o del Consejero que él mismo haya designado depende la asignación de medios materiales y personales al grupo de trabajo. Igualmente pueden solicitar la participación de personas, instituciones o del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales dependiendo de la índole de los trabajos a realizar

⁹² VERA SANTOS, « De la elaboración de...», o. c. pp. 741,755 y, sobre todo, 764.

⁹³ *Ibidem*, p. 766.

4.3. *Novedades funcionales: especialmente la elaboración de propuestas legislativas y de reforma constitucional*

Aunque de la Exposición de Motivos de la tantas veces citada Ley orgánica 3/2004, de 28 de diciembre, pueda parecer lo contrario⁹⁴, los artículos 2.3 y 21.1 LOCE manifiestan la evidencia inversa: con el nuevo milenio, con la llegada de un nuevo Gobierno, se introducen en el Consejo de Estado novedosas competencias⁹⁵, alguna de las cuales considero que rompe absoluta y radicalmente con su tarea consultiva, con su función técnica, con su carácter de órgano de relevancia constitucional...

Establecía el artículo 2.3, en su nueva redacción, como ya hemos visto antes, que el Consejo de Estado puede realizar a) estudios, informes o memorias que el Gobierno le solicite, o también que él mismo considere oportuno para el mejor desenvolvimiento de sus funciones, expresión ésta última con claros fines reduccionistas a su propio ámbito; b) elaborar propuestas legislativas o de reforma constitucional, eso sí, encomendadas por el Gobierno y atendiendo a los objetivos, criterios y límites que el mismo le señale, pudiendo realizar las observaciones que estime pertinentes⁹⁶.

⁹⁴ En la misma, podemos leer: «A su vez, la ley orgánica 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» (las cursivas son mías, para destacar la incongruencia que denuncio). Aparte de las cuestiones funcionales a las que aludo en el cuerpo del trabajo, sí es cierto que se incluyen nuevas competencias que suponen la meritada «adaptación al marco legal» (*vid.* nueva redacción de los artículos 22, apartados 2, 6, 10 y 13). Tan cierto como que la Exposición de Motivos «esconde» la inclusión de la elaboración de textos preparatorios de la reforma constitucional bajo la genérica expresión «elaboración de textos que puedan servir como base para proyectos legislativos», algo ya en sí mismo, de dudosa relación con la función consultiva, dicho sea de paso.

⁹⁵ Opinaba GÁLVEZ MONTES, J. (1997) «Artículo 107. El Consejo de Estado», en ALZAGA, O. (dir.) *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, Edersa, vol. viii, pp. 605-629 (610), asegurando que «[la] 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».

⁹⁶ En pura lógica, el artículo 21.1 indica que el Pleno del Consejo de Estado debe ser consultado sobre los «anteproyectos de reforma constitucional, cuando la propuesta no haya sido elaborada por el propio Consejo de Estado». Parece congruente el enunciado y la argumentación que encierra: si se considera ex artículo 2.3 LOCE que el Consejo de Estado puede actuar como «redactor» de textos legislativos y/o de reforma constitucional, lo normal es que, si no es así, evacue el correspondiente dictamen. Así lo indica el Dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto ya citado (pp. 58-60), como recojo en VERA SANTOS, «De la elaboración de propuestas de...», o. c. nota 8.

Otra cuestión diferente, pero muy vinculada a la anterior radica en que esta lógica conlleva intrínseca una polémica. Del conjunto de la redacción de los apartados citados, parece colegirse que, una vez que el Consejo de Estado ha realizado la propuesta de reforma constitucional, no puede modificarse el texto del mismo... De lo contrario, debería permitirse que el Consejo de Estado «volviera» a estudiar el proyecto, debido a la «supremacía» de sus dictámenes... ¿o no?

Respecto a la realización de estudios, informes o memorias, excepto por las consideraciones tanto procedimentales como referidas a la creación de un órgano «paralelo» a los existentes, no creo que exista mayor problema para su admisión, aunque la actividad del Consejo de Estado pueda «pisar» la cotidiana actuación de otros órganos de apoyo o asesoramiento (consejos técnicos, staff ministeriales, etc...). Pero no es esta la cuestión que nos ocupa ya que, efectivamente pienso que dicha facultad consultiva, digamos, previa, y no *a posteriori*, con ser diferente a la realidad española hasta la fecha, es perfectamente asimilable a los ejemplos comparados y, también insisto, a la esencia de la función que un órgano de relevancia constitucional, técnico, puede desarrollar.

Otra opinión es la que mantengo sobre la elaboración de propuestas legislativas, en las condiciones arriba expuestas⁹⁷; ni la configuración constitucional del Consejo de Estado (me refiero a su carácter de órgano de relevancia constitucional, alejado de la función de dirección política, vinculado a su esencia técnica), ni los ejemplos comparados, permiten sustentar la nueva competencia de propuesta legislativa por el supremo órgano consultivo⁹⁸.

