

EL CONSEJO DE ESTADO
DESDE LA PERSPECTIVA PARLAMENTARIA (*)

ANDRÉS OLLERO (**)

(*) Ponencia presentada en la Conferencia Internacional «The Participation of the Government in the Legislative Process» organizada por el Consejo Legislativo de la República de Polonia. Varsovia 18-IX-2007.

(**) Universidad Rey Juan Carlos (Madrid, España).

Cuando se me ha invitado a reflexionar sobre el papel que juega en el sistema jurídico-político español el Consejo de Estado, tras una experiencia de más de diecisiete años como miembro del Congreso de los Diputados, lo primero que se me ha venido a la cabeza es la clásica distinción entre *potestas* y *auctoritas*. Mientras que el Legislativo es uno de los Poderes del Estado, sin que esté del todo claro si es el humus o la sombra del Ejecutivo, el Consejo de Estado aparece recogido en el artículo 107 de la Constitución española como «el supremo órgano consultivo del Gobierno». Mientras la primera acepción de potestad entiende por tal el «dominio, poder, jurisdicción o facultad que se tiene sobre una cosa», hay que remontarse a la sexta acepción de autoridad para encontrarla, desgajada de aquélla, como «crédito y fe que, por su mérito y fama, se da a una persona o cosa en determinada materia» (1).

Entre las funciones del Consejo de Estado figura la de emitir los dictámenes que el Gobierno le solicite. El hecho de que tal solicitud resulte en muchos casos obligada, aunque el dictamen no tenga luego un efecto directamente vinculante, confiere al Consejo una indiscutible autoridad, si bien sólo en términos sociológicos cabría reconocerle poder.

En concreto, entre los asuntos respecto a los que «el Consejo de Estado en pleno deberá ser consultado» se incluyen (2): los «anteproyectos

(1) Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, edición en CD-ROM, Espasa 1998.

(2) De acuerdo con el artículo 21 de la Ley 3/1980 Orgánica del Consejo de Estado (en adelante LOCE), de 22 de abril; modificada por Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre.

de reforma constitucional, cuando la propuesta no haya sido elaborada por el propio Consejo de Estado» y los «anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo»; así como los «Anteproyectos de Ley o proyectos de disposiciones administrativas, cualquiera que fuere su rango y objeto, que afecten a la organización, competencia o funcionamiento del Consejo de Estado». Lo mismo ocurrirá con «todo asunto en que, por precepto expreso de una Ley, haya de consultarse al Consejo de Estado en pleno».

En lo que a su Comisión Permanente se refiere, «deberá ser consultada» (3): «en todos los Tratados o Convenios Internacionales sobre la necesidad de autorización de las Cortes Generales con carácter previo a la prestación de consentimiento del Estado» y respecto a los «Anteproyectos de Ley Orgánica de transferencias o delegación de competencias estatales a las Comunidades Autónomas». Igualmente, en «todo asunto en que por precepto expreso de una Ley haya de consultarse al Consejo de Estado en Comisión Permanente» o en aquellos en que «por precepto de una Ley haya de consultarse al Consejo de Estado y no se diga expresamente que debe ser al Consejo en Pleno».

ANTEPROYECTOS Y CADUCIDAD DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA

El protagonismo de los anteproyectos encuentra explicación en que, cumpliendo el dictamen una función de ilustración y asesoramiento al Gobierno, es lógico que se produzca con anterioridad a su decisión. Por ello, la consulta preceptiva está legalmente prevista en el arranque de la elaboración del futuro texto legal. En consecuencia, aprobado un *anteproyecto* por el Consejo de Ministros, queda abierta una etapa consultiva, en la que el dictamen del Consejo de Estado cobra un notable protagonismo, compartido en ocasiones con el emitido por el Consejo General del Poder Judicial, como órgano de gobierno de la magistratura.

La aprobación del subsiguiente *proyecto* se convierte en el momento final del iter administrativo de la elaboración del texto.

(3) Según el artículo 22 de la citada LOCE.

