

A función consultiva na Constitución. O Consello de Estado

Profesor titular de dereito
constitucional.
Universidade de Santiago de
Compostela

Carlos Ruiz Miguel

O Consello de Estado é un órgano que lles preocupou máis ós administrativistas que ós constitucionalistas, por máis que estes non o deixasen totalmente abandonado das súas preocupacións. Neste traballo propónse un estudo do Consello de Estado dende a perspectiva do dereito constitucional, obviando así outros aspectos menos vinculados con esta disciplina, anque non por iso menos importantes.

1. Presupostos teóricos: a distinción entre *auctoritas e potestas*

1. Decía Schmitt que a distinción entre forza e autoridade non necesitaba ser explicada para a exposición da teoría da Constitución, pero era de grande importancia para a teoría do Estado. Así distinguía entre poder ou forza, ó que lle correspon-

den conceptos como soberanía e maxestade, e autoridade que, para Schmitt significa un prestixio esencialmente baseado no elemento da *continuidade* e contén unha referencia á tradición e permanencia¹.

A afirmación de Schmitt é importante, aínda que habería que precisar varios puntos. En primeiro lugar, Heller discute a opinión de Schmitt de que a nota de continuidade que Schmitt anuncia sexa esencial á autoridade, pois considera que tamén hai autoridades revolucionarias, a "validez social" da cal (recoñecemento social, diríamos nós) cabalmente se apoia na quebra da continuidade². Polo demais, examinaremos se a distinción entre *auctoritas* e *potestas* non só é relevante para a teoría do Estado, senón tamén para a teoría da Constitución e, en concreto, para o dereito constitucional³.

2. As nocións de *auctoritas* e *potestas* non se corresponden exactamente coas de autoridade e poder. Como xa advertiu García-Pelayo, a *auctoritas* pode ser un fenómeno oposto ó que hoxe comunmente se entende por autoridade⁴. Doutro lado, tamén se chegou a distingui-la *potestas* do poder entendendo que a primeira é un "poder socialmente recoñecido"⁵. Por iso, quizais sexa necesaria unha previa delimitación conceptual deses vocábulos. Mentres o poder determina a conducta dos demais, substituíndo a vontade allea pola propia, a *auctoritas*, en cambio, condicionaa, inclínase a seguir unha opinión ou conducta, pero ofrece a posibilidade de non seguila. Mentres o poder domina contradicindo, en última instancia, a liberdade do obxecto, a *auctoritas*, en cambio, para ser efectiva ha de ter como contrapunto a liberdade da persoa, a cal se autoimpón como a segui-lo camiño marcado polo suxeito da *auctoritas*⁶. No poder o substancial son os elementos volitivos, na *auctoritas* os intelectivos⁷.

3. Certos autores afirman que a distinción foi descoñecida para os gregos, e foi en Roma onde naceu esta noción de *auctoritas* que os autores da época (como Díon Casio) consideraban in traducible ó grego, anque non foi teorizada polos romanos⁸. Sen embargo, quizais podería aventurarse outra hipótese sobre a teoría da trifuncionalidade nas vilas indoeuropeas formulada por Dumézil. En efecto, a primeira función é a función sagrada (os *oratores* no medievo). Esta función é, tamén, a da sabedoría e tamén, en boa medida, o consello. A segunda función é a bélica (os *bellatores* na idade media), en definitiva, a encargada do exercicio da forza. Non sería arriscado inferir que a *auctoritas* é exercicio de primeira función e a *potestas* de segunda función.

O concepto de *auctoritas* tivo unha importancia transcendental para o dereito romano tanto público como privado⁹. Na

¹ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de F. Ayala, Alianza, Madrid, 1982, pág. 93 (en nota).

² Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, trad. de L. Tobío, FCE, México, 1974 (7ª reimp.), pág. 298.

³ O propio Schmitt, pese á súa afirmación de que a distinción *auctoritas/potestas* non é relevante para a Teoría da Constitución (*op. cit.*, pág. 93), noutro lugar da súa obra capital fai uso dela para explicar un punto importante da súa teoría da Constitución, a saber, a monarquía parlamentaria. *Id.*, Schmitt, *op. cit.*, pág. 281.

⁴ García-Pelayo, Manuel: "Auctoritas" (1969), en *Idea de la política y otros escritos*, CEC, Madrid, 1983, págs. 135 e segs., pág. 137. Un exemplo dun uso xurídico do vocábulo autoridade contradictorio co significado da *auctoritas* en López-Font Márquez, José Francisco, *La configuración jurídica del principio de autoridad*, Facultad de Dereito da Universidade de Granada-Civitas, Madrid, 1993.

⁵ D'Ors, Álvaro: "Autoridad y potestad" (1964) en *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, CSIC, Roma-Madrid, 1973, págs. 93 e segs.; "Lex y Ius en la experiencia romana de las relaciones entre *auctoritas* y *potestas*" (1971), en *Escritos...*, cit., pág. 87 e segs.

⁶ García-Pelayo, *op. cit.*, págs. 138-139; Lucas Verdú, Pablo e Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, *Manual de Derecho Político*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1990 (2ª ed.), págs. 139-140.

⁷ D'Ors, *ibid.*, García de Enterría, Eduardo, "Estructura orgánica y Administración consultiva" en *La Administración española*, Alianza, Madrid, 1985 (4ª ed.), págs. 34 e segs., pág. 46.

⁸ Nocera, Guglielmo, voz *Auctoritas* en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milán, 1959, págs. 465 e segs.; García-Pelayo, *op. cit.*, pág. 142. No mesmo sentido D'Ors,

orde política existe unha distinción entre *imperium*, *potestas* e *auctoritas*. Mentres o *imperium* era o pleno poder de mandar, dotado de instrumentos e facultades coactivas, a *potestas* era o poder de mandar particularizado, é dicir, relativo a unha maxistratura determinada, pois non había un concepto substantivo de *potestas*, senón que esta se mostraba distinta en función de cada maxistratura. Na época clásica da república a *potestas* dos *magistratus* proviña da *maiestas* ou do *imperium* do *Populus*, e expresábase mediante a *lex* que era un dictado do maxistrado. Pola súa parte, o órgano de autoridade era o *Senatus* que, baseado na *auctoritas patrum* se expresaba nos *senatusconsulta* ¹⁰. En todo caso, xa os xuristas romanos distinguiron os efectos característicos do consello e os propios do mandato. O *Digesto* di con claridade que *nemo ex consilio obligatur* ¹¹. É dicir, se hai algo que caracterice o consello é, precisamente, que non obriga, a diferenza do mandato.

A teoría política da primeira idade media, o agustinismo político, tamén asumiu estas categorías. A famosa carta do Papa Gelasio I (492-496) ó Emperador Anastasio distingue claramente entre a *auctoritas* pontifical e a *potestas* real¹².

A relación entre a potestade e a *auctoritas* foi tamén advertida por Hobbes, non que se percibe o coñecemento do dereito romano, ó contempla-la diferenza entre o mandato ou a orde e o consello¹³. Para este, unha orde é unha indicación dunha persoa a outra "sin esperar outra razón que la *voluntad* de quien formula el mandato"¹⁴. Sen embargo, o consello é aquela indicación dun suxeito a outro na cal o primeiro explica as *razóns* polas que se beneficiará o segundo¹⁵. Un home pode ser obrigado a face-lo que se lle manda, cando se obrigou a obedecer; en cambio, non pode ser obrigado a face-lo que se lle aconsella, pois se se obrigara a seguilo, o consello adquiriría a natureza da orde¹⁶. A función de *potestade* é, seguindo esta tese, a función de *gobierno*, e a de *autoridade* a de ciencia e *consello*. Dende esta formulación, o acto puro de goberno é o acto de potestade, o cal consiste na prudencia política da elección e realización dun consello e non doutro¹⁷. Como xa advertiu Hobbes, a capacidade de aconsellar procede da experiencia e do prolongado estudo. Ámbalas dúas cualidades, en canto personalísimas, non se presumen. Como subliña o de Malmesbury, ninguén se presume que pode ser bo conselleiro, senón naqueles negocios nos que, non soamente está moi versado, senón sobre os cales meditou e consultou longamente¹⁸.

A *auctoritas* para ser tal debe ser algo socialmente recoñecido¹⁹. O saber convértese en autoridade cando é recoñecido

A., "Doce proposiciones sobre el poder" en *Ensayos de teoría política*, Eunsá, Pamplona, 1979, páxs. 111 e segs., páx. 117; Id., "Lex y lus...", cit., páx. 88.

⁹ Nocera, *op. cit.*, páx. 465.

¹⁰ García-Pelayo, *op. cit.*, páx. 142 e segs; D'Ors, "Lex y lus.", cit., páx. 87; "Doce...", cit. páx. 112.

¹¹ *Digesto*, 17, 1, 2.

¹² Cfr. Touchard, Jean, *Historia de las ideas políticas*, trad. de Javier Pradera, Tecnos, Madrid, 1970, páx. 108.

¹³ Xa que logo trabúcase D'Ors ("Autotidad...", cit., páx.96) cando sostén que a teoría política da idade moderna parte da identificación entre autoridade e potestade.

¹⁴ Hobbes, Thomas, *Leviatán*, trad. de M. Sánchez Sarto Sarpe, Madrid, 1983, t. I, 2ª, XXV, páx. 259 e 262.

¹⁵ Hobbes, *op. cit.*, páxs. 260 e 262.

¹⁶ Hobbes, *op. cit.*, páx. 260.

¹⁷ D'Ors, A., "El regionalismo jurídico" (1972), en *Escritos...*, cit., páxs. 75 e segs., páxs. 82-83.

¹⁸ Hobbes, *op. cit.*, páx. 264.

¹⁹ Lucas Verdú e Lucas Muriello, *op. cit.*, páx. 139.

socialmente, pois sen este recoñecemento queda reducido a pura *ciencia* ou coñecemento sen autoridade. O recoñecemento social da autoridade depende do sistema organizativo mantido pola potestade. Do mesmo modo, o que distingue o poder (ou *potestas*) da pura forza ou dominación é o gozar dun recoñecemento. Ese recoñecemento social da pura forza que o converte en poder (ou *potestas*), depende da *auctoritas*, isto é, da convicción expresada por ese saber persoal socialmente recoñecido que se chama autoridade²⁰.

4. Entre a *auctoritas* e o poder poden darse tres tipos de relacións dialécticas. En primeiro lugar, o simple poder pode transformarse en *auctoritas*. Esta relación presenta dúas modalidades. A primeira consiste na adquisición de *auctoritas* polo recoñecemento ou a investidura por parte dunha autoridade superior²¹. Neste sentido, Heller tamén fala do carácter creador do dereito que ten o poder. Esta idea evoca en certo modo o que aquí se entende por potestade, pois o recoñecemento social da autoridade depende do sistema organizativo mantido pola potestade²². Segundo Heller, as normas xurídicas positivas non se establecen por si mesmas, senón que son queridas, establecidas e aseguradas mediante disposicións reais. Sen unha positivación, por medio de actos de *vontade*, o dereito non pode ter nin a firmeza que require a actual sociedade de cambio, nin eficacia²³.

A segunda modalidade é aquela en virtude da cal o suxeito que posuía poder é privado deste. Nese proceso, o suxeito que "era" poderoso, ben mantén a *auctoritas* que xa antes posuía conxuntamente con ese poder, ou ben transforma o poder que antes detía en *auctoritas*, a cal, basicamente, é un atributo novo daquel suxeito. Este último proceso é o acaecido na metamorfose das monarquías europeas que, de ser monarquías provistas de poder (xa absoluto, xa limitado) pasaron a ser monarquías parlamentarias por enteiro desprovistas de poder, pero dotadas dunha singular *auctoritas*²⁴.

En segundo lugar, podemos atopar outra relación entre ámbalas magnitudes conforme á que a *auctoritas* se converte en *potestas*. O suxeito que posuía só autoridade, pero que carecía de potestade pode ocorrer que asuma unha potestade da que antes carecía. En Roma encontrámo-lo exemplo de Augusto²⁵. Máis recentemente, advírtese esa mutación nos consellos dos que se rodeaban os reis. Os ditos consellos carecían de poder e só contaban con autoridade, cando o monarca tiña na súa man a potestade. De forma simultánea a como o rei foi perdendo potestade para gañar autoridade, estes consellos adquirían *potestas*

²⁰ García-Pelayo, *op. cit.*, páx. 151; D'Ors, "Doce...", *cit.*, páx. 111-112.

²¹ García-Pelayo, *op. cit.*, páx. 151.

²² D'Ors, "Doce...", *cit.*, páx. 112.

²³ Heller, *op. cit.*, páxs. 212-213.

²⁴ García-Pelayo, *op. cit.*, páx. 152.

²⁵ García-Pelayo, *op. cit.*, páxs. 154.

mentres perdían *auctoritas*. Este fenómeno parece que ten que ver co feito observado por Schmitt de que o conselleiro que ten acceso ó poderoso por iso mesmo posúe xa poder²⁶. Este último fenómeno pode poñerse en relación coa teoría de Heller acerca do carácter formador de poder que ten o dereito. Segundo Heller, "para que algunos tengan poder, es decir, para que sus órdenes sean cumplidas de modo constante, es preciso que quienes lo sostienen, o al menos *aquellos de más influjo, estén convencidos de la legitimidad su poder*" (subliñados nosos)²⁷. A terceira relación posible entre ámbalas dúas magnitudes é a de conflito. García-Pelayo pon como exemplo deste conflito o que se produce cando un cargo público dimite ante o abuso de poder imposto por unha instancia superior ou ante a imposibilidade de exercelo correcta e honestamente dadas as características dunha determinada situación²⁸. Aquí tamén se pode invocalo famoso conflito das investiduras na idade media, no que o emperador dotado de *potestas* pretendía en virtude desta nomealos bispos, algo ó que se opoñía o Papa a través da súa *auctoritas*. O certo é que para reforzala posición do Papado se alegaba máis que a *auctoritas* deste a súa suposta *potestas indirecta*.

5. O recoñecemento da *auctoritas* e a súa distinción do poder teñen unha clara vinculación coa liberdade. Aquela e o poder están nunha relación complementaria. Cando nunha sociedade se manifesta extensa e intensamente a presenza da *auctoritas*, xa sexa adherida ó exercicio do poder, xa sexa a portadores desta na marxe dos centros de poder, este necesita facerse moito menos presente. Por outra parte, en canto que a *auctoritas* implica un recoñecemento espontáneo, a súa vixencia non soamente fai posible, senón tamén efectiva, a autonomía de persoas, de grupos e institucións, de modo que, como pensaban os romanos, a *auctoritas* é o contrapunto da *libertas* 29.

Pero non só o seu recoñecemento, tamén, segundo D'Ors a súa distinción do poder axuda na defensa da liberdade humana³⁰. O recoñecemento da *auctoritas* non pode servir como lexitimación dunha tecnocracia. O sabio, opina este autor, non debe pretender gobernar, xa que a verdadeira autoridade debe absterse deliberadamente de toda aspiración a exercerla potestade, pois, na medida en que usurpa a potestade, perde a pureza da súa autoridade. Pola súa parte, o gobernante non debe prescindir do consello, sempre limitativo, do home que sabe³¹. Agora ben, o non prescindir do consello non significa que deba seguirse ese consello, como xa dixemos. O acto de goberno consiste, como se dixo, na prudencia política de seguir un consello e non outro, de elixir ben e de realizar ben os consellos da au-

²⁶ Schmitt, Carl, "Diálogo sobre el poder y el acceso al poderoso", en *Diálogos*, trad. de Anima Schmitt de Otero, IEP, Madrid, 1962, páx. 81.

²⁷ Heller, *op. cit.*, páx. 209.

²⁸ García-Pelayo, *op. cit.*, páx. 156.

²⁹ García-Pelayo, *op. cit.*, páx. 157.

³⁰ D'Ors, "El regionalismo...", *cit.*, páx. 82; "Doce...", *cit.*, páx. 112.