El propio Consejo de Estado, durante la vigencia de la normativa anterior a la reforma de 2004, establecía a) su posible actuación en el ámbito consultivo respecto a normas con rango de ley⁹⁹; y b) preveía sus límites. Así, en el Dictamen 307/1996, de 4 de septiembre señalaba 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» aunque, no obstante, también podrá «valorar los aspectos de oportunidad y conveniencia cuando lo exija la índole del asunto, pero sin olvidar que es al legislador, en última

⁹⁷ Dejo a un lado la cuestión referida a si el ejercicio de la función consultiva referida a normativa con rango de ley puede conllevar, conlleva, problemas respecto a la configuración del Consejo de Estado como órgano alejado del «indirizzo», de su función técnica y no política SÁNCHEZ NAVARRO («La función constitucional...», o. c., p. 375).

⁹⁸ *Ibidem*, p. 376. Alude el catedrático complutense, aparte de a las excepciones recogidas en el caso español, a los ejemplos italiano y francés. Del primero destaca el desuso de dicha competencia, citando a la doctrina italiana y su calificación de la misma como actividad política aquella consistente en «formular proyectos de ley o de reglamentos»; en el caso galo, es cierto que cabe la presentación de textos legislativos alternativos, pero dentro de un procedimiento de trabajo reglado y frente al texto que se presenta a estudio por los órganos legitimados. El Dictamen 1484/2004, referido como ya he indicado, a la que sería la norma orgánica reguladora de 2004, recoge ejemplos que, o bien no lo son, o se encuentran en modelos de órgano consultivos muy lejanos al nuestro, caso de Luxemburgo o Egipto (VERA SANTOS, «De la elaboración de...», o. c., nota 67). Se muestra a favor de las mismas GALERA VICTORIA, A. (2007) *Constitución, función consultiva y Estado autonómico*, Navarra, Thomson-Civitas... En p. 123 y ss. defiende la actividad del Consejo de Estado, incluso como «hacedor de proyectos de reformas», apoyando su opinión en la del maestro RUBIO LORENTE, recientemente fallecido, protagonista indiscutible de la reforma de 2004.

⁹⁹ En puridad ha de destacarse, como ya he indicado en notas 57 y 58 que ya en la redacción de los artículos 21 y 22 de la LOCE, en su redacción de 1980, se establecían como competencia del Pleno o de la Comisión Permanente posibilidades consultivas en relación con normas con rango de ley.

instancia, y al titular de la iniciativa legislativa, en primer lugar, a quienes 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»¹⁰⁰. Y en su Dictamen 47451, de 19 de junio de 1985 matizaba que, aunque «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 del Consejo en tal campo supondría, cuando menos una injerencia de difícil justificación en el campo de actuación de otro órgano constitucional»¹⁰¹.

En cualquier caso, creo que es evidente la diferencia entre los supuestos de actuación del Consejo de Estado hasta 2004 y con posterioridad a la aprobación de dicha reforma.

Y entro así en el apartado más evidentemente contrario a la propia concepción que defiende el Consejo de Estado y de lo que debe ser su función consultiva, insisto de nuevo, basada en la *auctoritas* y no en la *potestas*, alejada de la dirección política y cercana a las tareas técnicas¹⁰². Me refiero a la posibilidad dada al Consejo de Estado de elaborar propuestas de reforma constitucional, encomendadas por el Gobierno atendiendo a los objetivos, criterios y límites que el mismo le señale, pudiendo realizar también las observaciones que estime pertinentes¹⁰³.

Y es que, «la pregunta sería ¿cabe mayor actividad política que la resultante de desarrollar, de articular una reforma constitucional? ¿se corresponde esta tarea con una función técnica? Las respuestas (...) son obvias»¹⁰⁴.

En el Dictamen 1484/2004 argumenta el Consejo de Estado, con menos éxito del pretendido, en un intento de responder a estos requerimientos que afectan a su propia esencia orgánica y funcional, que la función consultiva no se constreñía hasta la fecha «de modo estricto y excluyente a la emisión de dictámenes»¹⁰⁵; en segundo término

¹⁰⁰ Fecha de aprobación: 4 de septiembre de 1996 URL: http://www.boe.es/g/es/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=1996-3071.

¹⁰¹ Puede consultarse en PÉREZ-TENESSA, A. (2003) *Compendio de la doctrina del Consejo de Estado en el XXV Aniversario de la Constitución*, Consejo de Estado/Boletín Oficial del Estado, Madrid, p. 23.

¹⁰² Recuerdo aquí lo ya indicado en apartados 2.1 y 2. 2 de este artículo y la articulación a partir de los mismos de la argumentación utilizada.