Cumplido ese trámite, tras su recepción por la Cámara, el proyecto adquirirá *estado parlamentario*, con el consiguiente cambio en la capacidad del Gobierno para disponer de su contenido. El Gobierno sólo la recuperará por caducidad de la iniciativa, retirada del proyecto o devolución acordada por el Parlamento, supuestos en los que se vuelve a la fase de anteproyecto.

Esto explica los efectos de la previsión del artículo 207 del Reglamento del Congreso, según el cual «disuelto el Congreso de los Diputados o expirado su mandato, quedarán caducados todos los asuntos pendientes de examen y resolución por la Cámara, excepto aquellos de los que constitucionalmente tenga que conocer su Diputación Permanente». El Consejo de Estado estima, como veremos, que, por lo que se refiere a un proyecto de ley, la caducidad afecta sólo a la iniciativa legislativa propiamente dicha. Por tanto, quedarían sin efecto los trámites del iter parlamentario que respecto al proyecto se hubieran ya realizado. Sin embargo, la caducidad de la instancia parlamentaria no se extiende a los trámites de la elaboración previa del proyecto de ley.

La iniciativa puede pues volver a la mesa del Consejo de Ministros; incluso así deberá ocurrir, por ejemplo, en el caso de que exista para el Estado una obligación, como la de incorporar una norma del Derecho comunitario europeo al Derecho interno. El Gobierno habría de retomar la iniciativa, aprobando a tal efecto un proyecto de ley sobre la misma materia para su remisión a las Cortes Generales. Es libre en tal caso de reiterar en idénticos términos el que ya fue remitido al Parlamento anteriormente, o bien, en uso de sus facultades de dirección política, decidir cambios en la iniciativa legislativa. En ambos casos, nada impide al Gobierno reiterar los trámites que ya habían sido cumplimentados, incluso con carácter preceptivo. Igualmente podrá el Gobierno considerar que, con los actos preparatorios de la anterior iniciativa, tiene ya suficientes elementos de juicio para formar criterio y, sin necesidad de repetir el procedimiento de elaboración de un anteproyecto de ley, proceder directamente a la aprobación de un nuevo proyecto de ley por el Consejo de Ministros.

Una situación de este tipo se produjo con ocasión de un proyecto de ley, que, caducado parlamentariamente en la Legislatura anterior, fue

aprobado y remitido por el Consejo de Ministros al Congreso de los Diputados el 18 de junio de 2004 y admitido a trámite por la Mesa del Congreso. Tras la pausa estival, el Grupo Parlamentario Popular solicitó «paralizar la tramitación del mencionado proyecto de Ley y reclamar del Gobierno la subsanación del vicio procesal en que ha incurrido al omitir el preceptivo dictamen del Consejo de Estado» (4).

El Consejo de Estado, aun admitiendo que las circunstancias del caso «plantean cuestiones con perfiles delicados», entendió que no era «preceptivo para el Gobierno consultar al Consejo de Estado dicho proyecto», ya que con arreglo a la ley tal obligación de consulta afecta tan sólo a los anteproyectos de ley que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento y desarrollo del Derecho comunitario europeo.

El Consejo ya se había pronunciado en el dictamen 1.021/2003, de 19 de junio, que había sido incluido, también ahora, entre los ‘Antecedentes’ del proyecto. El dictamen que, como su misma fecha indica, se refería al proyecto del año anterior, «no está afectado por la caducidad de la instancia parlamentaria relativa a dicha iniciativa legislativa –debida a expiración del mandato parlamentario– y, con él, puede estimarse cumplido efectivamente lo establecido» legalmente, «dada la coincidencia material esencial del texto». Hubiera resultado incluso irrelevante «que el Gobierno que ha introducido los cambios sea el mismo –en su concreta composición– que el que recabó la consulta al Consejo de Estado o que sea otro, pues se parte de la unicidad del Gobierno desde un punto de vista institucional».