³¹ D'Ors, "El regionalismo...", *cit.*, páx. 83.

toridade. Esa prudencia da potestade ten o seu correlativo na prudencia da autoridade que consiste en saber aconsellar ben a potestade, indicándolle o que resulta posible e máis conveniente en cada caso. Isto último explica que, anque os intelectuais poidan ter certa autoridade na vida pública, non sempre exercen a súa función de conselleiros, precisamente por careceren moitas veces do sentido da posibilidade (ou da oportunidade, diríamos), que si ten, en cambio, o home de goberno³². En virtude do anterior, parece indiscutible que "as decisións puntuais da potestade prevalecen sobre o consello da autoridade, da mesma maneira cá *vontade* pode, nun determinado momento, prevalecer sobre o *entendemento*", se ben isto leva consigo o risco de que, como froito da súa desautorización pola autoridade, a potestade perda o seu carácter e chegue incluso a deixar de existir como poder³³. Outro risco, non menos posible, é que o titular do poder pretenda transferirlle a responsabilidade dos seus actos ó titular da *auctoritas*. Sen embargo, debe quedar claro que o responsable é o que toma a decisión, pois é libre de seguir ou non o consello.

A necesidade dunha moderación do poder por un factor constitucional independente está na mesma natureza das cousas. De aí que trala quebra da distinción entre autoridade e potestade por obra da teoría do Estado absoluto do século XVI xurdisa a teoría de Montesquieu da división de poderes. Anque algún autor non considere suficiente este mecanismo para a defensa da liberdade reclamando tamén unha reconsideración da distinción entre autoridade e potestade³⁴, é certo que, como xa se observou, tamén está latente o risco de que o suxeito que posúe *auctoritas* se transforme en titular de poder. Sexa o que for, parece que anque ese baleiro de *auctoritas* tenda a encherse por novos órganos consultivos conforme os anteriores degradan a súa autoridade en potestade, é o certo que, sen nega-la garantía que poida prestarlle á liberdade a distinción entre autoridade e potestade, a división de poderes non supón ningunha ameaza para a liberdade, antes ben, supón unha importantísima garantía adicional para esta.

6. Nun sistema representativo, a diferenza do que ocorrería nun sistema de democracia directa, a potestade fúndase nun poder competente que é delegable. Nun sistema de democracia directa, pode sosterse, como o fixo Rousseau, que a soberanía é inalienable, e que a promesa simple (mandato representativo), non condicionada (mandato imperativo), de obedecer ó que un suxeito diga no futuro significa a disolución por ese acto do corpo político³⁵. A representación política, por contra, consiste

³² D'Ors, "El regionalismo...", *ibid.*; "Doce...", *cit.*, páx. 112 e 121.

³³ D'Ors, "Doce...", páxs. 112-113.

³⁴ D'Ors, "Autoridad...", *cit.*, páxs. 96-97.

³⁵ Rousseau, Jean-Jacques, *Du contrat social* (ed. de Bertrand de Jouvenel), Hachette-Pluriel, París, 1982, II, 1º, páxs. 196-197. A alienación do poder, da vontade, non é algo que Rousseau exclúa (*vid.* II, 4º, páx. 206); o que exclúe é que tal alienación se produza de forma non expresa e precisa, como ocorre co mandato representativo.

precisamente nesa delegación nun reducido número de persoas, do poder que reside no pobo. A vontade do representado ten por obxecto o que determine a vontade do representante. O representado vén dicir: quero o que o meu representante declare querer e para iso outórgolle un mandato representativo, amplo e indeterminado. Neste sentido, a vontade é alienable, non porque se renuncie á propia liberdade, senón porque se incorpora á propia vontade a determinación allea. Este acto polo que se delega a vontade é o mandato que significa precisamente apoderamento. Dado que un mandato a perpetuidade pode supoñer unha limitación excesiva á propia liberdade do que manda, o mandato considérase como esencialmente revogable ou, cando menos, como temporalmente limitado. A emisión do voto supón isto mesmo. No voto superpóñense dous actos: un de potestade, polo que se delega o propio poder de decisión polos membros do pobo soberano, e outro de autoridade polo que se declara un consello concreto (un nome, unha candidatura, un si ou un non, etc.). O elector quere unha cousa, o resultado, o que explica que o elixido sexa o seu representante anque el non o propuxera. O consello que se emite a favor dunha opción determinada, ten por obxecto darlle contido a ese acto de vontade. O poder político pode representa-la vontade da comunidade e ese é o principio fundamental da democracia. Os cidadáns *queren* (xa activamente, xa pasivamente) o que o Goberno quere, anque a súa opinión sexa contraria á do Goberno. A autoridade, a diferenza da potestade, fúndase na ciencia, no saber, que é persoal e intransferible³⁶, e polo tanto, indelegable e irrepresentable. Por iso, o poder político representa a vontade do pobo, pero non a súa opinión, xa que a opinión é algo persoal de cada cidadán. Isto mesmo explica que no réxime democrático se lle dea entrada á discusión dos actos de goberno polos cidadáns. Estes *queren*, si, o que o Goberno quere (polo menos que adopten unha actitude de insumisión ou desobediencia civil ou armada), pero resérvanse o dereito a discuti-los seus actos³⁷. O carácter indelegable da autoridade xustifica, polo tanto, que a lexitimidade dos órganos consultivos, dos órganos de autoridade, non proveña do seu carácter representativo da vontade do titular do poder, isto é, do pobo.

7. A distinción entre *auctoritas* e *potestas* como xa apuntou Pérez Hernández, axuda a comprende-la esencia da función consultiva. O Consello de Estado, a título de exemplo, non participa de ningunha das potestades típicas –lexislativa, executiva e xudicial–, anque ten unha grande autoridade³⁸. Das características propias da *auctoritas* poderemos extraer consecuencias para

³⁶ Hobbes, *op. cit.*, páx. 343.

³⁷ D'Ors, "Autoridad...", *cit.*, páx. 100-102.

³⁸ Pérez Hernández, Antonio, *El Consejo de Estado*, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, Madrid, 1965, páx. 18.

o estudio dos órganos consultivos, un dos cales é o Consello de Estado.

En primeiro lugar, a autoridade *aconsella*, dá consellos técnicos, xurídicos ou políticos, é dicir, de oportunidade. O que non pode facer a autoridade so pena de perde-la súa esencia, é decidir, por canto neste caso deixaría de ser autoridade para converterse en potestade: o consello converteríase na orde. A potestade é libre para seguir un consello ou outro.

En segundo lugar, a autoridade non xorde por obra dunha técnica representativa ou electoral, debido a que se funda no saber, na ciencia, a cal non é delegable, senón que é persoal e intransferible. De aí que non sexa esixible que o órgano de autoridade sexa representativo.

En terceiro lugar, para asegurar unha relación de paridade coa potestade, a autoridade debe ter garantida a súa independencia. Esta independencia non só redunda en beneficio propio, senón tamén da potestade. A independencia do conselleiro pode fortalecer-lo recoñecemento social do seu saber, imprescindible para que ese saber se considere autoridade. Por outro lado, se a potestade non é aconsellada por un saber socialmente recoñecido, corre o risco de que o seu poder deixe tamén de ser socialmente recoñecido.

Estas notas, extraíbles da autoridade, tal e como foron antes configuradas, servirán de guía na análise que nos propoñemos realizar.

2. A función consultiva na Constitución

1. A Constitución recolle expresamente diversas normas sobre a función consultiva. En primeiro lugar, sinalou Martínez Marín que o art. 76.1 CE, que trata sobre as comisións parlamentarias de investigación, constitucionaliza a consulta legislativa³⁹. Sen embargo, a cuestión non está tan clara. Seguindo a doutrina italiana, recollida en España por Lucas Murillo, coidamos que as comisións de investigación son un dos varios medios de información do Parlamento. A información do Parlamento non é unha función autónoma, senón unha actividade instrumental que se pon en marcha para o exercicio de cada unha das funcións específicas do Parlamento⁴⁰. Tales funcións son a legislativa, a de control da acción de Goberno, a orzamentaria, e a de integración de determinados órganos (Tribunal Constitucional, Consello Xeral do Poder Xudicial, Tribunal de Contas, Defensor do Pobo, Xunta Electoral Central,...) que con-

³⁹ Martínez Marín, Antonio, *Derecho Administrativo. La organización administrativa*, Tecnos, Madrid, 1986, páx. 416.

⁴⁰ Recchia, Giorgio, *L'informazione delle assemblee rappresentative. Le inchieste*, Dott, Eugenio Jovene, Nápoles, 1971, páxs. 263 segs.; Manzella, Andrea e Long, Gianni, "Il Parlamento" en Amato, Giuliano y Barbera, Augusto, *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1984, páxs. 407 segs., *vid.*, páx. 431. Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, "Las Comisiones de investigación", *RF-DUC*, Monográfico n.º 10, páx. 143 e segs., páxs. 146 e 147.

trolan non só o Goberno, senón tamén (como o Tribunal Constitucional) o propio Parlamento.

Deben facerse certas precisións. Dunha banda, información non é o mesmo que consulta. A consulta é, certamente unha petición de información, pero de tipo moi cualificado, trátase dun saber técnico. Pero ademais, doutra banda, os instrumentos cognoscitivos do Parlamento son de varias clases. En primeiro lugar, pódense diferenciar os medios de información de tipo inspectivo, de carácter máis autoritario, que se caracterizan polo dereito que asiste ó Parlamento a tomar coñecemento de certas circunstancias e a correlativa obriga de responder polo suxeito interrogado⁴¹; e os demais instrumentos de coñecemento, de tipo máis consensual, que se configuran negativamente respecto dos anteriores⁴². En segundo lugar, atópanse os medios de adquisición directa de coñecemento (comisións de investigación, preguntas, citacións de ministros...) ou indirecta a través de órganos auxiliares. Na liña do Goberno consensual, a estratexia moderna da información parlamentaria apunta cara a instrumentos de coñecemento non autoritarios e indirectos⁴³.

As comisións de investigación do art. 76 CE son un dos medios de información do Parlamento que se distingue polo seu carácter autoritario e directo, como di Manzella e pola súa excepcionalidade tanto respecto do suposto de feito, como respecto das súas potestades. En primeiro lugar, a teor do precepto, parece revelar que o suposto de feito ("calquera asunto de interese público") está en relación coa existencia dun *affaire* político. A segunda cuestión, a existencia de poderes excepcionais, na opinión de Lucas Murillo, límitase á obrigatoriedade da comparecencia (art. 76.2 CE)⁴⁴.

2. Pero a Comisión de investigación non é o único medio de información do Parlamento. Tamén existen medios de información en sentido estricto que non teñen os mesmos poderes cás comisións de investigación. A esta categoría pode corresponderse a previsión do art. 109 CE conforme á que as cámaras e as súas comisións "poderán recabar, a través dos presidentes daquelas, a información e a axuda que precisen do Goberno e dos seus departamentos e de calquera autoridade do Estado e das comunidades autónomas". Mentres que as comisións de investigación poden obrigar a todos a comparecer, cidadáns e poderes públicos, as cámaras e comisións tamén poden obrigar non a comparecer, pero si a informar a calquera autoridade do Estado e das CCAA, anque non ós cidadáns (e parece que tampouco ós membros das corporacións locais). Desta sorte, a diferenza do que ocorre en Italia, onde a cesión desta información é libre⁴⁵,

⁴¹ Exemplos diso son o art. 82 da Constitución italiana e o 76 da española.

⁴² Manzella, Andrea, *Il Parlamento*, Il Mulino, Bolonia, 1977, páxs. 123 e segs., pág. 124; Manzella e Long, *op. cit.*, pág. 431. Exemplos de medios non autoritarios serían para Manzella as averiguacións non inspectivas, as audiencias lexislativas ou as preguntas a certos órganos (como en Italia o Consello Nacional de Economía e Traballo), *Il Parlamento*, *cit.*, pág. 157 e segs.

⁴³ Manzella, *Il Parlamento*, *cit.*, páxs. 124-125.

⁴⁴ Lucas Murillo, *op. cit.*, pág. 162. En Italia chegan á mesma conclusión Manzella e Long, *op. cit.*, pág. 431-432.

⁴⁵ Manzella y Long, *op. cit.*, pág. 432.

en España non o é, e distínguese da información con fins investigadores, en primeiro lugar, polo ámbito dos suxeitos pasivos de tal obriga e, en segundo lugar, polo distinto contido da obriga (comparecencia nun caso e simple información noutro).

Os regulamentos das cámaras avalan a posibilidade de atribuírlles ás comisións a facultade de solicitar consultas. Isto é predicable tanto das comisións non permanentes⁴⁶, o propósito da cales sexa o de solicitar consultas sobre os proxectos ou proposicións de lei que se debatan no Congreso, como das comisións permanentes non lexislativas⁴⁷. Os poderes que se lles recoñecen ás comisións ordinarias nos regulamentos das cámaras (solicitar información e documentación do Goberno e das administracións; solicita-la presenza de membros do Goberno, autoridades e funcionarios ou outras persoas competentes *ratione materiae*⁴⁸) poden ser suficientes para articular a actividade consultiva sobre os proxectos de lei, materia esta que en Francia lle está atribuída ó Consello de Estado, pero que no noso sistema non é obxecto de exame por ningún órgano consultivo.

3. De forma xa verdadeiramente explícita, o art. 92 CE configura un referendo consultivo sobre decisións políticas de especial transcendencia, o que debe convocar o rei, por proposta do presidente do Goberno, logo da autorización do Congreso dos Deputados⁴⁹. O referendo consultivo ten precedentes en Noruega, Suecia e Reino Unido⁵⁰. En España, Torres del Moral negou a virtualidade do referendo consultivo. Na súa opinión, non aceptalo carácter vinculante de tal instrumento "sería un golpe de Estado constitucional". Torres afirma que "está fuera de lugar que al pueblo se le asigne una función de consejo" xa que cando o pobo fala "no aconseja, ni recomienda, ni sugiere: decide". Respecto disto apóiase en Rousseau para dicir que "la voluntad general... no puede expresarse sino por ley" e "reducirla a mero consejo es una enajenación de la voluntad general, de la soberanía". Se se contradí a vontade xeral "hay que concluir que el pueblo no es soberano". Por iso, se o que se pretende é o coñecemento do "estado de la opinión pública (subliñados nosos) están los sondeos de opinión"⁵¹.

Non podemos compartir esa tese. En primeiro lugar, debe distinguirse un acto de *vontade* da emisión dunha *opinión*. O referendo consultivo non dá lugar a un acto de vontade, senón á exteriorización dun xuízo, dunha opinión. En segundo lugar, non nos parece conveniente o recurso exclusivo ás sondaxes de opinión por canto, estes si, poden ter un carácter alienante respecto do pobo, se se lle abre paso á idea de que se a enquisa se realizou con criterios científicos, a práctica da votación é su-

⁴⁶ Art. 51 do Regulamento do Congreso dos Deputados (RCD).

⁴⁷ Art. 46.2 RCD; art. 49.2 e 4 de Regulamento do Senado (RS).

⁴⁸ Art. 44 RCD; art. 67 RS.

⁴⁹ Sobre o referendo consultivo, *vid.*, Cruz Villalón, Pedro, "El referéndum consultivo como modelo de racionalización constitucional", *REP* n.º 13 (1980), páx. 145 e segs., en especial páxs. 159 e segs. En xeral sobre o referendo, Aguiar de Luque, Luis, "La Ley Orgánica de referéndum: un comentario", *RFDUC*, n.º 58 (1980), páxs. 167 e segs.; *Id.*, "Referendum", en González Encinar, Juan José (dtor.), *Diccionario del sistema político español*, Akal, Madrid, 1984, páxs. 791 e segs.; *Id.*, "Participación política y referéndum: Aspectos teóricos y constitucionales", *RDPB*, n.º 102 (1986), páxs. 5 e segs.; Ramírez, Manuel: "Democracia directa y Constitución, problemática y desarrollo legislativo" en Ramírez, M. (ed.), *El desarrollo de la Constitución Española*, Pórtico, Zaragoza, 1982, páxs. 15 e segs.; Torres del Moral, Antonio, "La participación política a través de las instituciones de democracia directa", en VVAA, *La participación*, Estudi General de Lleida, Lleida, 1985, páxs. 23 e segs.

⁵⁰ Cruz Villalón, *op. cit.*, páxs. 154 e segs.

⁵¹ Torres del Moral, *op. cit.*, páxs. 41-42; *Id.*, *Principios de Derecho Constitucional Español*, Atomo, Madrid, 1988 (2ª ed.), t. I, páxs. 151-152.

⁵² Lucas Verdú, Pablo, *Curso de Derecho Político*, vol. III, Tecnos, Madrid, 1976, páxs. 204-205. O autor recolle unhas manifestacións do Comité Nacional Democrático norteamericano que, aínda que poidan ser esaxeradas, non por iso carecen totalmente de base, segundo as cales as enquisas son "o primeiro paso dunha conspiración para suprimir as eleccións populares de acordo coa lei e facer que a configuración da opinión pública caia en mans de millonarios e de corporacións".