¹⁰³ Me he pronunciado al respecto, de manera mucho más concreta y extendida en VERA SANTOS, «De la elaboración de...», artículo al que me remito.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 754.

¹⁰⁵ *Dictamen*, pág. 47. Se refiere al artículo 20, apartados dos y tres LOCE, vigentes hasta la reforma de 2004. Este artículo establecía que el Consejo podía elevar propuestas al Gobierno y, obligatoriamente, la Memoria anual en la que se podían encontrar «sugerencias de disposiciones generales y medidas a adoptar para el mejor funcionamiento de la Administración». También se observa esta argumentación en la Exposición de Motivos de la Ley orgánica 3/2004.

alega que en la función consultiva «puede incardinarse también la realización de estudios, informes, memorias y *propuestas*¹⁰⁶ previos¹⁰⁷ a la puesta en marcha de determinadas iniciativas gubernamentales (...). Injertadas en estas tareas como una rama en el tronco común de la función consultiva propia del Consejo de Estado (la exposición de motivos [se refiere a la del anteproyecto] señala que se añaden con el propósito de fortalecimiento de la Institución (...))»¹⁰⁸.

Pero ¿se ha utilizado la vía de la elaboración de propuestas de reforma constitucional? La realidad se ha impuesto a la ficción jurídica, a pesar de que, como veremos, el Consejo de Estado parece que se queda con las ganas de actuar como «ponente constitucional»¹⁰⁹. Por acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, el Gobierno remitió al supremo órgano consultivo la correspondiente consulta para la realización de lo que luego resulta el Informe sobre la reforma constitucional¹¹⁰. Pues bien, el Consejo de Estado entiende que el Gobierno no solicita la elaboración de una propuesta de reforma constitucional, sino un «informe sobre (...) modificaciones de la Constitución Española», sin encomendarle — como también habría podido hacer— la elaboración de una o varias «propuestas de reforma constitucional» (...). No se le pide la redacción de textos que den forma jurídica a una reforma cuyo contenido está ya definido, sino un informe acerca de

¹⁰⁶ Uso la cursiva para destacar mi argumentación. Evidentemente en el Dictamen citado aparece redactado sin ningún tipo de rasgo destacable, equiparando, de manera tan intencionada como errónea, la realización de informes o memorias con la redacción de propuestas legislativas o de reforma constitucional.

¹⁰⁷ El argumento anterior varía si se aplica al concepto de «propuestas» antes visto, el adjetivo «previos»... En este caso no se observa una equiparación entre actividades diversas... Simplemente no se alude a la competencia más relevante que la Ley orgánica de 2004 introduce.

¹⁰⁸ *Vid. Dictamen*, pág. 47. Se recoge casi literal en la Exposición de Motivos de la Ley orgánica 3/2004.

¹⁰⁹ Pero, siguiendo la terminología agrícola utilizada, hay injertos que prenden y otros que no... En relación con lo anterior ¿qué uso le ha dado el Gobierno a esta previsión competencial? ¿cuántas propuestas de reforma constitucional, incluso de normas con rango de ley han sido elaboradas desde 2004 por el Consejo de Estado? Según los datos de la página web www.consejo-estado.es, la respuesta es clamorosa... Ninguna.

En VERA SANTOS «De la elaboración de...», utilizo una cita de Santo Tomás Moro, que introduzco al principio del artículo. «(...) y al prescribir a Dios de modo tan exacto lo que queremos que haga por nosotros (...) en su indignación nos concederá nuestra petición y muy pronto descubriremos que se convierte en daño». Es nuestro «Dios castiga a los hombres concediéndoles sus deseos», que aplicado a la puerta abierta, a la posibilidad a la que alude el Consejo de Estado en su *Informe* y que destaco dos notas más abajo, conllevaría muchos problemas para el propio órgano que parece anhelarla.

¹¹⁰ Como ya he indicado, creo que la modificación de la LOCE de 2004 se produjo por consideraciones más políticas que técnicas, para utilizar el Consejo de Estado, como «hacedor» de la reforma que el Presidente Rodríguez propuso respecto a los cuatro temas que se estudian por el Consejo de Estado. El texto íntegro de la consulta en RUBIO LLORENTE, F. y ALVAREZ JUNCO, J. (ed.) (2006) *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*, Consejo de Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, págs. 31 a 50.

las modificaciones constitucionales que la consulta define solo por relación a los objetivos que el gobierno considera deseables»¹¹¹.

Estoy de acuerdo con la decisión tomada por el Consejo de Estado de considerar la consulta como un «informe», siendo la única que, además, permite el procedimiento de reforma recogido en el Título X de nuestra Constitución¹¹². Pero... discrepo abiertamente cuando, sobre todo a) indica que el Gobierno podría haberle encargado una «propuesta de reforma constitucional»; y b) cuando, dentro del *Informe* citado procede a incluir en sus consideraciones textos articulados¹¹³, sobrepasando el contenido que un mero informe debería incluir¹¹⁴.