Si bien se observan modificaciones, algunas de ellas «responden a la aceptación de observaciones realizadas por el dictamen del Consejo de Estado». «Puede, pues, entenderse que el dictamen enviado para que el Parlamento se pronuncie sobre el proyecto de Ley de referencia es el

(4) Nos remitimos al Dictamen 2.415/2004 del Consejo de Estado, de 30.09.2004, con ocasión de «Consulta relativa al Proyecto de Ley por el que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales». Agradezco las orientaciones recibidas al respecto del Letrado del Consejo de Estado Jesús AVEZUELA, con el que coincido por partida doble: en la condición de Profesor de la Universidad Rey Juan Carlos y en las iniciativas de la Fundación «Ciudadanía y Valores», que me honro en presidir.

‘dictamen requerido’». En cualquier caso, «cuando por la caducidad de la iniciativa legislativa el texto volvió al estado de anteproyecto hubiera sido posible solicitar nuevo dictamen sobre él o sobre los extremos que el Gobierno estimara pertinentes».

PROYECTOS Y PROPOSICIONES DE LEY

El principal destinatario de dichos dictámenes será pues el propio Gobierno, que cuenta así con sugerencias de interés, antes de convertir el anteproyecto en proyecto. Para ello «el titular del Departamento proponente someterá el anteproyecto de nuevo al Consejo de Ministros para su aprobación como proyecto de ley y su remisión al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado, acompañándolo de una exposición de motivos y demás antecedentes necesarios para pronunciarse sobre él» (5).

Lo habitual será que, aprobado el ya proyecto en Consejo de Ministros se envíe al Congreso de los Diputados, para abordar su tramitación parlamentaria, cumpliéndose así lo previsto por la propia Constitución. Ésta ya había señalado, en su artículo 88, que «los proyectos de ley serán aprobados en Consejo de Ministros, que los someterá al Congreso, acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos» (6).

La doctrina considera que los defectos de un proyecto quedarían sanados por su conversión en ley, a través de la voluntad de aprobación expresada por el órgano que constitucionalmente representa al titular de la soberanía. Tiende, sin embargo a establecerse que aquellos vicios que, afectando a dictámenes preceptivos, han sido denunciados durante la tramitación, podrían dar lugar, en su caso, a la inconstitucionalidad de la norma. Respecto a las demás omisiones, debería ponderarse en qué medida resulta racionalmente necesario el antecedente para que las Cámaras puedan emitir un juicio fundado.

(5) Artículo 22.4 de la Ley del Gobierno, de 27 de noviembre de 1997.

(6) Eco de esta previsión queda en el artículo 109 del Reglamento del Congreso de los Diputados

Una situación peculiar, que tuve ocasión de experimentar en mis años de actividad parlamentaria, surge cuando la iniciativa legislativa no es ejercida por el Gobierno, sino que surge por vía de Proposición de Ley, de uno o varios Grupos Parlamentarios. Así ocurrió con frecuencia, en el marco del llamado *Pacto de Estado por la Justicia* en la VII Legislatura (2000-2004). La toma en consideración de la Proposición se produce en un debate parlamentario y, si la votación es positiva, se convierte en Proyecto de Ley, sin que el Consejo de Estado o el propio Consejo General del Poder Judicial hayan tenido oportunidad de emitir dictamen. Lo mismo podría ocurrir si se tratara de una Proposición de Ley emanada de un parlamento autonómico, o fruto de la iniciativa legislativa popular prevista por el artículo 87.3 de la Constitución. La iniciativa cobraría «estado parlamentario», con los posibles efectos subsanadores a los que ya nos hemos referido.

EL CONSEJO DE ESTADO COMO ARGUMENTO DE AUTORIDAD EN LOS DEBATES PARLAMENTARIOS

Particularmente relevantes serán los posibles pronunciamientos del Consejo de Estado sobre la constitucionalidad de las diversas previsiones de un anteproyecto. Si el Consejo llega a plantear dudas al respecto, y el Gobierno no las modifica en el definitivo proyecto, podría debilitar notablemente sus expectativas de éxito en el futuro trámite parlamentario.

Será pues frecuente que el Gobierno utilice, en defensa de su *potes-tas*, como argumentos de particular peso los que pueda brindarle la *au-c-toritas* del Consejo de Estado (7).