⁵³ Acepta a constitucionalidade deste referendo, Cruz Villalón, *op. cit.*, pág. 155

⁵⁴ O caso do referendo sobre a OTAN (oficialmente Alianza Atlántica) alegado como exemplo do carácter realmente vinculante deste, pode que demostre o contrario, pois a porcentaxe do "non" no referendo non tiña un correlato porcentual na representación parlamentaria. Atrévemonos a opinar que a situación non cambiaría en caso de triunfo do "non".

⁵⁵ Sobre este Consello, *vid.*, Sánchez Agesta, Luis, "El Consejo Económico y Social previsto en el art. 131 de la Constitución", *Cuadernos de Política Económica*, n.º 3 (1980); Martínez Abascal, Vicente Antonio e Rojo Torrecilla, Eduardo, "Participación institucional: los Consejos Económicos y Sociales en España", en VVAA, *La participación*, cit., páxs. 127 e segs., especialmente pág. 139 e segs.; Albiñana Cilveti, César, "Las Cortes Generales y el Consejo Económico y Social", en VVAA, *Las Cortes Generales*, IEF, Madrid, 1987, t. I, páxs. 475 e segs.

perflua e ademais máis cara⁵². En terceiro lugar, o non sometemento por un Goberno a unha opinión popular expresada por referendo consultivo, non supón ningún golpe de Estado constitucional nin un alleamento da soberanía. A soberanía exerceuse ó aprobarse a Constitución. Mediante esta, o pobo auto-limitouse no seu poder, non só respecto do referendo consultivo, senón respecto doutras cuestións (p. ex. reforma constitucional e esixencia de maiorías cualificadas). Por tanto, que o Goberno ou o Parlamento non sigan unha *opinión* expresada por referendo é unha posibilidade aceptada polo soberano ó aproba-la Constitución e, polo tanto, totalmente constitucional e lexítima⁵³. Outra cousa distinta é que o pobo, no exercicio do poder no marco da Constitución, a través das eleccións, a través do acto de *vontade* que estas representan, poida castigar a quen non seguiu a súa opinión⁵⁴.

4. O art. 131.2 CE prevé que o Goberno elaborará os proxectos de planificación económica de acordo coas previsións que lle subministren as CCAA e co asesoramento e colaboración dos sindicatos e outras organizacións profesionais, empresariais e económicas, para a fin da cal se constituirá un Consello, a composición e funcións serán desenvolvidas pola lei⁵⁵. En España constituíuse recentemente un Consello Económico e Social de ámbito nacional⁵⁶ e órganos homólogos creáronse en diversas CCAA⁵⁷. Formulouse a cuestión de en qué medida o Consello Económico e Social creado pola Lei 21/1991 ten a súa fundamentación no art. 131.2 CE⁵⁸, cuestión que non é banal por moitas razóns. En primeiro lugar, porque o art. 131.2 CE dispón un contido mínimo indispensable para ese Consello, que non existiría noutro Consello creado na marxe dese precepto⁵⁹; en

⁵⁶ Lei 21/1991, do 17 de xuño, pola que se crea o Consello Económico e Social.

⁵⁷ Lei 4/1984, do 15 de novembro, sobre Consello Económico e Social Vasco; Lei 10/1988, do 31 de decembro, de creación do Consello Económico e Social do Principado de Asturias; Lei 3/1989, do 23 de xuño, pola que se crea o Consello Económico e Social da Rioxax; Lei 8/1990, do 14 de maio, do Consello Económico e Social de Canarias; Lei 9/1990, do 9 de novembro, do Consello Económico e Social de Aragón; Lei 13/1990, do 28 de novembro, do Consello Económico e Social da Comunidade Autónoma de Castela e León; Decreto 8/1991, do 10 de xaneiro, polo que se crea o Comité Económico e Social da Comunidade Valenciana; Lei 6/1991, do 4 de abril, de creación do Consello Económico e Social da Comunidade Autónoma de Madrid; Lei 3/1991, do 25 de abril, sobre creación do Consello Económico e Social de Extremadura; Lei 1/1992, do 27 de abril, de creación do Consello Económico e Social da Comunidade Autónoma de Canarias. En Galicia, Lei 6/1995, do 28 de xuño.

⁵⁸ Santana Gómez, Antonio, "El Consejo Económico y Social español", en Ojeda Avilés, Antonio (coord.), *Los Consejos Económicos y Sociales*, Trotta/Consejo Andaluz de Relaciones laborales, Madrid, 1992, páxs. 11 e segs., páxs. 12 e segs.

⁵⁹ Santana, *op. cit.*, páxs. 15-16.

segundo lugar, mentres o Consello do art. 131.2 CE debe ser creado por lei, o Consello que se institúa sen fundamento en tal disposición constitucional pode facerse a través do exercicio da potestade regulamentaria do Goberno⁶⁰; en terceiro lugar, existen certas disposicións no ordenamento que se refiren ó Consello do art. 131.2 CE ou ó presidente deste que, como é lóxico, non poden aplicarse ó Consello Económico e Social creado na marxe da dita norma⁶¹.

Tendo en conta que nin o preámbulo nin a parte dispositiva da Lei 21/1991 que crea o Consello Económico e Social aluden ó art. 131.2 CE, nin, o que é máis importante, a dita lei contén o mínimo indispoñible de competencias do Consello que o art. 131.2 CE establece, dispón, a saber, as relativas á planificación, pode afirmarse que este Consello Económico e Social non é o previsto no art. 131.2 CE.

5. Outro caso curioso de función consultiva na Constitución móstrao o art. 99.1 CE. Este precepto dispón que “despois de cada renovación do Congreso dos Deputados, e nos demais supostos constitucionais en que así proceda (caso, por exemplo de denegación da confianza ó Goberno, art. 114.1 CE), o rei, previa **consulta** cos representantes designados polos grupos políticos con representación parlamentaria, e a través do presidente do Congreso, **proponerá** un candidato á Presidencia do Goberno”. Aquí hai unha superposición de dúas funcións consultivas. En primeiro lugar, os partidos con representación parlamentaria aconsellan o rei e este, pola súa vez, aconséllalle ó Parlamento un presidente. O rei non pode nomear libremente o presidente (sería exercicio de *potestas*), senón que só aconsella ou propón o seu nomeamento (*auctoritas*).

6. Finalmente, a Constitución refírese ó Consello de Estado en dous preceptos, os arts. 107 e 153.b). O art. 107 CE escuetamente afirma:

“O Consello de Estado é o supremo órgano consultivo do Goberno. Unha lei orgánica regulará a súa composición e competencia”.

Pola súa parte, o art. 153.b) CE alude a que o control da actividade dos órganos das CCAA o exercerá, entre outros, “o Goberno, tralo dictame do Consello de Estado” respecto do exercicio de funcións delegadas, ex. art. 150.2 CE.

7. O recoñecemento constitucional das diversas manifestacións consultivas aludidas, e en concreto, do Consello de Estado ten transcendencia. En primeiro lugar, a Constitución española de 1978 define un Estado de dereito de tipo social e democrático. Un Estado social non neutral ante o *statu quo* e un

⁶⁰ Santana, *op. cit.*, páx. 17 (en nota).

⁶¹ O art. 8 LOCE dispón que é conselleiro nato do Consello de Estado o presidente do Consello ó que se refire o art. 131.2. CE. É evidente que o presidente doutro consello que non sexa o entroncado con ese precepto constitucional non pode ser considerado conselleiro nato do Consello de Estado.

Estado democrático no que a vontade popular lle atribúe a unha maioría o poder en cada momento, supón a abertura dun abano enorme de posibilidades de actuación para o grupo investido pola maioría. As posibilidades de modificación e transformación social son máis amplas no Estado así caracterizado e por iso mesmo están máis suxeitas a dereito, por esixencia do Estado de dereito. A actuación dun Estado social e democrático está sometida a diversos controis: o control *a posteriori* polos tribunais, o control parlamentario, o control da opinión pública e o control do Tribunal Constitucional⁶². Pois ben, a xuízo de Quadra-Salcedo, a inserción do Consello de Estado na Constitución significa que para ela o xogo dos anteriores controis do poder e moi especialmente do Executivo non é suficiente e cómpre aínda un control adicional: o que se deriva da obriga constitucional de consultar cun determinado órgano supremo: o Consello de Estado⁶³. Cabe obxectar, sen embargo, que non parece deducirse da Constitución o carácter preceptivo da consulta ó Consello de Estado, á parte da cuestión, que máis adiante se tratará de se a función consultiva se distingue da de control ou é unha forma desta última.

En segundo lugar, a propia dinámica do Estado social cunha Administración intervencionista en case tódalas ordes, para os que non sempre dispón de experiencia nin de persoal adecuado capaz de proporcionarlle coñecemento suficiente para emitila resposta co rigor esixido, potenciou a función consultiva⁶⁴.

En terceiro lugar, a acción estatal tanto no plano horizontal por mor do Estado social expansivo e interviniente en áreas cada vez máis especializadas e autónomas, como no plano vertical pola multiplicación de administracións, ten un carácter centrífugo que pode conducir a unha disgregación do sistema. Estes fenómenos urxen a presenza dun órgano centrípeto do sistema que permita controlar ese proceso centrífugo. En principio, o proceso só é controlable, de modo casuístico, polo Tribunal Constitucional⁶⁵. Agora ben, ademais deste órgano dotado de poderes coactivos e que, precisamente por iso, é a *ultima ratio* para asegura-la racionalidade do sistema, é conveniente a presenza doutro órgano que, sen eliminar esas necesarias accións autónomas e especializadas nas dimensións horizontal e vertical do Estado, coordine pola vía consultiva, isto é, non coactivamente, sen un *poder* que sufoque as ditas accións autónomas, esa normativa que pode chegar a ser inconexa e contradictoria con detrimento do principio de eficacia (art. 103.1 CE). Esta tarefa de coordinación da actividade administrativa só pode realizala un órgano dotado dunha gran preparación técnico-xurídica. Parece que o

⁶² Quadra-Salcedo, Tomás, "El Consejo de Estado en un Estado Social y Democrático de Derecho", en *VVAA, Gobierno y Administración en la Constitución*, IEF, Madrid, 1988, t. I, páxs. 207 e segs., páx. 218-219.

⁶³ Quadra-Salcedo, *op. cit.*, páx. 219.

⁶⁴ Martínez Marín, *op. cit.*, páx. 427.

⁶⁵ Porras Nadales, Antonio, *Introducción a una teoría del Estado*.

Consello de Estado pode cumprir ese labor, polo menos no plano horizontal do problema. Na perspectiva vertical, esa función pode tamén realizala o Consello ou poden levala a cabo os consellos, comisións ou conferencias compostas por representantes das administracións afectadas⁶⁶.

En cuarto lugar, a xuízo de Quadra-Salcedo, a constitucionalización do Consello de Estado supón a configuración dun determinado modelo de Goberno e Administración. É a expresión dunha forma de entende-la realización do valor superior xustiza (art. 1.1 CE) e as súas proxeccións dos principios de legalidade, xerarquía normativa, publicidade das normas, irretroactividade das disposicións sancionadoras ou restrictivas de dereitos individuais, a seguridade xurídica, a responsabilidade e interdicción da arbitrariedade dos poderes públicos (arts. 9.3 CE). A suxeición á Constitución e ó resto do ordenamento xurídico (arts. 9.1 e 103.1 CE) non é só unha suxeición externa ós tribunais, senón tamén interiorizada e previa; unha suxeición que ha de realizala propia Administración e que encontra ó seu servicio e no nivel constitucional a consagración da propia necesidade da consulta⁶⁷.

Finalmente, en quinto lugar, o art. 107 CE reservoulle á lei orgánica o desenvolvemento da composición e atribucións do Consello de Estado. A vontade do constituínte de reservarlle a ese instrumento normativo as institucións fundamentais do Estado é clara. De aí que poida inferirse a importancia que a Constitución lle atribúe ó Consello de Estado. Esa importancia pode conectarse co peso da tradición do Consello de Estado ou coa relevancia da súa función. Quadra-Salcedo estima máis importante esta última razón⁶⁸. A primeira pode apoiarse na aseveración dalgún sector doutrinal que non ten empacho en afirmar que o Consello de Estado "sempre integrou a nosaa Constitución material"⁶⁹.

En definitiva, a función consultiva en xeral, e a exercida polo Consello de Estado en particular, teñen unha innegable importancia constitucional que nos esixe unha análise desa institución que a Constitución realzou.

3. O Consello de Estado

3.1. Natureza xurídica

1. Parece que hai acordo na doutrina á hora de excluí-lo Consello de Estado da categoría dos órganos constitucionais. Sen embargo, o Consello de Estado adoita ser cualificado como ór-

⁶⁶ Martínez Marín, *op. cit.*, pág. 429.

⁶⁷ Quadra-Salcedo, *op. cit.*, pág. 220.

⁶⁸ Quadra-Salcedo, *op. cit.*, pág. 227.

⁶⁹ Gálvez Montes, Javier, "Comentario al art. 107 de la Constitución", en Alzaga, Óscar (dir.), *Comentarios a las leyes políticas de España*, Edersa, Madrid, 1985, t. VIII, pág. 377 e segs., pág. 380. No mesmo sentido, García-Trevijano Garnica, Ernesto, "Efectos de la omisión del preceptivo dicamen del Consejo de Estado", *rap* n.º 118 (1988), páxs. 241 e segs., pág. 258.

gano con relevancia constitucional⁷⁰. Esta última categoría construíuse en torno á do órgano constitucional para cualificar certas entidades que non cumprían os requisitos que se lle esixían a este. O primeiro requisito do órgano constitucional é o de estar establecido e configurado directamente pola Constitución⁷¹; o Consello de Estado atópase establecido na Constitución, pero a súa configuración a penas está esbozada nela, a que non determina nin a súa composición, nin os órganos e métodos de designación dos seus membros, nin o seu *status* institucional, nin a relación precisa das súas competencias⁷². En efecto, só se di que é un órgano consultivo (art. 107 CE) do que se infire que posúe competencias consultivas, das que só se menciona expresamente unha (art. 153 b) CE), se ben a Constitución remite a unha lei orgánica para desenvolver estes aspectos.

Un segundo requisito que debe reunir un órgano constitucional é o de ser un compoñente fundamental da estrutura constitucional. Cada estrutura constitucional, cada Estado, ten os seus peculiares órganos constitucionais, a desaparición dos cales ou desorganiza completamente o Estado ou o transforma fundamentalmente⁷³. O Consello de Estado, pese a que sexa un órgano de gran relevancia para a defensa do Estado de dereito ó velar no exercicio da súa función consultiva pola observancia da Constitución e do resto do ordenamento xurídico (art. 2.1 LOCE), non pode considerarse tan esencial como para pensar que a súa desaparición desorganizaría completamente o Estado ou o transformaría substancialmente.

A terceira nota característica dun órgano constitucional é a súa participación na dirección política do Estado, ou en termos de Romano, a súa participación na soberanía⁷⁴. O Consello de Estado participa na función lexislativa dictaminando diversos instrumentos normativos (proxectos de decretos lexislativos, anteproxectos de leis que desenvolvan tratados internacionais ou afecten ó Consello de Estado, anteproxectos de leis orgánicas de transferencia ou de delegación de competencias ás CCAA, regulamentos executivos de leis ou tratados, *vid.*, arts. 21 e 22 LOCE); igualmente participa na función executiva dictaminando diversos actos administrativos e na función xurisdiccional (arts. 22. 8 a 10 LOCE). Pero esta participación é de tipo auxiliar e ademais non é *decisiva*.

Un cuarto trazo que perfila a figura do órgano constitucional é o de gozar de paridade de rango respecto dos demais órganos constitucionais, sendo cada un deles supremo *in suo ordine*, e derivase de aquí a súa posición de independencia recíproca, o que non é óbice para que haxa unha interdependencia organi-

⁷⁰ Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge, "Estudio Preliminar" a la LOCE en Ley Orgánica del Consejo de Estado", *Cuadernos de Documentación del Instituto Nacional de Prospectiva*, n.º 7, Madrid, 1980, páx. 41; García Roca, Francisco Javier, *El conflicto entre órganos constitucionales*, Tecnos, Madrid, 1987, páx. 84; Gómez Montoro, Ángel J., *El conflicto entre órganos constitucionales*, CEC, Madrid, 1992, páx. 347.

⁷¹ García-Pelayo, Manuel, "El «status» del Tribunal Constitucional", *REDC* n.º 1 (1981), páxs. 11 e segs., páx. 13.