¿Para qué se aprobó esa capacidad competencial tan discutible de proponer textos articulados¹¹⁵ de reforma constitucional y luego no se lleva a cabo en la práctica de la misma? La respuesta es evidente. A pesar de las argumentaciones vistas

¹¹¹ RUBIO LORENTE y ÁLVAREZ JUNCO, o. c., pág. 59. Recordamos que los textos son literales. La cuestión de si se solicitó un informe o una propuesta no queda tan clara. El Acuerdo del Consejo de Ministros alude, es cierto, a que «el Consejo de Estado, en Pleno, informe sobre las modificaciones de la Constitución...»; así, en tres de los cuatro *petitum* referidos a cada objeto material de reforma, se alude al término «informe» (págs. 41, 45 y 49), si bien, alude a una «propuesta de reforma constitucional» al referirse al modo de eliminar la preferencia del varón sobre la mujer en el acceso al Trono (pág. 37).

¹¹² Ha de recordarse, siguiendo el propio *Informe* del Consejo de Estado (p. 250), que el procedimiento expresado en el artículo 168 CE, proceso formal a seguir respecto a la reforma solicitada, según indica el propio órgano consultivo, impide la elaboración de propuestas de reforma constitucional no ya sólo al Consejo de Estado, sino incluso a los órganos constitucionales dotados de iniciativa legislativa e, incluso, a las primeras Cortes que se disuelven una vez aprobado el principio de reforma (VERA SANTOS, *La reforma constitucional*, o. c., pp. 249-256). Limitación constitucional ésta que hace aún más compleja la posible solicitud gubernamental de la elaboración de una propuesta de reforma, exceptuando aquéllas que pudieran tramitarse ex artículo 167 CE, como indico también en VERA SANTOS, «La elaboración de...», o. c., p. 762. En el caso de reforma a realizar a través del procedimiento establecido en el artículo 167 CE, la cuestión sería teórica, de corrección, de «esencia», de lo que puede y debe hacer un órgano técnico, dotado de *auctoritas*, como he venido indicado en este artículo. Es decir, que tampoco creo adecuado que el Consejo de Estado realice una propuesta de reforma constitucional que siguiera el procedimiento del artículo 167 CE, aunque por estas otras razones que acabo de exponer.

¹¹³ *Vid.* páginas 73-74, 112, 144 y ss. o 227 y ss. de dicho *Informe*.

¹¹⁴ Tan es así que, en la página 59 del referido *Informe*, el propio Consejo de Estado justifica la inclusión de textos articulados de la siguiente manera: «la naturaleza del trabajo que se le encomienda (se refiere precisamente a la reflexión antes citada de que nos hallamos ante un informe y no ante una propuesta de reforma, bien que el mismo haya de acoger la crítica de las diversas posibilidades [sic]) ha llevado al Consejo de Estado a incluir en el Informe redacciones posibles de los preceptos constitucionales en los que habría de plasmarse la reforma (...). Pero estas redacciones se ofrecen siempre, como de modo reiterado se subraya, a efectos indicativos: para ilustrar el razonamiento y no, en modo alguno, como propuesta de textos para ser incorporados a un proyecto de reforma ya concluso. Ni una propuesta de este género es propia de un informe, ni hubiera sido posible formularla sin desbordar el marco establecido por el Gobierno para emitir el que del Consejo solicita». Sobran, de nuevo, aclaraciones.

¹¹⁵ Sólo cabe recordar que el artículo 134 ROCE, indica que tanto las propuestas legislativas como las de reforma constitucional se formularán mediante «textos normativos completos», bien que se puedan presentar ante la Comisión de Estudios o el Pleno propuestas que incluyan pluralidad de opciones.

en el Dictamen de la LO 4/2004, en la propia Exposición de Motivos, incluso en el propio *Informe* de 2006, la vertebración del Consejo de Estado como órgano de relevancia constitucional, técnico y no político, desaconseja su uso. El sentido común y la realidad política, bien entendida sea esta expresión, han truncado la artificiosidad legislativa.

Incluso si atendemos al *Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación del régimen electoral general*, de 24 de febrero de 2009, se observa que, por una parte, no aparece ni un solo artículo, ni siquiera a efectos ejemplificadores; además, dicho Informe concluye cada uno de los temas objeto del mismo con un epígrafe titulado «consideraciones finales», donde se teorizan criterios posibles, pero sin incluir tampoco texto articulado alguno. Es decir, que el Consejo de Estado se ha dado cuenta de que la redacción de textos articulados, ya sean en anteproyectos legales o de reforma constitucional, supone una inmiscusión en la función de dirección incompatible con un órgano de su naturaleza consultiva¹¹⁶.