Los dictámenes tienen carácter público y acabarán formando parte de los ‘Antecedentes’ que, según la normativa legal, han de acompañar

(7) En seis ocasiones apeló a ellos el entonces Ministro de Justicia, al presentar ante el Pleno del Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional. Por dos veces recurrió a similares argumentos, desde la oposición, el portavoz socialista. El portavoz popular sumará luego cuatro alusiones más, a las que replicará con tres el socialista. –CORTES GENERALES Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Año 2003 VII Legislatura Núm. 267, martes, 8 de julio de 2003, pp. 13928-13930, 13932-13933, 13944 y 13946.

al proyecto al ser enviado por el Gobierno a la Cámara. No tendrá en consecuencia nada de extraño que sus posibles perfiles críticos acaben traducidos por los Grupos parlamentarios de la oposición en enmiendas. El resultado final será que, bien por parte de los grupos parlamentarios que apoyan al Gobierno, para avalar las previsiones del proyecto, o bien por parte de la oposición, para someterlo a crítica, las alusiones al Consejo de Estado acaben siendo numerosas, cuando llega el momento de someter el proyecto a debate en las Cámaras. Lo mismo puede ocurrir con ocasión de otras consultas planteadas al Consejo que cobren relevancia política parlamentaria, aunque sea al margen de proyectos legislativos (8).

Será también frecuente que quienes no comparten las previsiones de un proyecto de ley se consideren obligados a obviar el respaldo que éste haya podido alcanzar por parte del Consejo (9), lo que no dejará de encontrar adecuada réplica en apoyo al Gobierno (10). Esta situación se

(8) Hasta veinte veces saldrá el Consejo de Estado a relucir en el debate suscitado con motivo de la tramitación de un suplicatorio, solicitado por tribunales españoles, relativo al entonces Presidente del Gobierno italiano Silvio Berlusconi, que llevó al Gobierno español a solicitar al Consejo de Estado un dictamen consultivo sobre cuál sería el órgano competente al respecto. Los portavoces de los grupos popular y socialista rivalizan en respeto al Consejo; tras haber sugerido el segundo: «tenemos derecho a imaginar, a la luz de la experiencia, las condiciones bajo las cuáles el Consejo de Estado ha dictaminado» y replicarse: «ya está bien que desde la oposición cada vez que una institución del Estado español realiza una tarea que se entiende por la oposición que puede favorecer al Gobierno, se la ponga como un trapo» –CORTES GENERALES Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones Año 2001 VII Legislatura Núm. 269, Justicia e Interior, miércoles, 20 de junio de 2001, pp.8127 y 8129.

(9) Sirva de ejemplo el portavoz del PNV en el debate de la Ley Orgánica de Universidades en la Comisión de Educación, Cultura y Deporte del Congreso: «Es verdad que la autonomía universitaria puede entenderse de maneras diversas y que el dictamen del Consejo de Estado respalda ciertamente, basándose en el TC, la visión de la autonomía que el proyecto de ley tenía en principio» –CORTES GENERALES Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones Año 2001 VII Legislatura Núm. 344, lunes, 22 de octubre de 2001, p.11018.

(10) Para el portavoz popular «el dictamen del Consejo de Estado era claro en este sentido y lo sería más si ahora hubiera un postdictamen del mismo» Uno de sus compañeros de Grupo enfatizará aún más, en defensa del proyecto, ante la sugerencia de la oposición de que «hay unos ilustres juristas que, al parecer, dicen que puede ser inconstitucional»: «para mí no hay juristas más ilustres que los miembros del Consejo de Estado de este país, que han dicho que es perfectamente constitucional» –CORTES GENERALES Diario de

agudizará si el motivo de crítica al proyecto tiene como fundamento alguna modificación incluida en él atendiendo precisamente a alguna sugerencia del propio Consejo (11).

CONSEJOS PARA EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS

La configuración autonómica del Estado español, a partir de la Constitución de 1978, plantea en qué medida el Consejo de Estado debe o puede emitir consultas para los gobiernos de las nuevas Comunidades Autónomas. Invitaría a una respuesta afirmativa un entendimiento extensivo de la fórmula «supremo órgano consultivo del Gobierno» recogida en el artículo 107 de la Constitución. Sin embargo, ya en el debate constituyente se suprime vía enmienda la referencia inicial que, al aludir al «Gobierno y la Administración», habría favorecido dicha interpretación.