⁷² A diferenza do que sucede co Consello de Estado holandés.

⁷³ García-Pelayo, *op. cit.*, páxs. 14-15; Nese sentido xa se pronunciou Jellinek, un dos forxadores do concepto de órgano constitucional, *vid.*, Jellinek, Georg, *Teoría General del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos, Albatros, Bos Aires, 1978, páx. 42.

⁷⁴ García-Pelayo, *op. cit.*, páx. 22; Romano, Santi, "Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato", en *Scritti minori* (edición a cargo de Guido Zanobini), vol. I, Giuffrè, Milán, 1950, páx. 1 e segs., páx. 10 (este traballo publicouse orixinalmente en 1898).

zativa ou sistemática dos órganos entre si que leve a que un órgano constitucional poida nomealos titulares doutro ou incluso controlalo⁷⁵. O Consello de Estado está definido na Constitución como o "supremo" órgano consultivo do Goberno e non se atopa subordinado a ningún órgano. A preposición "del" para aludir á súa relación co Goberno non implica unha subordinación senón unha conexión.

Á luz das anteriores consideracións parece claro que o Consello de Estado é un órgano que se establece pola mesma Constitución e algúns destes elementos do seu réxime están previstos na propia Constitución, pero nun grao significativamente menor do que sucede cos órganos constitucionais.

2. O concepto de órgano con relevancia constitucional que, como se ve, se constrúe de forma negativa e residual respecto do de órgano constitucional, non está reñido co de órgano auxiliar⁷⁶ construído, o mesmo que o de órgano con relevancia constitucional, pola doutrina italiana. A noción de órgano auxiliar aparece expresamente na Constitución italiana (sección III do título III) e foi primeiramente teorizada por Ferrari⁷⁷ sendo en España considerada de forma global por Aguilar⁷⁸, á parte outros estudos realizados a propósito dalgún órgano precisamente cualificado como auxiliar⁷⁹.

O Consello de Estado italiano pronunciouuse con nitidez en torno á cuestión da súa natureza xurídica utilizando estas categorías. Na súa propia opinión, o Consello é un "órgano de relevancia constitucional" as atribucións consultivas do cal se explican polo interese sectorial da Administración pública que reclama os dictames daquel, pero tamén polo interese público considerado dende un punto de vista xeral e obxectivo, así como polo interese da legalidade da acción administrativa. Por iso, o Consello ten a natureza dun órgano do Estado-ordenamento (Estado-comunidade) e non simplemente do Estado-administración, órgano chamado para cumprir, en función de "auxiliariedade" ou auxilio as súas atribucións consultivas de forma obxectiva e neutral⁸⁰.

Aguilar efectúa a súa construción da categoría do órgano auxiliar partindo da distinción entre poderes e funcións xa incoada por Pérez Serrano e cun claro influxo da doutrina italiana. Mentres a división de poderes é obra da doutrina, está encamiñada cara a un fin político, cal o aseguramento da liberdade, e artículase mediante mecanismos de equilibrio; a diversificación das funcións é obra da crecente complexidade social, diríxese cara a unha especialización (técnica) e división do traballo, e constrúese sobre unha base orgánica, isto é, sobre unha análise

⁷⁵ García-Pelayo, *op. cit.*, páx. 28; Romano, *op. cit.*, páx. 12.

⁷⁶ Mortati, Costantino, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, t. I (10ª ed. a cargo de Franco Modugno, Antonio Baldassarre e Carlo Mezzanotte), Cedam, Padua, 1991, páx. 601.

⁷⁷ Ferrari, Giuseppe: *Gli organi ausiliari*, Giuffrè, Milán, 1956.

⁷⁸ Aguilar Fernández-Hontoria, Jaime, "A propósito del Defensor del Pueblo: los rasgos definidores de la posición jurídica de los órganos auxiliares", en VVAA, *Las Cortes Generales*, t. I, IEF, Madrid, 1987, páx. 337 e segs.

⁷⁹ Varela Suances-Carpegna, Joaquín, "La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo", *redc* n.º 8 (1983), páx. 63 e segs.; o mesmo autor fai unha serie de consideracións xerais sobre os órganos auxiliares en Francisco J. Bastida Freijedo, Joaquín Varela e Juan Luis Requejo Pagés, *Derecho Constitucional. Cuestionario comentado*, t. I, Ariel, Barcelona, 1992, páx. 386.

⁸⁰ *Parere*, n.º 1237, do 23 de novembro de 1967, da Asemblea Xeral do Consello de Estado italiano.

dos órganos que deben exercelas⁸¹. Sobre esta base, Aguilar distingue entre os "poderes" estatais que son as vías de exercicio da "actividade política do Estado" e as "funcións" que son as canles polas que se manifesta a "actividade técnica" deste, estimando que a relación das segundas cos primeiros é unha relación de auxilio e asistencia, de garantía, para acadar un axeitado, correcto, cumprimento dos seus obxectivos⁸². Aqueles órganos estatais superiores, ou se se quere, recollidos na Constitución, que están vinculados ós "poderes" serán os órganos constitucionais e os que se relacionen coas "funcións" estatais serán os órganos auxiliares⁸³.

Sentadas estas premisas teóricas, Aguilar estima que o Consello de Estado é un órgano auxiliar. Da sucinta definición do art. 107 CE e do seu encadramento no título dedicado ó Goberno e á Administración deduce que a Constitución está configurando un singular órgano de asesoramento externo da Administración pública⁸⁴. Este órgano ten encomendada a función de emitir unha opinión independente, obxectiva e motivada sobre a corrección da solución ou decisión propugnada polos órganos activos consultantes. Así pois, a actividade estatal desenvolvida polo Consello de Estado está inspirada polo sentido de garantía que caracteriza a "actuación técnica do Estado". Ó Consello de Estado, como afirma Quadra-Salcedo, asígnaselle obxectivamente unha función de relevancia constitucional, a función consultiva⁸⁵. A actividade consultiva é, polo tanto, o exercicio dunha "función" estatal (a "función consultiva" nas esferas gobernativa e administrativa) polo que, en consecuencia, o Consello debe ser caracterizado como órgano auxiliar⁸⁶.

3. As relacións entre os órganos auxiliares e os órganos constitucionais poden formularse dende unha perspectiva subxectiva ou obxectiva. Dende a primeira podería considerarse que o órgano auxiliar está en certo modo condicionado pola disposición, as instrucións, a vontade ou os desexos do órgano constitucional ó que supostamente auxilia. Dende a segunda, que é a que defende Aguilar seguindo a Ferrari⁸⁷, estímase que os órganos auxiliares, en sentido obxectivo, coadxuvan a garantir unha correcta actuación estatal en certos eidos complexos exercendo de forma independente as súas competencias⁸⁸. Desta maneira, cando a parcela da actividade estatal ocupada obxectivamente pola "función" realizada polo órgano auxiliar entre en escena, activaranse automaticamente as competencias que o órgano auxiliar realice respecto desa parcela obxectivamente considerada (no noso caso, as de tipo consultivo en cuestións de Goberno e de Administración)⁸⁹.

⁸¹ Pérez Serrano, *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1976, páx. 384; Aguilar, *op. cit.*, páxs. 355 e segs.; unha distinción parecida é a que establece Vergottini entre "funcións primarias dos órganos constitucionais", de tipo activo, encomendadas ós órganos ós que a Constitución confía a función de *indirizzo politico*, e as funcións secundarias, que presupoñen esas outras funcións primarias, que poden ser de consulta, de control ou de proposta, e son de carácter instrumental, pero necesarias para un exercicio satisfactorio das funcións primarias de *indirizzo* (o que Aguilar chama "poderes"), *vid.*, Vergottini, Giuseppe de, "Gli organi ausiliari", en Amato y Barbera, (comps.), *Manuale*, cit., páxs. 647 e segs., páx. 647.

⁸² Aguilar, *op. cit.*, páxs. 363 e 365.

⁸³ Aguilar, *op. cit.*, páxs. 367 e segs.

⁸⁴ Aguilar, *op. cit.*, páx. 379.

⁸⁵ Quadra-Salcedo, *op. cit.*, páx. 213.

⁸⁶ Aguilar, *op. cit.*, páxs. 380-381.

⁸⁷ Ferrari, *op. cit.*, páxs. 367 e segs.

⁸⁸ Como afirma Varela, entre o órgano auxiliar e o órgano constitucional nin hai relación de paridade nin a hai de xerarquía ou subordinación, gozando o primeiro de autonomía orgánica e funcional respecto do segundo, *vid.*, Varela, *op. cit.*, páx. 386.

⁸⁹ Aguilar, *op. cit.*, páxs. 396-398.

O art. 107 CE parece configurar unha relación subxectiva entre o Consello de Estado (órgano auxiliar) e o Goberno (órgano constitucional). Non obstante, opina Aguilar que a "función" consultiva que desenvolve o Consello se estende tradicionalmente ás materias gobernativas e administrativas. Esta posición obxectiva dota o Consello dunha independencia respecto dos demais órganos constitucionais e auxiliares, o que se traduce, non na imposibilidade de que outros órganos participen na vida do Consello (p. ex. nomeando os seus compoñentes), senón nun exercicio independente das súas atribucións. Agora ben, a expresión "do Goberno" do art. 107 indica, segundo Aguilar, a procedencia esencial das cuestións que se someten á consideración do Consello de Estado⁹⁰. En definitiva, da tese de Aguilar podería concluírse que a acción do Consello de Estado se determina pola presenza das circunstancias obxectivas que se dean respecto da súa "función", non circunscribíndose ó auxilio do Goberno, e débese considerar que esa mención non constitúe un límite cualitativo da súa actividade, senón unha referencia cuantitativa á procedencia das consultas. Conflúe así coa posición anteriormente expresada por Gálvez Montes para quen a expresión "do Goberno" do art. 107 CE "no puede aceptarse en un sentido excluyente que limite el auxilio del Consejo de Estado, ...(que) impida una extensión de su actividad consultiva a otros órganos del Estado" admitindo a posibilidade de que poidan ampliarse as súas actividades consultivas a órganos lexislativos e xurisdiccionais⁹¹. Esta última consideración, é dicir, a ampliación da actividade do Consello a órganos lexislativos e xurisdiccionais pode ter un certo apoio normativo⁹².

Fronte a esta posición que parte de considerar que o Consello de Estado é un órgano estatal superior de tipo auxiliar, outros autores sostiveron que a expresión "órgano consultivo do Goberno" significa que se subordinase ó Goberno central e, polo tanto, incardinado na Administración central. Dende esta formulación, o Consello de Estado non é un órgano do Estado, no sentido de Estado-comunidade, senón un órgano do Estado central ou se se quere da Administración do Estado⁹³. Unha formulación distinta é a de afirmar que, aínda sendo un órgano do Estado-comunidade, o art. 107 CE veda a consulta preceptiva a el das CCAA, pois estima que a expresión "órgano consultivo do Goberno" é de tipo oclusivo, e non de carácter exemplificativo, de maneira que non se admitiría a súa intervención respecto de entes non citados expresamente no art. 107 CE. Segundo Muñoz Machado, se a Constitución pretendese incluí-los gobernos autonómicos no radio de acción do Consello de Estado

⁹⁰ Aguilar, *op. cit.*, páxs. 402-404.

⁹¹ Gálvez Montes, *op. cit.*, pág. 386; non obstante Gálvez non chega a esta conclusión pola mesma vía teórica que Aguilar, xa que considera o Consello de Estado como "un órgano de la Administración del Estado", *op. cit.*, páxs. 389-390, 391-392.

⁹² Gálvez cita os arts. 109 CE, conforme o que as cámaras e as súas comisións poden solicitar "axuda... de calquera autoridade do Estado", e 118.8 (deber de colaboración cos xuíces e tribunais no proceso e na execución do resolto). En apoio desta tese pode engadirse tamén o art. 19.3º RO-CE que indica que o presidente do Consello de Estado autoriza coa súa sinatura "as comunicacións oficiais... ás Cortes".

⁹³ Gálvez Montes, *op. cit.*, páxs. 389-390 e 391-392; Carreras Serra, Francesc, "El Consell d'Estat com a òrgan consultiu" en VVAA, *El Govern a la Constitució i als Estatutis d'Autonomia*, Diputació de Barcelona, Barcelona, 1985, páxs. 79 e segs., pág. 84; Bosch Benítez, Óscar, "Consejo de Estado y Consejo Consultivo de Canarias: problemas de articulación de la competencia consultiva en el Estado autonómico", *Actualidad Administrativa*, n.º 44 (1987), páxs. 2502-2503; Bravo-Ferrer Delgado, Miguel, "Consejo de Estado y Estado de autonomías", *REDA* n.º 60 (1988), pág. 579; López Benítez, Mariano, "Nuevas consideraciones sobre la posición del Consejo de Estado en relación con las Comunidades Autónomas", *reda* n.º 64 (1989), páxs. 609 e segs., páxs. 634 e 635.; Trujillo, Gumersindo, "La función consultiva en las Comunidades Autónomas: sus órganos específicos y sus relaciones con el Consejo de Estado", *DA* n.º 226 (1991), páxs. 153 e segs., pág. 177.

Esta concepción compartírona varias sentencias do Tribunal Supremo, *vid.*, p. ex. a STS do 24 de novembro de 1989 (sala de Revisión, ponente: Agúndez).

⁹⁴ Lembremos, anque Muñoz Machado non o diga, que a cláusula "e outros poderes públicos" engadida ó "Goberno" para designar-los destinatarios da actividade consultiva do Consello de Estado formulouna nunha emenda transaccional na Comisión Constitucional do Senado quen despois sería presidente do Consello de Estado, Antonio Jiménez Blanco.

⁹⁵ Esta posición sostívoa inicialmente por Muñoz Machado, Santiago, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, t. II, Civitas, Madrid, 1984, páx. 47.

⁹⁶ Muñoz Machado, *op. cit.*, II, páx. 49.

⁹⁷ STC 56/1990, do 29 de marzo, Pleno (ponentes: Díaz, López y Gimeno); esta sentenza foi obxecto dun comentario de Ernesto García-Trevijano Garnica, "Posición institucional del Consejo de Estado", *RAP* n.º 122 (1990), páx. 323 e segs. A segunda sentenza é a 204/1992, do 26 de novembro, Pleno (ponente: Vega).

⁹⁸ STC 56/1990, f. x. 37.

⁹⁹ Que prevén que as persoas que fosen presidentes ou membros dos consellos executivos das CCAA poidan ser elixidos conselleiros permanentes (art. 7.2º) ou electivos (art. 9.h) do Consello de Estado.

"nada lle custaría ó constituínte usa-lo plural ou facer referencias máis concretas ós executivos autónomos, ben usando fórmulas xenéricas comprensivas deles (o concepto de "poderes públicos"⁹⁴ é o de máis reiterado exemplo), ben citándoos de maneira expresa, como fan outros moitos preceptos constitucionais"⁹⁵. Isto non significa, sen embargo, para Muñoz Machado, que debería excluírse de forma radical toda posibilidade de que as CCAA consulten o Consello de Estado⁹⁶.

4. A posición do Tribunal Constitucional expresouse en dous pronunciamentos⁹⁷ nos que se advirte un claro influxo da doutrina italiana. No primeiro⁹⁸ afirmábase que o Consello de Estado "pese á dicción literal do art. 107 da CE, que se refire a el como supremo órgano consultivo *do Goberno*, ten en realidade o carácter de órgano *do Estado* con relevancia constitucional ó servizo da concepción do Estado que a propia Constitución establece" (subliñados meus). O Consello de Estado "non forma parte da Administración activa", senón que "*conforme ó art. 107 CE*" e ó art. 1.1 da LOCE é un órgano consultivo "que *actúa*, en todo caso, *con autonomía orgánica e funcional en garantía da súa obxectividade e independencia* (art. 1.2 LOCE)" (subliñado meu). O tribunal, polo tanto, acolle a noción de "órgano de relevancia constitucional" para aplicala ó Consello de Estado, o cal é considerado como un órgano ó que, é certo, o Goberno consulta (e nese sentido é "órgano consultivo *do Goberno*") pero que non depende do Goberno pois, trátase dun órgano *do Estado*. Este órgano do Estado, que goza de relevancia constitucional, goza de autonomía orgánica e funcional non só con base no art. 1.1 LOCE, senón sobre todo "*conforme ó art. 107 CE*" que deste xeito ten un significado máis profundo en canto é o fundamento da autonomía do Consello de Estado que, xa que logo, non se orixina na LOCE, senón que existe *ex constitutione*.