CONCLUSIONES

Corresponde, para finalizar este artículo, sistematizar unas conclusiones que expresan mi postura respecto a la materia estudiada.

I. Según la propia jurisprudencia constitucional (SSTC 56/1990 y 204/1992) y la inmensa mayoría doctrinal, el Consejo de Estado, supremo órgano consultivo «del Estado», se caracteriza por ser un órgano de relevancia constitucional. Como he indicado, los órganos constitucionales vienen definidos en su composición y funciones por la propia Constitución, son definidores del «ser» constitucional, partícipes del poder político, del *indirizzo*. Pues bien, el Consejo de Estado ni viene definido totalmente en la misma, ni resulta esencial para la definición constitucional del Estado, ni tampoco participa en las tareas de dirección política del mismo.

II. Desde el punto de vista funcional, alejado de polémicas sobre si la función consultiva subsume la de control o si ambas competencias son diferentes, puedo concluir que en uno u otro caso, el Consejo de Estado desarrolla funciones técnicas y no poderes políticos. De ahí su calificación como órgano auxiliar, entendida sea ésta desde una óptica objetiva, con autonomía absoluta para el cumplimiento de sus funciones y nunca subordinado al órgano que solicita la consulta, el auxilio.

¹¹⁶ Hecho éste, la redacción de textos articulados, que tampoco aparecen en los propios informes solicitados hasta la fecha. En el apartado «Documentación» de la página web institucional aparecen los informes redactados hasta la fecha, sobre temática tan variada como el cumplimiento del Derecho comunitario, la titularidad compartida de las explotaciones agrarias o anuncios pornográficos en prensa escrita (los tres fechados en 2010); la protección de hábitat y especies de 2006...

III. Todo lo anterior, tanto la definición orgánica realizada por la doctrina y la jurisprudencia constitucional, como la calificación funcional del Consejo de Estado, no surge de la nada..., no aparece como entequeia teórica. Al contrario, la doctrina española, como la también citada italiana, realiza esta calificación toda vez que el supremo órgano consultivo queda delimitado constitucional y legislativamente. De tal forma que los pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales citados se dan a la luz de las prescripciones normativas. Sobre todo el artículo 107 CE y la Ley orgánica 3/1980, junto con el Reglamento orgánico de desarrollo, son los que permiten aseverar lo antes defendido. Es decir, el apartado 3 de este trabajo, el estudio normativo, se conforma en prioridad argumental, retroalimentándose con la calificación teórico-jurisprudencial. No se entienden ésta sin aquella, ni tampoco al contrario...

Se podría argumentar *a contrario sensu*. Es decir, no acudir a las definiciones doctrinales, jurisprudenciales y normativas previas, procediendo a realizar una nueva construcción teórica, sin variar la denominación. Con las nuevas funciones, el órgano seguiría titulándose igual, legitimando así con su autoridad histórica, sus nuevas funciones, pero variaría su naturaleza. En numerosos conceptos clásicos ya ha ocurrido; nociones como Estado, soberanía o poder constituyente, siguen sonando, aunque, para algunos, con un contenido diferente, mejor dicho, antitético del primigenio. Sin negar la necesaria evolución conceptual, creo que por muy bueno que sea el «encaje de bolillos» doctrinal, al menos debe ser «encaje» y «de bolillos»... Algunos olvidan lo evidente...

Volviendo a la cuestión, la normativa constitucional y legal hasta 2004, no planteaba mayores problemas conceptuales para la doctrina constitucional. Quizás la extensión o no del artículo 23.2 LOCE sobre la obligatoriedad del dictamen a las Comunidades Autónomas, junto a la descentralización orgánica y funcional fruto de la definición de España como Estado autonómico, podían ser las cuestiones a debatir. De ahí que fueran los historiadores del Derecho, los administrativistas y los propios Consejeros y letrados quienes más se hayan ocupado del estudio del Consejo de Estado. Para los constitucionalistas, digamos, «todo estaba bien». Si además, el Consejo de Estado no participaba del poder político y su función era auxiliar...