El problema, por otra parte, podría ir cambiando de aspecto, en la medida en que el desarrollo autonómico avanzara. Esa dimensión de aparente provisionalidad podía detectarse en la versión inicial del artículo 23.2 de la LOCE, de acuerdo con la cual el dictamen del Consejo de Estado sería «preceptivo para las Comunidades en los mismos casos previstos en esta Ley para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes». Será precisamente este texto el que dé pie

Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones Año 2001 VII Legislatura Núm. 344, lunes, 22 de octubre de 2001, pp.11025 y 11051.

(11) Así ocurrió con motivo del debate sobre el Proyecto de Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional, ya citado (en nota 7), al haberse suprimido por tal razón el artículo 7.3. del anteproyecto, con presunto menoscabo de la posible operatividad del principio de justicia universal en los tribunales españoles. El portavoz de Izquierda Unida espetó al Ministro: «No me utilice usted argumentos como el de cómo nos atrevemos a llevarle la contraria al Consejo de Estado». La del PNV afirma: «tampoco estamos del todo de acuerdo —se nos permitirá que no lo estemos— con el informe del Consejo de Estado». Para el portavoz de CiU, está claro que el Consejo «goza de todos nuestros respetos, pero que no manifiesta ser infalible y, desde luego, mucho menos lo ha sido en la recomendación que le ha efectuado al Gobierno respecto de ese apartado en concreto». Cfr. —CORTES GENERALES Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Año 2003 VII Legislatura Núm. 267, martes, 8 de julio de 2003, pp. 13936, 13940 y 13941.

al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad desde el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

El Tribunal Constitucional, que ya había tenido ocasión de pronunciarse sobre el particular (12), da por hecho que «el Consejo de Estado puede actuar como órgano consultivo de las Comunidades Autónomas, incluso emitiendo dictámenes preceptivos», pero cuestiona «si esa intervención puede venir establecida en una Ley del Estado» con la «amplitud» con que lo hacía la versión inicial de la LOCE. Admite que, como ha ocurrido de modo generalizado, «las Comunidades Autónomas puedan establecer, en su propio ámbito, órganos consultivos 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», a la vez que rechaza que en tales casos deba dictaminar también el Consejo de Estado de modo posterior, en virtud de una supuesta «supremacía asesora». En conclusión, «la intervención del órgano consultivo autonómico excluye la del Consejo de Estado, salvo que la Constitución, los Estatutos de Autonomía, o la Ley Autonómica, establezcan lo contrario para supuestos determinados» (13).

Aunque el carácter de *sentencia interpretativa* de la resolución salvaría el texto del artículo cuestionado, éste acabaría siendo modificado en diciembre de 2004, dando paso a una muy distinta versión del ahora artículo 24 de la LOCE: «Las Comunidades Autónomas podrán (...) solicitar dictamen del Consejo de Estado (...) en aquellos asuntos en que, por la especial competencia o experiencia del mismo, lo estimen conveniente»; si bien el dictamen «será preceptivo para las comunidades autónomas que carezcan de órgano consultivo propio en los mismos casos previstos por esta Ley Orgánica para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes».

(12) En la STC 56/1990 de 29 de marzo, F. 37: «El Consejo de Estado, pese a la dicción literal del art. 107 de la C.E., 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».

(13) STC 204/1992 de 26 de noviembre, F. 3, 4 y 5.

No deja de resultar sintomático que, en sus alegaciones durante el trámite de la aludida cuestión de inconstitucionalidad, mientras el Fiscal General apunta que la función del Consejo «no es una forma de control, sino una garantía», el Abogado del Estado insista en que «cumple una función esencial de garantía del administrado», precisamente «en virtud de su auctoritas, con la que no puede rivalizar ningún otro órgano consultivo» (14).

(14) STC 204/1992 de 26 de noviembre, A. 3 y 2.