Polo demais, o Consello está ó servizo da concepción do Estado establecida na Constitución, isto é, do Estado autonómico como resulta "da súa composición (arts. 7 e 9 h) LOCE"⁹⁹ e das súas funcións consultivas que se estenden tamén ás comunidades autónomas, segundo prevén explicitamente no deseño competencial a que se remite a Norma fundamental, realizado polos arts. 20 a 23 da LOCE). É dicir, sentado que se trata dun "supremo órgano (do Estado) consultivo do Goberno" principalmente, a Constitución remite a unha lei orgánica a determinación das competencias dese órgano do Estado de tipo consultivo. A LOCE nese sentido prevé a consulta das CCAA a ese órgano do Estado de tipo consultivo. En definitiva, parece que a STC 56/1990 sostén que o establecemento de competencias

do Consello de Estado en relación coas CCAA, se ben se concreta na LOCE, ten o seu apoio no propio art. 107 CE. Matízase así unha anterior afirmación do TC segundo a que "o Consello de Estado, tal como establece o art. 20.1 da súa Lei orgánica 3/1980, do 3 de abril, configúrase tamén como órgano consultivo das comunidades autónomas"¹⁰⁰. É dicir, non só é órgano consultivo das CCAA en virtude da LOCE, como parecía indicarse na Sentencia 214/1989, senón tamén en virtude da propia Constitución que o considera como órgano consultivo do Estado que, tendo en conta a súa natureza, mediante lei orgánica pode exercer competencias respecto das CCAA.

A doutrina sentada na STC 56/1990, vaina desenvolver STC 204/1992. Esta sentenza reitera que o Consello de Estado é un "órgano consultivo con relevancia constitucional" ó servizo da concepción do Estado que a propia Constitución establece"¹⁰¹. Esa condición e os seus corolarios de non formar parte da Administración activa e de gozar de autonomía orgánica e funcional como garantía de autonomía e independencia "habilitano para o cumprimento desa tarefa... en relación tamén con outros órganos gubernativos e con outras administracións públicas distintas da do Estado, nos termos que as leis dispoñan, conforme a Constitución. A mención expresa do art. 107 CE ó Goberno como destinatario da súa función consultiva non é, polo tanto, unha mención excluínte, senón *ad exemplum*, que "non quere dicir que ese órgano teña que quedar confinado ó exercicio desa específica función e que non poida estenderse o alcance da súa intervención consultiva". Por iso, anque "o art. 107 CE non dispuxo"¹⁰² que o Consello de Estado sexa o órgano superior consultivo dos gobernos das comunidades autónomas e das súas respectivas administracións... tampouco impide que desempeñe esa función"¹⁰³.

Aínda que o TC non emprega a noción de "órgano auxiliar", senón a de "órgano de relevancia constitucional", o certo é que dá pé para que sexa considerado como órgano auxiliar de acordo coas formulacións antes expostas. O TC subliña a existencia dunha "función" consultiva de contornos obxectivos ó declarar que "a intervención preceptiva dun órgano consultivo das características do Consello de Estado, sexa ou non vinculante, supón en determinados casos unha importantísima garantía do interese xeral e da legalidade obxectiva". Trátase "dunha función moi cualificada que lle permite ó lexislador eleva-la súa intervención preceptiva, en determinados procedementos, sexan da competencia estatal ou da autonómica, á categoría de norma básica do réxime xurídico das administracións públicas ou parte

¹⁰⁰ STC 214/1989, do 21 de decembro, Pleno (Ponente: De los Mozos), f. x. 17.

¹⁰¹ Advírtase, sen embargo, que a STC 204/1992 omite dúas palabras importantes que se din na STC 56/1990, por máis que se remita expresamente a ela. Mentres a Sentencia de 1990 di "órgano do Estado con relevancia constitucional...", a de 1992 di "órgano consultivo con relevancia constitucional" omitindo o complemento "do Estado". En calquera caso, a cualificación de órgano con relevancia constitucional xa presupón a cualidade de órgano do Estado.

¹⁰² Expresamente, poderíamos engadir.

¹⁰³ STC 204/1992 f. x. 2.

do procedemento común (art. 149.1.18 CE)"¹⁰⁴. Estas expresións coidamos que fertilizan a concepción do Consello de Estado como órgano auxiliar entendido sobre a base dunha precisa función obxectiva, e non tanto sobre unha consideración subxectiva.

3.2. Competencias

O art. 107 CE sinala no seu inciso final que as competencias do Consello de Estado serán reguladas por lei orgánica. Existe, por tanto, unha reserva de lei orgánica nesta cuestión que realza a relevancia da función do Consello. Podería pensarse que a remisión do art. 107 CE á LO é de tipo indeterminado, isto é, que mediante LO pode asignárselle calquera xénero de competencias ó Consello, sempre e cando efectivamente tal asignación se opere mediante o citado instrumento normativo. Sen embargo, e iso verase nas consideracións que faremos a continuación, a definición constitucional do Consello como un "órgano consultivo" supón unha limitación obxectiva de competencias. O Consello pode desempeñar facultades de diverso tipo sempre e cando poidan ser reconducidas a unha natureza consultiva.

A. Consultivas

Como advertiu Gálvez, a CE atribúelle ó Consello de Estado unicamente competencias consultivas. Aínda que se remita a unha lei orgánica a regulación da competencia do Consello, debe terse presente que a Constitución determinou o ámbito competencial do Consello de Estado en canto vén caracterizalo como órgano consultivo, o que exclúe a posibilidade de que por lei orgánica se lle atribúan competencias de natureza non consultiva¹⁰⁵.

Numerosos autores cualificaron o Consello de Estado como órgano de control e a súa función como unha función de control¹⁰⁶. Esta posición, dun lado, non se compadece coa concepción do consello existente dende o dereito romano, conforme á que *nemo ex consilio obligatur*¹⁰⁷, senón que tamén parece romper certas ideas da Dogmática clásica que distinguen as funcións consultiva e de control. Nesta liña, Mortati sostén que a actividade consultiva consiste na prestación ós órganos deliberantes de elementos valorativos das circunstancias sobre as que se deba fundamentala decisión e neste sentido debe preceder á emanación do acto. Esta intervención consultiva, ben pode dirixirse a suplir unha eventual falta de coñecementos técnicos dos órganos decisores, ben a axudar á formación da súa convicción sobre o modo de satisfacerlo interese público.

¹⁰⁴ STC 204/1992 f. x. 4.

¹⁰⁵ Gálvez Montes, *op. cit.*, páx. 384.

¹⁰⁶ Pérez-Tenessa, *El Consejo...*, cit., páx. 58; Id., "Perspectivas del Consejo de Estado", REDA n.º 22 (1979), páxs. 339 e segs., páx. 345; Muñoz Machado, *op. cit.*, páx. 47; Quadra-Salcedo, *op. cit.*, páx. 215 e segs.; Mestre Delgado, Juan Francisco, "Reglamentos autonómicos y Consejo de Estado", REDA n.º 59 (1988), páxs. 451 e segs., páx. 451; Parada, Ramón, *Derecho Administrativo*, t. II (Organización y empleo público), Marcial Pons, Madrid, 1991, páxs. 302-304.

¹⁰⁷ *Digesto*, 17, 1, 2.

Sen embargo, o control ten unha estrutura distinta. Como afirma Galeotti, o control componse de dous elementos: dunha banda, o xuízo sobre o respecto da norma ou acto controlado cara a unha norma ou principio que se quere salvagardar; pero ademais, doutra banda, unha medida de tipo obstativo respecto do obxecto controlado. Este último elemento é, na opinión de Galeotti, esencial e decisivo para os efectos de cualificar como control un determinado instituto xurídico¹⁰⁸. O elemento da medida, esencial no control, pode consistir, xa en impedi-la emisión do acto, xa en precluí-la eficacia deste, xa en retiralo da circulación despois de que entrase en vigor, en tódolos casos en que sexa considerado contrario a dereito ou se opoña o interese confiado ó coidado do órgano axente. Polo demais, na opinión de Mortati, tanto a actividade consultiva como a de control conservan a súa identidade xa operen respecto da función legislativa como da administrativa ou a xudicial¹⁰⁹. Esta postura clásica é a defendida en España por Cordero Torres¹¹⁰, Tolivar¹¹¹, Jordana¹¹² e Gálvez¹¹³.

Fronte a esta corrente, como xa se viu, outros autores defenden a natureza de control que posúe a actividade consultiva do Consello de Estado. Pérez-Tenessa dende dentro do Consello, constata que o mesmo "tiene conciencia de no ser un cuerpo consultivo, sino un mecanismo de control"¹¹⁴. Quadra-Salcedo, pola súa parte, sostén que a dimensión de control reside na circunstancia de que a consulta ó Consello de Estado non é libre nin en canto ó qué, nin en cánto ó cándo, nin en cánto ó a quen se consulta. Precisamente porque a entidade consultante non é libre en todos eses aspectos, opina este autor que a consulta ten esa dimensión de control "aunque no tenga carácter vinculante el dictamen emitido"¹¹⁵.

Pola súa parte, Parada sostén que a cualificación do Consello de Estado como un órgano de control se deduce dunha serie de datos. En primeiro lugar, a independencia funcional e a intervención preceptiva do Consello parecen establecidos en función de asegurar ou preservar determinadas aplicacións do ordenamento xurídico dunha intervención e interpretación exclusiva do Goberno ou da Administración. Neste sentido, a intervención do Consello de Estado ten unha finalidade cuasifiscalizadora, de maneira que os actos do Goberno e a Administración ou ben non sexan válidos se se omite a petición do dictame, ou ben sufran unha certa desautorización material –non formal, pois o acto é válido– se non se segue a opinión do dictame. En segundo lugar, as garantías de que se inviste o Consello de Estado, que son as propias dos órganos xudiciais

¹⁰⁸ Galeotti, Sergio, "Controlli costituzionali", en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, t. X, Varese, 1962, páxs. 319 e segs., pág. 321.

¹⁰⁹ Mortati, *op. cit.*, I, páxs. 264-267.

¹¹⁰ Cordero Torres, José María, *El Consejo de Estado. Su trayectoria y perspectivas en España*, IEP, Madrid, 1944, pág. 208.

¹¹¹ Tolivar Alas, Leopoldo, "Renovación legislativa y Consejo de Estado", *reda*, n.º 31 (1981), páx. 683 e segs., páxs. 684-685.

¹¹² Jordana de Pozas, Luis, "El Consejo de Estado en la Constitución", en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* (1979), páxs. 205 e segs., pág. 221.

¹¹³ Gálvez Montes, *op. cit.*, pág. 384; nese sentido pronunciábase Mortati, *op. cit.*, I, pág. 265.

¹¹⁴ Pérez-Tenessa, *op. cit.*, pág. 346. Pode advertirse, non obstante que unha cousa é "ter conciencia" de algo e outra cousa é "selo", hai quen se cre Napoleón, pero non o é: *Denken ist frei*.

¹¹⁵ Quadra-Salcedo, *op. cit.*, pág. 222.

(autonomía orgánica e funcional para garantir obxectividade e independencia) fertilizan esa caracterización como órgano de control. Esta configuración tamén está apoiada, en terceiro lugar, pola finalidade das intervencións do Consello (velar pola observancia da Constitución e do resto do ordenamento xurídico) que é similar á dos órganos xudiciais¹¹⁶.

Ó noso modesto entender, sen embargo, é impropiedade identificar consulta e control. Certamente, os argumentos de Quadra-Salcedo e de Parada poñen de manifesto a existencia de elementos de control na consulta, pero iso non pode levar a identificar ámbalas dúas noicións. A distinción clásica, ben expresada por Mortati, mantén a súa vixencia. Os dictames do Consello, e sempre que non sexan vinculantes, non producen ningún dos efectos que predica Mortati dos actos de control: nin impiden a emisión do acto, nin a súa eficacia, nin o retiran da circulación. De aí que, sen negar esa presenza de elementos de control, estes non cheguen a desnaturalizala función consultiva do Consello de Estado cando elabora dictames que non son vinculantes.

As consultas ó Consello de Estado poden ser preceptivas ou facultativas. No suposto de que unha consulta sexa preceptiva, unha determinada entidade ou órgano está obrigado a consulta-lo Consello, a diferenza do caso en que a consulta sexa facultativa en que acudirá ó Consello só se o estima conveniente. A consulta só será preceptiva nos casos en que a LOCE ou outras leis así o establezan, e facultativa nos demais casos¹¹⁷. Existe polo tanto unha reserva de lei para poder configurar como preceptiva unha consulta, e non poden establecerse dictames preceptivos por vía regulamentaria. As competencias consultivas do Consello pódenas exercer o Pleno ou a Permanente. Estas competencias poden ser fundamentalmente de dous tipos: políticas e xurídicas. Estas últimas poden, pola súa vez, ser de tres clases, cómpre saber, internacionais, constitucionais e administrativas. No noso exame prescindiremos das consultas xurídico-internacionais e administrativas.

a. Políticas.

1. Como advertiu García Fernández, o paso da monarquía absoluta á representativa, anque sexa moderada, reflíctese na existencia dun órgano consultivo que o é, cada vez máis, da Administración antes ca do Goberno como ente político. De aí que, respecto do Consello de Estado (e non só en España), a medida que avanza o réxime representativo o asesoramento político vaise reducindo e álzase a función consultiva administrativa¹¹⁸. Agora ben, isto non significa que desapareza a necesidade dos

¹¹⁶ Parada, *op. cit.*, páxs. 302-303.

¹¹⁷ Art. 2.2 LOCE.

¹¹⁸ García Fernández, Javier, "Las funciones consultivas en el Estado democrático", *DA*, n.º 226 (1991), páxs. 13 e segs., páxs. 17 e 19.

órganos políticos do Goberno de solicitar consellos políticos, como tamén advirte García Fernández. Ocorre, na opinión deste autor, que os consellos de tipo clásico (o Consello de Estado) se atopan centrados no xurídico e, polo tanto, non poden dar asesoramento político. Ese baleiro sería o que cubrirían os gabinetes como órganos de Estado maior¹¹⁹.

O certo é que as regulacións anteriores sobre o Consello de Estado lle concedían ó Pleno deste órgano unha importante competencia consultiva nos asuntos políticos. Anteriormente o Pleno entendía preceptivamente "sobre toda resolución que por circunstancias extremas ou altos intereses e conveniencia da Nación, crea deber adoptar o Goberno, da que deba dar conta ás Cortes" e pode o Goberno prescindir da consulta "só en casos de urxencia"; e tamén entendía obrigatoriamente "sobre as cuestións de Estado que revistan carácter de conflitos internacionais"¹²⁰. Ó suprimirse o Pleno do Consello de Estado en 1931 desaparecen estas cuestións políticas da súa competencia, que tampouco a LOCE de 1944 recupera, polo menos con carácter preceptivo, para o Consello.

2. En calquera caso, e anque sexa por reminiscencia histórica, ó Consello de Estado atribúenselle funcións de asesoramento político. Santamaría reconece que a cualificación do Consello de Estado que fai o art. 107 CE evoca un órgano dedicado preferentemente ó asesoramento político¹²¹.

As competencias do Consello de asesoramento político están fundamentalmente atribuídas ó Pleno. O Pleno deberá ser consultado "naqueles asuntos de Estado ós que o Goberno recoñeza especial transcendencia ou repercusión"¹²². Este é un suposto teoricamente de consulta preceptiva. Agora ben, dunha banda é o Goberno quen debe recoñecerlle a ese asunto de Estado unha "especial transcendencia ou repercusión"; e, doutra, non parece moi conveniente fixar este tipo de consulta política como preceptiva, como advirte Pérez-Tenessa, pois do mesmo modo que ningunha lei obriga o enfermo a acudir ó médico, senón que vai porque lle convén, aquí sucedería algo parecido¹²³. Polo demais, non está clara a consecuencia xurídica do incumprimento da obriga de consultar nestes supostos. Por iso, poderían reconducirse á categoría dos actos políticos¹²⁴, e enténdese por tales os dictados polo Goberno en canto órgano político e non órgano da Administración e os non sometidos á xurisdicción contencioso-administrativa¹²⁵. Agora ben, o feito de que certas actividades se sitúen fóra do control contencioso-administrativo, non significa que estean exentas de suxeición ó dereito e de todo control xurisdiccional¹²⁶.

¹¹⁹ García Fernández, *op. cit.*, páxs. 20-21.

¹²⁰ Art. 26 LOCE de 1904 e art. 26 LOCE de 1924.