IV. La aprobación de la Ley orgánica 3/2004, de 28 de diciembre, día de los Santos Inocentes, conlleva un cambio radical en todo lo hasta ahora expuesto. La incorporación de los Ex Presidentes del Gobierno al órgano consultivo, la creación en su seno de la Comisión de Estudios y, sobre todo, la atribución de nuevas competencias, formalizadas por el nuevo órgano creado, para la realización de proyectos legislativos y de reforma constitucional (casi «de tapadillo», si se me permite la expresión, a la luz del Anteproyecto, del Dictamen del propio órgano y de la propia Exposición de Motivos de la citada ley orgánica), constituyen una ruptura de la esencia, de lo preconizado hasta la fecha de lo que es, de lo que significa, de las tareas de un Consejo de Estado que, ahora sí, pasa a ser estudiado por los constitucionalistas, quizás

debido, sobre todo, a dos cuestiones. A saber: a) la inclusión de los ex Presidentes de Gobierno introduce, es obvio, un matiz eminente, y evidentemente, político en un órgano técnico; y b) la posible redacción de proyectos legislativos y de reforma constitucional «sacan» al Consejo de Estado de su calificación esencial como órgano consultivo, auxiliar, técnico, y le convierten, «en horas veinticuatro», como diría Lope de Vega, en un órgano decisorio, mejor dicho, en un órgano que «puede» ser decisorio, en la redacción/aprobación de normas legislativas y, más increíble aún, en hacedor de proyectos de reforma constitucional.

Y las tres cuestiones referidas, relacionadas entre sí. Como los Ex Presidentes son Consejeros, aparecen nuevas competencias «políticas»; o al contrario, como existen éstas, se incorporan al órgano a las figuras políticas citadas. Y, además, para la formalización de las mismas, se «construye» un nuevo órgano, vaya a ser que Pleno, Comisión Permanente y Secciones puedan poner piedras en el camino... Eso se llama desconocer absoluta y radicalmente la actividad y buen hacer secular del Consejo de Estado como órgano consultivo... Y de nuevo insisto en la enorme carga política de la reforma aprobada en 2004, algo legítimo sin duda alguna, pero que llevó a la absoluta precipitación y a la posterior disociación de la realidad, por no uso, de las tan novedosas competencias «consultivas» consistentes en la redacción de textos articulados referidos a proyectos legislativos y de reforma constitucional, como más adelante concluyo y antes he expuesto en el cuerpo de este artículo.

V. La incorporación de los ex Presidentes de Gobierno al Consejo de Estado, si no se hubieran modificado también las competencias del mismo, podría haber pasado, quizás, más desapercibida. Ya he mantenido, y sigo creyendo, que la reforma de 2004 no puede entenderse si se aísla cada uno de sus apartados, pero bueno... Incluso si no se hubiera incrementado las competencias, yo diría, que de manera exorbitante respecto a la naturaleza del órgano estudiado, yo no soy partidario de la presencia en el órgano consultivo de las grandes figuras políticas de nuestro sistema parlamentario de canciller, salvo que se quiera transfigurar dicho órgano en decisorio, insisto.

Y no lo soy por una razón muy sencilla: el pronunciamiento de una persona de la talla de los ex Presidentes González, Aznar o Rodríguez, *per se, razione personae*, y aunque lo fuese respecto a cuestiones «técnicas», acarrearía que la opinión pública, y publicada, extrajese conclusiones «políticas». Esto llevaría al órgano en su conjunto a la lógica exposición y crítica mediática y política, algo que, más temprano que tarde, socavaría su *auctoritas* y terminaría afectando a sus criterios de composición y al resto de sus funciones. Recuérdese el voto particular del ex Presidente Aznar respecto al Informe de 2006 sobre la reforma constitucional...

Alguien podría preguntarse si las categorías para poder ser elegidos Consejeros permanentes, natos o electivos no se basan precisamente en criterios muchas veces «políticos». Una lectura mínima de las mismas no permite otra conclusión... Pero, insisto, no es lo mismo... Quien ha sido Presidente del Gobierno no puede identifi-

carse con cualquiera de sus Vicepresidentes o Ministros, o Presidentes de Comunidades Autónomas, que siempre han sabido pasar desapercibidos en sus tareas como Consejeros de Estado. Ese «plus», considero, hace peligrar la realidad cotidiana del órgano y de la propia función consultiva.

Pero no sólo debe verse esta cuestión desde la óptica del órgano, que es la más importante, desde luego. La actividad del propio ex Presidente, puede verse también muy afectada, autolimitada incluso, tanto en sus decisiones como Consejero nato de carácter vitalicio, categoría que se crea *ex profeso* a tal fin, como también en sus actividades ajenas al Consejo de Estado.

Solo un dato demuestra que la realidad no ha acompañado a la redacción legal: a día de hoy, ninguno de los ex Presidentes del Gobierno son Consejeros de Estado. De hecho el ex Presidente González no lo solicitó; Aznar y Rodríguez lo fueron durante periodos cortos de tiempo.