¹²¹ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, t. II, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, pág. 1063.

¹²² Art. 21.9 LOCE.

¹²³ Pérez-Tenessa, "Perspectivas...", *cit.*, pág. 347.

¹²⁴ Sobre o acto político, téñase en conta as SSTC 45/1990, do 15 de marzo (sala 1ª, ponente: Leguina); 196/1990, do 29 de novembro (sala 1ª, ponente: Leguina).

¹²⁵ SSTC 45/1990 (f. x. 2); 196/1990 (f. x. 5).

¹²⁶ STC 196/1990 (f. x. 6).

Ademais do caso anterior, o Consello de Estado tamén pode coñecer de asuntos políticos, xa en Pleno, xa en Comisión Permanente en sede de consulta facultativa a través da cláusula aberta que indica que “o Consello de Estado, sexa en Pleno ou en Comisión Permanente, pode ser oído *en calquera asunto* en que, sen ser obrigatoria a consulta, o presidente do Goberno ou calquera ministro o estime conveniente” (subliñado noso)¹²⁷.

3. A competencia consultiva política do Consello de Estado valorárona negativamente algúns autores. A dobre virtualidade do Consello, dun lado, como un órgano técnico que responde ó tipo de organismo consultivo clásico e, doutro, como un órgano que pode ser consultado en cuestións de oportunidade e de conveniencia, para Carreras pode ser disfuncional. Na súa opinión sería conveniente que as funcións do Consello se cinguisen ós aspectos técnico-xurídicos para impedir unha posible utilización legal do Consello para finalidades políticas que, aínda que sexan de carácter consultivo, poden enmascararse nunha *auctoritas* especial na que os planos xurídico e político se confunden¹²⁸.

Quadra-Salcedo, polo súa parte, sostén que a decisión política como tal o Goberno só debe consultala ó electorado ou ás forzas políticas, e debe a consulta do Consello referirse unicamente á constitucionalidade e á legalidade da decisión, e integralas consideracións de oportunidade nese xuízo de legalidade e de constitucionalidade¹²⁹. Segundo o ex presidente do Consello de Estado ó Goberno correspóndelle a lexitimidade democrática para darlle a orientación política que crea conveniente á súa actuación, e non é posible que ningún órgano na marxe dese proceso de lexitimación puidese obstaculizalo seu dereito e a súa responsabilidade¹³⁰.

Os argumentos de Quadra-Salcedo, sen embargo, presentan algúns problemas. En primeiro lugar, se só debe consultarse o electorado ou as forzas políticas, teríamos que formulármola lexitimidade (ou se se quere, incluso a constitucionalidade mesma) da figura dos gabinetes, sobre todo do gabinete do presidente do Goberno, que, como xa sinalamos, realizan un labor (entre outros) de intenso asesoramento político. Pero, ademais, debemos ter en conta que o electorado non só ofrece un consello, senón que na súa actuación (e a salvo do referendo consultivo xa examinado) pronuncia unha decisión. O electorado non “aconsella” que sexan elixidos determinados deputados, senón que “decide” elixilos. Non debe esquecerse a distinción *auctoritas-consello/potestas-orde*. O que aconsella dalgunha maneira exerce *autoritas*, está totalmente privado do poder de

¹²⁷ Art. 24.1 LOCE.

¹²⁸ Carreras, *op. cit.*, páxs. 81 e 83.

¹²⁹ Quadra-Salcedo, *op. cit.*, páxs. 225-226.

¹³⁰ Quadra-Salcedo, *op. cit.*, páx. 228.

dar ordes e, polo tanto, non pode impedir de forma coactiva (coacción xurídica) que o aconsellado, o Goberno neste caso, estableza unha determinada orientación política. De aí que o órgano que só aconsella non pode obstaculizar en ningún caso o dereito e a responsabilidade do Goberno de impulsar unha determinada orientación política. En definitiva, a competencia consultiva política do Consello é perfectamente constitucional.

b. *Xurídico-constitucionais.*

1. Con carácter xeral, como xa se advertiu, o Consello de Estado, sexa en Pleno ou en Comisión Permanente, pode ser oído "en calquera asunto en que, sen ser obrigatoria a consulta, o presidente do Goberno ou calquera ministro o estime conveniente"¹³¹. En parecidos termos formúlase a posibilidade de que as CCAA, por conducto dos seus presidentes, lle consulten ó Consello "aqueles asuntos en que, pola especial competencia ou experiencia deste, o estimen conveniente"¹³². Estas cláusulas permiten atribuírle ó Consello a máis ampla competencia consultiva en calquera asunto non só político, senón tamén xurídico. Sen embargo, esta consulta é facultativa e non preceptiva.

2. O Consello de Estado tamén ten competencias consultivas sobre aspectos de relevancia xurídico-constitucional. Este tipo de consultas agrúpase en diversas clases: A) en primeiro lugar, atópanse as relacionadas coa creación de normas; B) en segundo lugar, as relativas a procesos constitucionais; C) e, en terceiro lugar, as referidas ó órgano auxiliar de relevancia constitucional que é o Consello de Estado.

2.A. As consultas relacionadas coa **creación de normas** poden versar sobre tratados internacionais, sobre diversas normas con rango de lei e sobre regulamentos.

2.A.1. En materia de **tratados internacionais** a Permanente do Consello de Estado dictamina preceptivamente sobre a necesidade de autorización das Cortes Xerais con carácter previo á prestación do consentimento do Estado¹³³. Na nosa opinión, a omisión deste dictame pode ter diversas consecuencias. Se o tratado é finalmente ratificado con autorización das Cortes, coidamos que a súa omisión non produce consecuencias, pois o dictame diríxese, precisamente, a informar da posible necesidade de tal autorización. Agora ben, se a ratificación se produce sen esa autorización das Cortes, a omisión do dictame supón un vicio que invalida constitucionalmente esa ratificación. Isto xustifícase, precisamente, porque o dictame ten como obxecto advertir da posible necesidade da autorización polo Parlamento de tal ratificación.

¹³¹ Art. 24.1 LOCE.

¹³² Art. 23.1 LOCE.

¹³³ Art. 22.1 LOCE e art. 94 CE.

2. A.2. O Consello de Estado ten competencias consultivas sobre diversas normas con rango de lei. En primeiro lugar, o Pleno debe dictaminar preceptivamente aqueles anteproxectos de leis que teñan que dictarse en execución, cumprimento ou desenvolvemento de tratados, convenios ou acordos internacionais¹³⁴. En segundo lugar, a Permanente dictamina obrigatoriamente sobre os anteproxectos de lei orgánica de transferencia ou delegación de competencias ás CCAA¹³⁵. Nestes supostos, o Consello de Estado colabora na formación das leis: coopera na preparación dos anteproxectos de lei; emite o seu parecer sobre a constitucionalidade dos mesmos; verifica se se axusta ós tratados internacionais que xa formen parte do ordenamento español; e coopera na corrección técnico-xurídica da obra lexislativa¹³⁶.

Ademais, o Pleno tamén debe ser consultado preceptivamente verbo dos proxectos de decretos lexislativos¹³⁷. Neste caso, xa se trate de formular un texto articulado a partir dunhas bases, ou xa se trate de refundir varios textos legais nun só, o Consello proxecta a súa actividade sobre o contido e sobre o procedemento da lexislación. O Consello verifica se os textos articulados proxectados desenvolven –nos límites da delegación– as bases da lei delegante. Cando se trate de textos refundidos, o Consello debe verificar se o proxecto respecta o ámbito normativo ó que se refire o contido da delegación e se esta abrangue a regularización, aclaración e a harmonización dos textos legais que han de ser refundidos. O Consello de Estado emite un xuízo de fondo sobre a interpretación das regras refundidas e os contidos refundidos. Tamén valora os aspectos de técnica e de sistemática do texto consultado¹³⁸.

Tanto os proxectos de lei que desenvolvan, cumpran ou executen tratados, como os decretos lexislativos, poden versar sobre materias socioeconómicas e laborais. Isto formula o problema da relación entre o Consello de Estado e o Consello Económico e Social nestas materias. Mentres o Consello de Estado é un órgano do Estado con relevancia constitucional de tipo auxiliar, o Consello Económico e Social é unha institución que, anque configurada seguindo o modelo do Consello de Estado, non ten rango constitucional e está adscrita ó Ministerio de Traballo e Seguridade Social¹³⁹. O Consello de Estado está definido constitucionalmente como o “supremo órgano consultivo”. Esta supremacía tradúcese en que “os asuntos en que dictaminara o Pleno do Consello de Estado non poderán remitirse a informe de ningún outro corpo ou órgano da Administración do Estado”; nos asuntos que dictaminara a Permanente “só poderá informa-lo Consello de Estado en Pleno”¹⁴⁰. Unha das funcións

¹³⁴ Art. 21.2 LOCE.

¹³⁵ Art. 22.4 LOCE.

¹³⁶ Arozamena Sierra, Jerónimo, “La función consultiva del Consejo de Estado”, *DA*, n.º 226 (1991), páxs. 129 e segs., pág. 143.

¹³⁷ Art. 21.1 LOCE e art. 82 CE.

¹³⁸ Pérez Hernández, *op. cit.*, páxs. 34-37; Arozamena, *op. cit.*, páxs. 143-144.

¹³⁹ Art. 1.2 da Lei 21/1991.

¹⁴⁰ Art. 2.4 LOCE.

do Consello Económico e Social é precisamente emitir dictame con carácter preceptivo sobre anteproxectos de leis do Estado e proxectos de reais decretos legislativos que regulen materias socioeconómicas e laborais¹⁴¹. Tendo en conta estas consideracións, o Consello Económico e Social debe emiti-lo seu dictame antes que o Consello de Estado, e se este dictaminase xa, non poderá facelo o Consello Económico e Social.

Formulouse a conveniencia de que o Parlamento consulte o Consello de Estado. No dereito comparado puidemos constatar que en Francia e en Holanda existe a consulta preceptiva ó Consello de Estado sobre os proxectos de lei, mentres en Italia ou en Bélxica, esa consulta é potestativa. Nalgúns homólogos autonómicos do Consello de Estado considérase esta posibilidade. Sen embargo, no noso dereito constitucional histórico, salvo na Constitución de 1808, non existen precedentes diso¹⁴². A consulta preceptiva rexeitouna Cordero Torres para quen impoñerlles ás Cortes a obriga de consulta-lo Consello de Estado supón unha perturbación no libre xogo dos órganos constitucionais. Este autor inclínase polo modelo de consulta facultativa¹⁴³. Coidamos que unha interpretación flexible dos regulamentos das cámaras debería levarnos a acepta-la posibilidade de que o Congreso ou o Senado poidan acudir ó Consello de Estado¹⁴⁴.

Parada sostivo que a omisión do dictame do Consello de Estado, nestas competencias relacionadas coa función legislativa, non produce consecuencias xurídicas posto que o acto posterior do Goberno dá lugar a leis que non son fiscalizables xudicialmente por este motivo¹⁴⁵. Sen embargo, sería conveniente matizar esa tese. Se ben a xurisdicción ordinaria non fiscaliza as leis, si o fai a xurisdicción constitucional. A carencia do preceptivo dictame do Consello de Estado podería chegar a constituír un tipo de vicio que fora causa de inconstitucionalidade desa norma con rango de lei. Distinguiuse respecto disto entre vicios no procedemento legislativo e vicios nos presupostos do acto legislativo, os cales tamén están sometidos ó control do TC¹⁴⁶. Entre estes últimos considera Biglino os trámites para a admisión da iniciativa legislativa popular¹⁴⁷, pese a que o art. 87.3 CE se atopa encadrado no capítulo II do título III da Constitución dedicado "á elaboración das leis". Neste capítulo inclúese tamén a iniciativa legislativa do Goberno. En calquera caso, doutrinalmente, considérense estes actos procedemento legislativo ou actos presupostos, poden ser obxecto de control polo TC ó examina-la constitucionalidade da lei.

A xurisprudencia constitucional é vacilante respecto disto. Mentres nun caso se declarou a inconstitucionalidade dunha lei

¹⁴¹ Art. 7.1.1.a) da Lei 21/1991.

¹⁴² Non compartimos, xa que logo, o xuízo de Cordero Torres para quen a falta de precedentes respecto disto en España é absoluta. *Vid.*, Cordero Torres, *op. cit.*, páx. 178.

¹⁴³ Cordero Torres, *ibid.*

¹⁴⁴ Art. 44 RCD e art. 67 RS.

¹⁴⁵ Parada, *op. cit.*, páx. 306.

¹⁴⁶ Biglino Campos, Paloma, *Los vicios del procedimiento legislativo*, CEC, Madrid, 1991, páxs. 102 e segs., especialmente páx. 106.

¹⁴⁷ Biglino, *op. cit.*, páx. 107.

que carecía do oportuno dictame consultivo preceptivo previsto nun Estatuto de autonomía¹⁴⁸, noutro suposto declarouse que a omisión dun dictame consultivo do Consello Xeral do Poder Xudicial, preceptuado por unha lei orgánica, se produciu “no procedemento administrativo previo ó envío do proxecto ó Congreso e non no procedemento lexislativo, é dicir, *no relativo á elaboración da lei*, que se desenvolve nas Cortes Xerais” (subliñado noso)¹⁴⁹. Xa advertimos que na rúbrica da Constitución dedicada á elaboración das leis se inclúe a iniciativa lexislativa do Goberno que se xera fóra das Cortes. Biglino intenta superar esta contradición xurisprudencial alegando que un Estatuto de autonomía forma parte do parámetro da constitucionalidade, pero é dubidoso que unha lei orgánica pertenza a este¹⁵⁰. En calquera caso, o TC considerou leis orgánicas homologables coa discutida naquela ocasión, como a do Tribunal de Contas, como compoñentes do bloque da constitucionalidade¹⁵¹, polo que esa explicación pode que non sexa concluínte.

En calquera caso, se se nega que a omisión do dictame do Consello de Estado vicie a iniciativa lexislativa do Goberno, habería que sinalar qué consecuencia xurídica se produce polo incumprimento dese trámite. Unha posible solución que non fose tan traumática e incluso desproporcionada como a inconstitucionalidade, podería se-la facultade das Cortes de negarse a tramitar un proxecto lexislativo que non reúna os requisitos legais, cal o de contar co preceptivo dictame do Consello de Estado, se este fose preceptivo.

2. A.3. A competencia consultiva do Consello de Estado tamén se estende á **potestade regulamentaria**. Deixando na marxe polo momento a actividade regulamentaria das CCAA, centrémonos agora nunhas consideracións xerais sobre esta potestade, centrada en principio no Goberno. A Permanente debe ser consultada preceptivamente sobre “as disposicións regulamentarias que se dicten en execución, cumprimento e desenvolvemento de tratados, convenios ou acordos internacionais” e sobre os “regulamentos ou disposicións de carácter xeral que se dicten en execución das leis, así como as súas modificacións”¹⁵².

No exercicio desta competencia consultiva correspóndelle ó Consello de Estado verificar, en primeiro lugar, se o texto sometido á súa consideración foi precedido do procedemento legalmente establecido¹⁵³ e emana de quen ten atribuída a competencia (exame de procedemento e de competencia). O Consello de Estado analiza, en segundo lugar, se o texto se axusta á lei que lle proporciona cobertura ó regulamento, da que este é execución, desenvolvemento e complemento, e tamén se o re-

¹⁴⁸ STC 35/1984, do 13 de marzo (Pleno, ponente: Pera), f. x. 6.

¹⁴⁹ STC 108/1986, do 26 de xullo (Pleno, ponente: Latorre), f. x. 3.

¹⁵⁰ Biglino, *op. cit.*, páx. 109 (en nota).

¹⁵¹ STC 187/1988, do 17 de outubro (Pleno, ponente: Be-gué), f.x. 1.

¹⁵² Art. 22.2 e 3 LOCE.

¹⁵³ Arts. 129 e segs. LPA.

gulamento respecta os límites materiais ou substantivos da potestade regulamentaria (exame de contido). Tamén, en terceiro lugar, lle corresponde ó Consello de Estado dictaminar sobre os aspectos de técnica normativa (construcción da regra de dereito, certeza e claridade na súa formulación, ordenación sistemática, conveniencia de repetir no regulamento preceptos da lei, etc.)¹⁵⁴.

Os problemas preséntanse verbo do propio concepto de regulamento executivo e respecto dos efectos da omisión do dictame do Consello nestes supostos. En canto ó primeiro problema, isto é, ó concepto de regulamento executivo, a LOCE parece que non prescribe o dictame do Consello respecto de tódolos regulamentos, senón só respecto daqueles que se dicten "en execución das leis" ou "en execución, cumprimento e desenvolvemento de tratados... internacionais".