Yo sigo creyendo, como indiqué ya en 1997, que los ex Presidentes deben tener asiento en el Senado, como notabilidades políticas que son, conformándose como verdaderos estadistas toda vez que abandonen la política activa partidista. Como servidores del Estado, deben estar, pertenecer, a órganos políticos. Y si se quisiera establecer la de los ex Presidentes, como categoría de acceso al Consejo de Estado introduzcase, en todo caso, como otra más de los Consejeros Permanentes a todos los efectos, abandonado así un régimen *ad hoc* para la figura estudiada, en virtud del cual, según expresa el artículo 35.2 ROCE, trascurridos dos años después de renunciar a su cargo de Consejero, pueden volver a solicitarlo. Poca seriedad denota esta disponibilidad privilegiada en un órgano que, insisto de nuevo, no es un órgano de dirección política, dispuestos a admitir «a demanda», como a neonatos, al nuevo Consejero...

VI. En lo referente a la creación de la Comisión de Estudios soy también crítico. Creo que no era necesaria. Su posición, paralela a la de la Comisión Permanente a la que, por tanto obvia, su reporte directo ante el Pleno, su composición, la creación en su seno de grupos de trabajo tan vinculados a la Presidencia, así como la corta duración de su mandato, perjudican o, mejor, dicho, pueden perjudicar, su independencia a la hora de la realización de los informes o proyectos legislativos y/o de reforma constitucional que les sean solicitados por el Gobierno.

La creación de la meritada Comisión da la impresión que se realiza para «sustraer» a la Comisión Permanente y a las Secciones, órganos institucionalizados desde hace décadas y cuyo buen hacer ha quedado demostrado, las nuevas competencias creadas: informe y redacción de proyectos normativos y de reforma constitucional. Y definiendo que no era necesario.

Independientemente de lo anterior, y siendo partidario de que la función de estudio se hubiera radicado en la Comisión Permanente, estableciendo las modificaciones procedimentales que resultasen necesarias en aras a cuestiones tales como solicitar el concurso de otros organismos públicos etc..., no puedo sino valorar como

muy positiva la tarea realizada por la Comisión de Estudio a lo largo de estos años. Un mero vistazo a la página web de la institución, a los informes realizados, clarifica mi postura al respecto.

VII. Y entro así a enjuiciar las novedades funcionales más destacadas que la reforma de 2004 incluye en su articulado. Como he destacado, con los matices orgánicos y procedimentales expuestos, creo que la función de estudio o informe a realizar por el Consejo de Estado es una realidad más que adecuada a la propia esencia consultiva de este órgano de relevancia constitucional, auxiliar, técnico... Es cierto que se puede aducir que «rompe» con el carácter *ex post* de la mayoría de las actividades del Consejo de Estado, pero no me queda duda alguna que, igual que la función consultiva ha ido variando a lo largo de los siglos, tanto en cuanto a los órganos, generalidad de actuación, etcétera, hoy día no debe producir mayor problema la incorporación de los informes dentro del marco competencial del órgano estudiado.

Mantengo una opinión diferente respecto a la posible elaboración de propuestas legislativas o de reforma constitucional, a las que también alude el artículo 2.3 de la nueva redacción de la LOCE, aunque éstas sean realizadas atendiendo a los objetivos, criterios y límites que les señale el Gobierno ¡faltaría!... La inclusión de estas competencias pseudoconsultivas, casi ni mencionadas, ocultas en la propia Exposición de Motivos, llevaría hasta la primera línea política a un Consejo de Estado en el que se confundiría la *auctoritas* y la *potestas*, la decisión y el consejo, la función técnica con la política, el papel del órgano de relevancia constitucional con el propio de un órgano constitucional... Y si todo ello lo proyecto tanto respecto a las propuestas legislativas como a las de reforma constitucional, en este último caso, con mayor virulencia, también he de indicar que en el caso de proceder a realizar un proyecto de reforma constitucional como la propia Ley orgánica 3/2004 permite hacerlo respecto a una temática protegida por el artículo 168 CE, se estaría conculcando dicho precepto, como el propio *Informe* sobre la reforma constitucional establece.

Nuevamente la realidad se ha impuesto a las prescripciones normativas. Así a) el Gobierno, durante todos estos años, no ha solicitado del Consejo de Estado la redacción de proyectos legislativos ni de reforma constitucional. Ni siquiera ha sido así respecto a la motivación política que, sin duda, abrió la puerta a esta precipitada reforma, ya que la reforma constitucional planteada por el Presidente Rodríguez al principio de su primer mandato resultó sustanciada a partir de un *Informe* (el de 2006) y no de un proyecto de reforma; b) ítem más, en los diferentes informes solicitados hasta la fecha, ahondando en la difícil situación en la que puede quedar el Consejo de Estado como órgano técnico, han desaparecido, incluso, la redacción de textos articulados, única forma que el artículo 134.2 ROCE permite para los caso de «propuestas legislativas y de reforma constitucional», que «se formularán en textos normativos completos». Para evitar una posible confusión entre «informe y propuesta», en nin-

guno de los informes realizados hasta la fecha, aparece texto articulado alguno; c) Ha sido el propio Gobierno, pero sobre todo la autolimitación del propio Consejo de Estado, los causantes de que se haya sabido conjugar la teoría normativa y la realidad práctica, impidiéndose así, como exponía en un artículo ya citado, la producción de aquellos monstruos goyescos que produjese, en este caso, el «sueño» de las posibilidades normativas, exorbitantes en las competencias atribuidas mediante una normativa precipitada que atendía, en este caso y sobre todo, como he indicado antes, a netos criterios de oportunidad política.