Formulouse a cuestión dos regulamentos dictados en execución de dereito comunitario derivado que nin é "lei estatal" nin "tratado internacional". Anque Alonso García pensa que unha interpretación lóxica e sistemática dos arts. 22.2 e 22.3 LOCE levaba a considerar preceptivo o dictame do Consello de Estado en tales casos¹⁵⁵, o certo é que o propio dereito positivo estipulou a obrigatoriedade do dictame nos supostos mencionados¹⁵⁶.

O dito anteriormente respecto das relacións entre o Consello de Estado e o Consello Económico e Social respecto do dictame de certas normas de tipo lexislativo que regulen materias socioeconómicas e laborais, debe reiterarse aquí con relación ós "Proxectos de reais decretos que considere o Goberno que teñen unha especial transcendencia na regulación das indicadas materias".¹⁵⁷

Esa alusión ós regulamentos executivos implica un recoñecemento da posible existencia de regulamentos independentes. Tal categoría foi moi discutida pola doutrina. É evidente que a CE non garante un espazo de reserva para o regulamento¹⁵⁸. O problema non radica aí, senón no controvertido punto de se existe unha potestade regulamentaria autónoma, isto é, cál é o ámbito dos regulamentos que non son executivos senón independentes. Nos casos en que existe unha reserva constitucional de lei non caben regulamentos materialmente independentes. Agora ben, discútese a extensión desa reserva de lei. Respecto disto poden distinguirse tres posturas. A primeira, sostida por un sector minoritario, considera que existe unha reserva xenérica de lei, de tal sorte que o regulamento necesariamente debe gozar de habilitación legal previa (anque sexa unha remisión en

¹⁵⁴ Advirte Pérez Hernández verbo da cuestión de repetir preceptos legais nun regulamento, que o Consello nalgún momento rexeitou ese sistema. Sen embargo, non quixo ese criterio noutras ocasións. A razón é que na práctica é máis cómodo manexar un só texto, e que o risco de modificar por vía regulamentaria un precepto legal se amortigua polo informe preceptivo do Consello de Estado, a función do cal é advertir dese feito. Un modelo intermedio é o seguido polo ROCE que incorpora ó Regulamento artigos da lei, pero facendo constalo precepto legal ó que se corresponde cada precepto regulamentario. *Id.*, Pérez Hernández, *op. cit.*, páxs. 37-38; Arozamena, *op. cit.*, páxs. 144-145. O problema referido non ós regulamentos, senón ás leis (as chamadas *leges repetitae*) foi obxecto de consideración polas SSTC 40/1981, do 18 de decembro (f. x. 1.C); 10/1982, do 23 de marzo (f. x. 8); 35/1982, do 14 de xuño (f. x. 3); 62/1991, do 22 de marzo (f. x. 4 b. e. e.). Sobre esta última sentenza *vid.*, o comentario de López Benítez, Mariano, "¿Interdicción de las *leges repetitae*?", AA n.º 6 (1991), páxs. e 131 segs.

¹⁵⁵ Alonso García, Ricardo, *Consejo de Estado y elaboración de reglamentos estatales y autonómicos*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 69 (en nota).

¹⁵⁶ Art. 4 da Lei 47/1985, do 27 de decembro de bases de delegación ó Goberno para a aplicación do dereito comunitario, que establece o dictame preceptivo sobre "cantas disposicións regulamentarias se dicten en execución, cumprimento ou desenvolvemento da normativa comunitaria europea".

¹⁵⁷ Art. 7.1.1.a) da Lei 21/1991.

¹⁵⁸ STC 18/1982 do 4 de maio (Pleno, ponente: Escudero), f. x. 3.

branco), sen que sexa posible unha relación directa Constitución-regulamento sen a *interpositio legis*. Aducen no seu apoio o art. 97 CE, fundamentalmente, que lle atribúe ó Goberno a potestade regulamentaria "de acordo coa Constitución e as leis", amén dos arts. 9.1 (suxeición á Constitución), 9.3 (principio de xerarquía) e 103.1 ("a Administración actúa... con sometemento pleno á lei e ó dereito")¹⁵⁹.

A segunda postura, maioritaria, inclínase a pensar que existe unha reserva xeral de lei para a liberdade e a propiedade, coa consecuencia de que as regulacións complementarias só poden operarse por regulamentos que gocen de habilitación legal previa¹⁶⁰; agora ben, nas materias non sometidas a tal reserva constitucional de lei, é posible unha regulación directa, isto é, independente por regulamento¹⁶¹. A potestade regulamentaria independente tería, pois, un ámbito residual¹⁶². A terceira posición, tamén minoritaria, sostén que non existe tal reserva xeral e o Regulamento pode regular de forma directa ou independente calquera materia que non estea cuberta por unha reserva expresa de lei, anque se trate da liberdade e da propiedade¹⁶³.

A xurisprudencia constitucional¹⁶⁴ parece que aceptou a categoría dos regulamentos executivos definidos como "aqueles que estean directa e concretamente ligados a unha lei, a un artigo ou artigos dunha lei, ou a un conxunto de leis" (subliñado noso), e admite así mesmo os "regulamentos de organización", pero "sen trata-la cuestión de se os ditos regulamentos teñen verdadeiramente carácter independente" anque non aparezan "necesariamente como complementarios da lei"¹⁶⁵. É dicir, que

entre a segunda e a terceira (non admiten expresamente a reserva de lei respecto da liberdade e da propiedade), na práctica achéganse á primeira, pois nin tan sequera nos campos que tradicionalmente se asignan á potestade regulamentaria independente (potestade organizatoria, relacións especiais de suxeición e prestacións positivas ós administrados que inciden favorablemente sobre eles) "es previsible -y en algún caso tampoco legalmente posible- que exista una potestad reglamentaria del Gobierno que se ejerza directamente a partir de la Constitución y sin intermediación alguna de una Ley que regule la materia de que se trate" (páxs. 189 e segs.).

¹⁶³ De Otto, *op. cit.*, páx. 233. Este autor rexeita a dualidade lei material/lei formal no noso ordenamento (De Otto, *op. cit.*, páxs. 162 e segs.) deixando de lado algúns datos positivos como o art. 53.1 CE (como base para a construción do concepto de lei material) e o art. 134.7 CE (que permite distingui-la "lei substantiva" da que non o é, isto é, da formal).

¹⁶⁴ A xurisprudencia respecto disto estúdiaa Alonso García, *op. cit.*, páxs. 15 e segs.; de forma moi sintética e esquemática, con referencia á xurisprudencia do TS. *Vid.*, Sebastián Lorente, Jesús J., "El dictamen del Consejo de Estado sobre reglamentos: casuística y sistemática jurisprudencial", *Actualidad Administrativa*, n.º 8 (1993), páxs. 135 e segs.

¹⁶⁵ STC 18/1982, do 4 de maio (Pleno, ponente: Escudero), f. x. 4.

¹⁵⁹ Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, "Observacions a l'entorn dels límits de la potestat reglamentària del Govern", en *VVAA, El Govern...*, cit., páx. 155 e segs., páx. 159 e segs. Na mesma liña, Alonso García, *op. cit.*, páx. 69.

¹⁶⁰ García de Enterría, Eduardo e Fernández Rodríguez, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I., Civitas, Madrid, 1990 (5ª ed.), páxs. 256 e segs., especialmente páx. 266. De Otto observa acertadamente que esta tese "aunque *expressis verbis* mantenga una concepción puramente formal de la ley, que exige correlativamente una teoría puramente formal del reglamento, la doctrina que se critica se viene a articular sobre la vieja concepción de que las normas que afectan a los derechos de los ciudadanos son leyes en sentido material", *vid.*, De Otto y Pardo, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1989, páx. 234.

¹⁶¹ García de Enterría e Fernández, *op. cit.*, páx. 218 (con matices, páx. 227).

¹⁶² Carro Fernández-Valmayor, José Luis y Gómez-Ferrer Morant, Rafael, "La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución", *RAP*, n.º 87 (1978), páxs. 161 e segs., páx. 189. Anque estes autores teoricamente se sitúan nunha postura intermedia

aínda aceptando a tradicional categoría dos “regulamentos executivos” non se recoñecen expresamente os regulamentos independentes. Posteriormente, sen embargo, o TC dixo que o regulamento “salvo moi contadas excepcións só pode actuar cando o primeiro (o instrumento legal) o habilita”¹⁶⁶, o que supón un recoñecemento dun ámbito, sequera sexa restrinxido, para os regulamentos independentes. Agora ben, eses regulamentos independentes teñen unha posición constitucional precaria, pois o TC negou que exista unha reserva regulamentaria¹⁶⁷, o que supón que os regulamentos son independentes só na medida en que a lei o permita. En calquera caso, a posible existencia destes regulamentos independentes ten un límite radical, pois “o Goberno non pode crear dereitos nin impoñer obrigas que non teñan a súa orixe na lei, polo menos de maneira mediata, a través dunha habilitación”¹⁶⁸. Finalmente, na opinión do TC, non lle é posible ó legislador dispoñer da reserva mesma de lei a través de remisións incondicionadas ou carentes de limitacións certas e estrictas, pois iso suporía un desapoderamento do Parlamento a favor da potestade regulamentaria e sería contrario á norma constitucional creadora da reserva de lei¹⁶⁹. Iso non é óbice para que o propio TC considere a potestade regulamentaria, sen distincións, como “unha técnica de colaboración da Administración co poder legislativo”¹⁷⁰.

O Tribunal Supremo, pola súa parte, sostivo posicións contradictorias, aínda que parece decantarse a favor da tese da existencia de regulamentos independentes. Por unha parte, defendeu a distinción entre regulamento executivo e independente, tanto dende unha perspectiva material, que o leva a considerar regulamento executivo o “directa e concretamente ligado a unha lei ... ou a un conxunto de leis, de maneira que a dita lei, ou leis, a/s completa e desenvolve... o regulamento e iso anque tales regulamentos deban “respecta-lo bloque da legalidade formal”¹⁷¹; canto dende unha perspectiva formal (regulamento executivo é todo regulamento que, sen desenvolver materialmente unha lei, executa unha habilitación legal)¹⁷². En todo caso, ámbalas perspectivas converxen ó entender como regulamentos executivos das leis “os que –de forma directa e inmediata– executan, desenvolven, completan, cumprimentan ou pormenorizan unha lei ou disposición normativa con forza de lei, ou un dos seus preceptos ou un conxunto destes ou daquelas”¹⁷³. O Tribunal Supremo non só recoñeceu a existencia de regulamentos executivos, o que *a contrario sensu* implica o recoñecemento implícito de regulamentos independentes, senón que expresamente acolleu esta última categoría en relación, prin-

¹⁶⁶ STC 35/1982, do 14 de xuño (Pleno, ponente: Rubio), f. x. 2.

¹⁶⁷ SSTC 5/1981, do 13 de febreiro (Pleno, ponente: Tomás), f. x. 21.C); 18/1982, f. x. 3; 60/1986, do 20 de maio (Pleno, ponente: Leguina), f. x. 2.

¹⁶⁸ STC 4/1991, do 14 de xaneiro (Sala 2ª, ponente: Rodríguez), f. x. 3.

¹⁶⁹ SSTC 99/1987, do 11 de xuño, (Pleno, ponente: Vega), f. x. 3; 178/1989, do 2 de novembro (Pleno, ponente: Rodríguez), f. x. 7.

¹⁷⁰ STC 18/1982, f. x. 3.

¹⁷¹ STS do 22 de abril de 1974, Sala 4ª (Ponente: Martín Martín), Arzdi. 1921.

¹⁷² STS do 17 de novembro de 1975 (Arzdi. 4402).

¹⁷³ STS do 25 de outubro de 1991 (Sala 3ª, Sección 4ª, ponente: Rodríguez-Zapata), Arzdi. 8178.

¹⁷⁴ STS do 15 de marzo de 1989 (Sala 3ª, Sección 2ª, ponente: Cancer), Arzdi. 2017. No mesmo sentido, a STS do 22 de maio de 1991 (Sala 3ª, Sección 6ª, ponente: Rosas Hidalgo), Arzdi. 4337.

¹⁷⁵ A STS do 15 de marzo de 1989 di que os regulamentos organizativos “completan a organización a que aquela (a lei) se refire” e a STS do 22 de maio de 1991 declara que eses regulamentos son “en boa medida independentes da lei”.

¹⁷⁶ STS do 24 de maio de 1984, Arzdi. 3132. De forma máis nítida a STS do 5 de xuño de 1989 (Sala Especial) que considera "artificiosa" a separación dos regulamentos executivos dos independentes, a cal achaca precisamente ó art. 22.3 LOCE.

¹⁷⁷ Cordero Torres, *op. cit.*, páx. 179.

¹⁷⁸ Alonso García, *op. cit.*, páx. 66.

¹⁷⁹ Alonso García, *op. cit.*, páx. 69.

¹⁸⁰ As achegas doutrinais respecto disto son numerosas: De Dios Viéitez, María Victoria, "El dictamen del Consejo de Estado en los reglamentos ejecutivos. ¿Control de legalidad o coparticipación en la potestad reglamentaria?", *REDA*, n.º 60 (1988), páx. 632 e segs.; García-Trevijano Gamica, Ernesto, "Efectos de la omisión ...", páxs. 241 e segs.; De Asís Roig, Agustín Eugenio, "Los efectos de la omisión del dictamen preceptivo del Consejo de Estado en la elaboración de Disposiciones generales", *PJ*, n.º 16 (1989), páxs. 9 e segs.; González Salinas, Pedro, "El dictamen del Consejo de Estado en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales", *REDA* n.º 67 (1990), páxs. 463 e segs.; Alonso García, *op. cit.*, páxs. 74 e segs.

¹⁸¹ STS do 7 de maio de 1987, Arzdi. 5241.

¹⁸² *Vid.*, recentemente as SSTS do 23 de decembro de 1991 (sala 3ª, sección 4ª, ponente: Rodríguez-Zapata), Arzdi. 302; e do 20 de xaneiro de 1992 (sala 3ª, sección 4ª, ponente: Rodríguez-Zapata), Arzdi. 622.

¹⁸³ Excepto De Dios Viéitez, *op. cit.*, páx. 644.

cialmente, co regulamento organizativo, que na opinión do TS é un regulamento administrativo e interno, puramente organizatorio, que "debe ser encadrado entre os chamados autónomos ou independentes, que nin complementan, nin aplican, desenvolven ou executan a lei... senón que simplemente complementan a ordenación á que aquela se refire, sobre unha materia organizatoria na que a lei non entrara"¹⁷⁴. En todo caso advírtase que neste regulamento o TS indica que hai polo menos unha conexión coa lei¹⁷⁵. En contraste con estas posicións, houbo sentencias que relativizaron esa distinción ata practicamente anulala, eliminando a categoría dos regulamentos "independentes", pois "un regulamento sempre terá que mostrarse de acordo coa Constitución e as leis"¹⁷⁶.

Esta última liña xurisprudencial que se corresponde coa posición doutrinal que nega a existencia de regulamentos "independentes" é a que consideramos máis positiva. Xa Cordero Torres propuxo que tódalas disposicións de índole regulamentaria deberían ir, se acaso coa excepción dos regulamentos de necesidade, ó Consello. Ó seu xuízo, é nos regulamentos onde o Consello achega a súa competencia única, para non obrar con esquecemento dos numerosos efectos que eles poden provocar sobre outras disposicións e persoas, excedéndose na súa misión, descoñecendo a competencia ou o dereito alleo, contradicindo ou derogando, sen que o propuxese, calquera precepto, e de mil modos máis¹⁷⁷. Por esta senda camiña tamén Alonso García quen observa que alí onde exista maior marxe de discrecionalidade no exercicio da potestade regulamentaria por non haber conexión cunha lei previa con contido que desenvolver, maior necesidade hai de potencia-los mecanismos de control, sobre todo se a través destes é posible examinar non só a legalidade –formal e material– do regulamento, senón tamén o seu acerto e oportunidade, control este último que, no único momento en que pode ser exercido é precisamente na fase de elaboración da norma ó quedar fóra da competencia dos órganos xurisdiccionais¹⁷⁸. Por iso este autor defende unha interpretación extensiva da LOCE para que "execución das leis" comprenda o bloque da legalidade formal e material, incluída a Constitución¹⁷⁹.

Outra cuestión discutida céntrase arredor dos efectos da omisión do preceptivo dictame do Consello de Estado nestes regulamentos¹⁸⁰. A xurisprudencia en xeral e salvo unha excepción¹⁸¹, considera que no recurso directo contra disposicións xerais, esa omisión provoca a nulidade de pleno dereito da disposición¹⁸². A doutrina tamén se inclina por esa tese¹⁸³. Cando o recurso é

indirecto a xurisprudencia tende a soste que a omisión ou provoca a anulabilidade ou é irrelevante. Un sector da doutrina xustificou esta postura alegando que a garantía da intervención do Consello de Estado debe cohonestarse con outros principios xurídicos (economía procesual, conservación do ordenamento xurídico, protección das relacións xurídicas xurdidas ó amparo do regulamento en cuestión), ademais de perder virtualidade (o consello sobre o acerto e a oportunidade da norma é menos relevante canto máis tempo trascorre dende a aprobación desa)¹⁸⁴.

2.B. En relación cos procesos constitucionais, a Permanente debe ser consultada obrigatoriamente na impugnación das disposicións e resolucións adoptadas polos órganos das CCAA ante o Tribunal Constitucional, con carácter previo ou posterior á interposición do recurso. Neste último caso o Goberno acordará, na mesma sesión, interpoñe-lo recurso e formula-la consulta¹⁸⁵.

O obxecto de impugnación pode ser calquera disposición ou resolución (con ou sen forza de lei, regulamentaria, ou administrativa) adoptada por unha CA. Exclúese, polo tanto, o suposto de impugnación de actos ou normas de calquera dos órganos constitucionais (Goberno, Parlamento –Congreso e Senado– ou Consello Xeral do Poder Xudicial).

Os tipos de procesos constitucionais que esixen este dictame obrigatorio son os recursos de inconstitucionalidade, os conflitos de competencias e as impugnacións das disposicións sen forza de lei e calquera resolución adoptada polos órganos das CCAA (título V LOTC).

O suxeito que debe formula-la consulta non está expresamente indicado pola LOCE. O art. 22.6 *in fine* parece significar que é o Goberno o único destinatario deste mandato. Arozamena defende esa interpretación¹⁸⁶. Esta interpretación, á que certamente dá pé a LOCE cremos que é tributaria dunha concepción do Consello de Estado como órgano auxiliar exclusivamente do Goberno, isto é, dunha idea subxectiva do Consello (centrada nas súas relacións con outros suxeitos) máis que nunha configuración obxectiva ou funcional do mesmo que é a que aquí se defendeu. Dende esta última perspectiva cremos que a LOCE pode interpretarse no sentido de que non só deba o Goberno da Nación consultar preceptivamente nestes supostos, senón que tamén deban facelo os demais suxeitos lexitimados nos referidos procesos, como por exemplo o poida ser una CA que formule un conflito de competencias fronte a outra CA. Polo demais, non se discute que calquera CA pode solicitar facultativamente dictame do Consello naqueles asuntos,

¹⁸⁴ Alonso García, *op. cit.*, páx. 92.

¹⁸⁵ Art. 22.6 LOCE.

¹⁸⁶ Arozamena non se formula a existencia doutro posible destinatario de norma e alude unicamente ó Goberno e ó seu presidente como obrigados a pedirlo dictamen, *op. cit.*, páxs. 137-138.

coma este, no que pola especial competencia ou experiencia daquel, o estimen conveniente¹⁸⁷.

O dictame pódese solicitar antes ou despois da interposición do recurso. A solicitude posterior, e non previa, é, na opinión de Arozamena, un suposto de excepción ó que é común á función consultiva, que se exerce antes da decisión. Esta modalidade excepcional deveu practicamente nunha regra xeral coa conseguinte perda de eficacia da consulta, tanto dende a perspectiva do Consello de Estado, canto dende a perspectiva do mellor asesoramento do Goberno¹⁸⁸.

Agora ben, como sostén o mesmo autor, e xa antes advertiu Cordero¹⁸⁹, isto non supón unha privación total da eficacia da función consultiva, pois unha vez coñecido o dictame, o Goberno pode, ben reconsidera-la súa postura desistindo do procedemento ou ben facerlle chegar ó TC tal dictame en apoio das súas pretensións¹⁹⁰.

Este dictame do Consello de Estado que pode evacuarse nun prazo moi inferior á sentenza do Tribunal Constitucional pode resultar moi útil como unha especie de "antexuízo de constitucionalidade" ou de "primeira instancia impropia" nos procesos constitucionais que, dunha banda, permita aliviar-lo tribunal de recursos que poden ser obxecto de desistimento, á vista da opinión dun órgano independente de que non teñen posibilidades de prosperar; e, doutra banda, pode facilita-lo traballo de estudo dos casos no Tribunal Constitucional, o que pode solicitar tal dictame e aproveita-lo traballo desempeñado polos membros do Consello para o seu estudo dos casos aliviando a enorme tarefa que deben realizar os letrados do Tribunal Constitucional. Por iso, nunha formulación *de lege ferenda* cremos que sería positivo estende-la preceptividade do dictame a tódolos procesos constitucionais, xa se orixinen por normas ou actos das CCAA, ou xa se causen por normas ou actos dos órganos constitucionais do Estado.

2. C. Finalmente, hai un terceiro tipo de consultas que se refiren ó órgano auxiliar do Estado con relevancia constitucional que é o **Consello de Estado**. O Pleno debe ser consultado preceptivamente sobre tódolos anteproxectos de lei ou proxectos de disposicións administrativas, calquera que fose o seu rango e obxecto, que afecten á organización, competencia ou ó funcionamento do Consello de Estado¹⁹¹. O Pleno debe ser igualmente consultado acerca da separación dos conselleiros permanentes¹⁹². Pola súa parte, a Permanente debe ser obrigatoriamente consultada sobre os asuntos relativos á organización, competencia e funcionamento do Consello de Estado¹⁹³.

¹⁸⁷ Art. 23.1 LOCE.

¹⁸⁸ Arozamena, *op. cit.*, páx. 138.

¹⁸⁹ Cordero Torres, *op. cit.*, páx. 211.

¹⁹⁰ Arozamena, *op. cit.*, páxs. 138-139. Este autor considera que o art. 88.1 LOTC autoriza esa remisión do dictame. Máis exacto coidamos que é considerar que o TC pode solicitar do Goberno tal dictame.

¹⁹¹ Art. 21.6 LOCE.

¹⁹² Art. 21.8 LOCE.

¹⁹³ Art. 22.16 LOCE.

Trátase dunha competencia consultiva que tende a reforza-la independencia e a autonomía do Consello dándolle voz respecto a tódalas cuestións que lle poidan afectar. Esta competencia consultiva configúrase de forma moito máis ampla do que recollían as anteriores regulacións sobre o Consello de Estado. Mentres tradicionalmente se consultaba o Consello, ademais de sobre a separación dos conselleiros permanentes, acerca dos “asuntos relativos á orde interior do Alto Corpo”¹⁹⁴, agora consúltase sobre aspectos de indubidable relevancia externa como as competencias que lle corresponden.

Pode formularse a cuestión de en qué medida a competencia consultiva da Permanente respecto disto ten substantividade en relación coa amplísima competencia do Pleno nesta materia (tódalas disposicións “calquera que fose o seu rango e obxecto”). Trátase no caso da Comisión Permanente, dunha competencia residual que permita facer oí-la voz do Consello en todo aquel suposto en que non puidese aplicarse a norma que prescribe a consulta ó Pleno. O obxectivo é, indubidamente, garantista.

B. Control

Xa houbo ocasión de expoñe-la distinción entre as funcións de consulta e a de control, seguindo a Mortati e a Galeotti. Como vimos, a actividade de control caracterízase por constar de dous elementos: o xuízo e a medida. Esta última ben impide *ab initio* a eficacia do acto, ben a preclúe, ou ben o retira da circulación trala súa entrada en vigor. Estes efectos prodúcense nos casos nos que tal acto ora sexa considerado contrario a dereito, ora se opoña ó interese confiado ó coidado do órgano axente¹⁹⁵. O dictame ordinario, se ben conta co primeiro elemento definitorio do control, isto é, o xuízo, carece do segundo elemento, a medida, que é esencial, *sine qua non* para lle outorgar ó dictame a cualidade de control. Dende esta perspectiva, a natureza de control pode predicarse dos dictames vinculantes, a natureza de dictames é negada por un cualificado sector da doutrina. Máis discutible é se tamén pode formularse respecto dos chamados dictames semi-vinculantes.

García-Trevijano distinguiu tres tipos de vinculación. En primeiro lugar, existiría a vinculación absoluta. Un dictame deste tipo obrigaría o destinatario deste, por unha parte a actuar, pero ademais a facelo no sentido marcado polo dictame. En segundo lugar, existiría a vinculación parcial ou semi-vinculación en canto ó fondo do asunto. Neste caso, o dictame non obrigaría a actuar, pero se o destinatario deste decidise actuar só podería facelo seguindo a doutrina fixada no dictame. En terceiro e úl-

¹⁹⁴ Art. 27.9º LOCE 1904; art. 27.8º LOCE 1924; Art. 17.8º LOCE 1944.

¹⁹⁵ Galeotti, *op. cit.*, páxs. 321 e 322; Mortati, *op. cit.*, I, páx. 266.

timo lugar, distínguese outro dictame que García-Trevijano tamén chama semi-vinculante, pero respecto da forma. No último suposto, o dictame non obriga a actuar nin obriga a facelo no sentido por el marcado, pero si obriga a que a decisión sobre a actuación e o sentido desta a adopte un suxeito distinto do destinatario do dictame¹⁹⁶.

O primeiro tipo de dictame (vinculación absoluta) cremos con Cordero Torres que carece absolutamente de natureza consultiva. O segundo tipo de dictame (vinculación parcial), parécenos que tampouco ten natureza consultiva. Tanto este dictame como o anterior, contradín de forma evidente o principio *nemo ex consilio obligatur*¹⁹⁷. Cordero Torres opina que obriga-lo órgano activo a que non se separe do dictame sen impoñerlle a súa aceptación, é un acto híbrido do que só excepcionalmente se poderían seguir vantaxes para o bo servicio dos intereses públicos, posto que este tipo de dictames diminúen a responsabilidade do consultante¹⁹⁸. Como afirman García de Enterría e Fernández, os dictames desta segunda clase supoñen a existencia dunha competencia compartida entre o órgano activo e o consultivo¹⁹⁹. Esta circunstancia fai que o órgano consultivo se converta en codecisor que exerce *potestas* deixando de ser un órgano consultivo que só exerce *auctoritas*. A terceira e última forma de dictame (semi-vinculación), que unicamente obriga a que a decisión sexa adoptada por outro órgano distinto, ten unha natureza máis dubidosa. Propiamente falando, este dictame non ten natureza de control, non poden predicarse deste as notas que vimos que caracterizaban a función de control. Agora ben, o que singulariza estes últimos dictames é que, sen impedila, obstaculiza a eficacia do acto e fai necesaria unha intervención adicional. Trátase dun suposto fronteirizo entre a consulta e o control.

O feito de que o dictame aquí non sexa impeditivo, pese a dificulta-la emisión do acto, inclínanos a consideralo de natureza consultiva.

O dictame vinculante absolutamente non existe actualmente no noso ordenamento, se ben existiu no pasado²⁰⁰. A súa existencia entendemos que está vedada pola definición constitucional do Consello de Estado como órgano *consultivo*. O dictame parcialmente vinculante atópase previsto na LOCE, que dispón que "os dictames do Consello non serán vinculantes, salvo que a lei dispoña o contrario"²⁰¹. É dicir, admítase que por lei poida dispoñerse tal carácter vinculante.

Este precepto cremos que é inconstitucional por razóns de tipo material e formal. A primeira razón material é que ese dictame

¹⁹⁶ García-Trevijano Fos, José Antonio, "Tratado de Derecho Administrativo", *Revista de Derecho Privado*, t. II, vol. II, Madrid, 1971 (2ª ed.), páxs. 676-677.

¹⁹⁷ *Digesto* 17, 1, 2.

¹⁹⁸ Cordero Torres, *op. cit.*, pág. 208.

¹⁹⁹ García de Enterría e Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II (3ª ed.), Civitas, Madrid, 1991, pág. 467.

²⁰⁰ Referímonos ó dictame de revisión das actuacións dos tribunais de Honor (suprimidos polo art. 26 CE), *cf.* base 5ª da Lei do 17 de outubro de 1941.

²⁰¹ Art. 2.3 LOCE.

vinculante (que se corresponde co que aquí se chamou vinculación parcial) ten unha natureza de control e o Consello *ex Constitutione* non ten natureza de órgano de control, senón de órgano consultivo. A definición constitucional como órgano consultivo supón xa unha acotación das posibles competencias que segundo o art. 107 CE pode asumir o Consello. Adóitase dicir (aínda que non sempre é certo xuridicamente) que quen pode máis (o control), pode o menos (o consello); o que parece tremendamente discutible é que se poida defender que quen pode o menos, poida tamén o máis.


A segunda razón material que, na nosa opinión, alimenta a inconstitucionalidade do citado precepto da LOCE é que este ignora a distribución de competencias operada pola mesma Constitución a favor de diversos órganos ou entidades. Así, dun lado, o art. 97 CE di que o Goberno dirixe a política e a Administración, e que exerce a función executiva e a potestade regulamentaria, de acordo coa Constitución e as leis; e, doutro, o art. 106.1 CE indica que os tribunais controlan a potestade regulamentaria, a legalidade da actuación administrativa e o sometemento desta ós fins que a xustifican. Unha atribución ó Consello de Estado de dictames parcialmente vinculantes suporía un cernamento, non previsto na Constitución, das competencias que a esta lle asigna ó goberno ou ós tribunais. E o mesmo podería dicirse en relación coas CCAA e as entidades locais.

A razón formal que apoia a nosa opinión sobre a inconstitucionalidade do art. 2.3 LOCE baséase en que o art. 107 CE prevé que “*unha lei orgánica*” regulará as competencias deste. O que opera o art. 2.3 LOCE é unha especie de “deslegalización” que permite a asunción de competencias polo Consello mediante unha “lei” sen adxectivacións (salvo que o concreto precepto desa lei, presuntamente ordinaria, teña carácter orgánico). Tal “deslegalización” coidamos que tamén vulnera o art. 107 CE.

Certamente, o anterior non significa que non se lle poidan encomendar novas competencias ó Consello de Estado, mediante leis orgánicas distintas da prevista no art. 107 (aunque poida ser criticable dende a perspectiva da técnica legislativa). Tampouco significa que a lei orgánica prevista no art. 107 CE non poida defini-las competencias xenéricas do Consello, de maneira que a lei ordinaria poida, dentro dese marco, atribuír-lle outras específicas. O imprescindible é, dende o punto de vista formal, que se respecte a reserva de lei orgánica.

Pese ó que manifestamos, o TC na única ocasión que tivo de pronunciarse sobre este asunto, se ben *obiter dictum*, parece que admitiu que os dictames do Consello poidan ser vinculantes ou

non²⁰². En todo caso, opinamos que tal pronunciamento pode explicarse, en primeiro lugar, por facerse, como xa se dixo, o paso doutra cuestión; en segundo lugar, para non cuestiona-la inconstitucionalidade de certas normas existentes no noso ordenamento e que ninguén formulou formalmente; e, en terceiro lugar, como consideración da garantía que ese dictame supón para o funcionamento da Administración.

No noso ordenamento aínda subsisten algúns casos, ligados a materias de dereito administrativo²⁰³, nos que o dictame do Consello é vinculante no sentido exposto. A LOCE tamén prevé o suposto da chamada por García-Trevijano semi-vinculación parcial en canto ó fondo. Nos casos de consulta preceptiva, cando o consultante sexa un ministro e disinta do parecer do Consello, corresponderalle resolver ó Consello de Ministros²⁰⁴. Este dictame, como xa advertimos, cremos que non sae da esfera da consulta, polo que a súa constitucionalidade é defendible. 

²⁰² STC 204/1992 (f. x. 4).

²⁰³ Art. 50 da Lei sobre réxime do solo e ordenación urbana, aprobada por R.D. 1346/1976, do 9 de abril; art. 42 do Regulamento xeral de contratación do Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, do 25 de novembro; art. 65.1.a. da Lei xeral presupostaria, Texto refundido aprobado por Real decreto legislativo 1091/1988, do 23 de setembro; art. 102.1 LRXAP.

²⁰⁴ Art. 2.5 LOCE.