La realidad y experiencia contrastada del Consejo de Estado, a Dios gracias, ha acabado imponiéndose. Lo que no quita para que, algún día, si no se deroga, esa doble posibilidad gubernamental consistente en solicitar proyectos legislativos y/o de reforma constitucional al supremo órgano consultivo, pueda tomar cuerpo. En ese mismo momento, el Consejo de Estado, pasando «del consejo a la decisión», de la función técnica al poder político, debería «reinventarse», en su composición, en sus funciones, en sus procedimientos... Y dudo mucho que el viejo Palacio de los Consejos, sede de este centenario órgano, pudiera soportar dicha tensión, en un negativo intento de ser lo que no es, de hacer lo que no debe, aunque la normativa de 2004 permita que lo «pueda» hacer...

Ojalá que no sea así... Déjalo enseñar a su hijo Ícaro que, para escapar de Creta, ni podía volar cerca del sol ni pegado al mar, ya que se despegaría la cera que unía sus alas artificiales... El poder atrae mucho; bajar al proceloso mar de la política resulta muy atrayente. Cuidado con pedir deseos, que se pueden realizar... Los dioses castigan a los hombres concediéndoles los mismos... Con las instituciones, más concretamente, con una institución tantas veces centenaria como es el Consejo de Estado, puede suceder lo mismo. La escucha de cantos de sirena puede hacer embarrancar la mejor nave, incluso con los capitanes más preparados.

Citas clásicas, sí, para recordar a una institución que también lo es y que, espero y deseo, lo siga siendo. Líbrele Dios de las «sirenas» gubernamentales que pretendan utilizar al Consejo de Estado, a su *auctoritas* contrastada, para alcanzar fines políticos, tan necesarios para la convivencia como alejados de su propia esencia como órgano consultivo; líbrele de «falsos Ulises», creyentes en que los cantos aduladores de aquéllas, simbolizan la llegada a nuevos puertos, que pueden ser nuevos, sí, pero desconocidos, puertas de entrada, en suma, al clásico *hic sunt dracones* que avisaba al ignaro de los peligros de adentrarse en un territorio tan incógnito como también peligroso.

Title:

The fortieth anniversary of the Council of State or how to continue being a consultative body without perishing in the attempt

Summary:

Introduction. 1. Normative regulation. 2. Case-law and doctrinal definition. 2.1. The Council of State as a body of constitutional importance. 2.2. The Council of State as a subsidiary body. 3. The organic act 3/1980 on the Council of State. 3.1. Composition of the Council of State. 3.2. Institutional organization. 3.3. Competences. 4. The organic act 3/2004, Reforming the organic act 3/1980 on the Council of State. 4.1. Developments concerning composition: special focus on the presence of the former Presidents of the Government as «lifelong counsellors». 4.2. Institutional developments: the creation of the Spanish Study Commission. 4.3. Functional developments: especial focus on the submission of legislative and constitutional reform proposals. Conclusions.

Resumen:

Estudio de la regulación constitucional y normativa del Consejo de Estado español, desde su reconocimiento constitucional en 1978, pasando por la ley orgánica 3/1980, hasta la reforma acaecida por ley orgánica 3/2004, en los ámbitos referidos a la composición, organización interna y funciones del órgano consultivo, destacando la crítica a la última de las normas citadas, sobre todo, respecto a la regulación referida a la posible actuación del Consejo de Estado en la elaboración de propuestas normativas y de reforma constitucional.

Abstract:

Analysis of the constitutional and normative regulation of the Council of State from its constitutional recognition in 1978, going through the Organic Act 3/1980 to the legislative reform brought about by organic act 3/2004. Special attention will be paid to the composition, internal organization and functions of the consultative body, highlighting the critic to the afore mentioned organic act, mainly regarding the regulation referred to the possible rol of the Council of State in the development of normative and constitutional reform proposals.

Palabras clave:

Constitución española de 1978; Consejo de Estado; Evolución normativa del Consejo de Estado: composición, organización institucional y funciones; Reforma constitucional

Key words:

Spanish Constitution of 1978; Council of State; Regulatory development of the Council of State: composition, institutional organization and functions; Constitutional reform.