

El Consejo de Estado como presunto modelo de los órganos consultivos autonómicos

SUMARIO: I. PRELIMINAR. PROBLEMAS PENDIENTES DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA. II. LA INDAGACIÓN DE LA «EQUIVALENCIA» ENTRE EL CONSEJO DE ESTADO Y SUS RÉPLICAS AUTONÓMICAS: UNA CUESTIÓN DE MÉTODO. III. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL. SOBRE LOS RASGOS CARACTERIZADORES DEL CONSEJO DE ESTADO Y LOS EXIGIDOS A LOS ÓRGANOS HOMÓLOGOS. IV. EL INVIABLE MÉTODO DE COMPARAR LAS CARACTERÍSTICAS DEL CONSEJO DE ESTADO Y LA DE SUS RÉPLICAS AUTONÓMICAS COMO FÓRMULA DE CONTROL. A) Un supuesto parámetro de control: el «fundamento estatutario expreso», como trasunto de la «relevancia constitucional». B) La autonomía orgánica y funcional. C) La rigurosa cualificación técnica del órgano. IV. CONCLUSIÓN.

I. PRELIMINAR. PROBLEMAS PENDIENTES DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA

Actualmente resulta muy difícil, por no decir imposible, estudiar cualquier rasgo caracterizador de la organización y el funcionamiento del Consejo de Estado que no pase, inevitablemente, por una consideración de la alta función consultiva desde una perspectiva global; o lo que es lo mismo: por una irremediable referencia a las réplicas autonómicas de dicho Consejo que ya existen o que puedan surgir en el futuro. Ciertamente, un análisis aislado de dicha institución, al menos en lo atinente a sus notas fundamentales —su autonomía orgánica y funcional—,

no tendría sentido pues supondría ignorar un hecho tan relevante como la pérdida de su monopolio sobre dicha función consultiva y todo cuanto ha acontecido desde que el nuevo orden constitucional pusiera el germen de un cambio tan sustancial en la historia del Consejo, uno más de los graves avatares que han jalonado la secular evolución de esta institución impar. Por demás, un estudio de tal naturaleza, concentrado sólo y exclusivamente en la figura del Consejo de Estado podría aportar bien poco a lo que ya otros autores, con mayor espacio y en otras circunstancias más propicias, han realizado con suma complitud y brillantez ¹.

Desde luego, no vamos a reproducir aquí y ni siquiera recordar mínimamente el ya clásico conflicto Consejo de Estado-Órganos Consultivos autonómicos a que puso fin la STC 204/1992, de 26 de noviembre ². Dicho conflicto se inscribe en la etapa en que aún reinaba la incertidumbre sobre la posibilidad misma de la existencia de órganos consultivos autonómicos análogos al Consejo de Estado y sobre cuál habría de ser, en su caso, la índole de sus cometidos; y, correlativamente, cuál sería la extensión de las competencias del Consejo en aquellos asuntos precisados de consulta procedentes de las Administraciones radicadas en Comunidades Autónomas donde se hubiese creado un órgano de tal clase, si es que tal creación era admisible.

Como ya hemos señalado en otro lugar ³, ese gran debate se encuentra a estas alturas sobrepasado por la fuerza inexorable del tiempo y de los hechos por lo que no parece útil enfrascarse de nuevo en un tema al que la jurisprudencia y la doctrina,

¹ Una relación bibliográfica, aun escogida, haría la cita interminable. Puede verse la bibliografía sobre la función consultiva de la Revista *Documentación Administrativa*, núm. 226, 1991, págs. 267 y ss.; o la selección realizada por DE LA QUADRA SALCEDO, T., en «El Consejo de Estado en un Estado social y democrático de Derecho», en la obra colectiva *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. I, Edic. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988, págs. 207 y ss.; o en la más reciente monografía de BLANQUER CRIADO, David Vicente, *Consejo de Estado y Autonomías*, Edit. Tecnos, Madrid, 1994, págs. 303 y ss.

² Para un resumen de este episodio nos remitimos a CARRILLO DONAIRE, J. A., «Las competencias consultivas del Consejo de Estado en relación a las Comunidades Autónomas. El fin de una larga controversia (Comentario a la STC 204/1992 de 26 de noviembre)», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 15, 1993, págs. 107-130. Acierta el autor en el propio rótulo de su obra al destacar la virtud de la Sentencia de poner fin a una controversia, lo que es cosa bien distinta a poner fin a un problema. Así lo ha notado BLANQUER CRIADO, D. V. al decir que se cierra una polémica pero se ponen las bases de otra distinta que aún no ha sido abordada, *Consejo de Estado y Autonomías*, ob. cit., pág. 32. Sin embargo, entiende este autor que esa otra tarea es la de «comparar al Consejo de Estado con los órganos consultivos de carácter superior de las Comunidades Autónomas», apreciación ésta que no compartimos como método válido para llegar a alguna solución práctica, como más adelante razonaremos.

³ «Presente y futuro competencial del Consejo de Estado y de los Consejos Consultivos Autonómicos», comunicación a las XIX Jornadas de estudios de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, julio 1997 (en prensa).

empleadas bien a fondo en aquella etapa, descubrieron la práctica totalidad de los perfiles que en aquel momento se hallaban controvertidos.

Dos son las grandes cuestiones que a nuestro juicio se abren tras el cierre de esa etapa; problemas no nuevos, desde luego, y que en puridad tendrían que haber sido resueltos desde su origen. Pero en esto como en tantas cosas no cabe alarmarse si no es saliéndose de la realidad e ignorando cándidamente los imperativos dictados por la dinámica propia de un momento de transformación tan profunda como el marcado por la implantación del sistema democrático y el nuevo modelo territorial del Estado. No hay transformación sin coste, así que no cabe lamentarse por lo que pudo haber sido y no fue, sino estimar que el coste forma parte del beneficio y que es preferible mirar hacia adelante. Quizás —no nos atrevemos a afirmarlo del todo— nos encontremos ante una nueva etapa del problema, ya menos tensa, en la que esas cuestiones pendientes en las que en seguida nos detendremos, puedan ser consideradas con el debido sosiego. Para ello será necesario abandonar la dialéctica de la tensión Estado-Comunidades Autónomas traducida en conflicto sobre la función consultiva, y cooperar de consuno para que todos los órganos que ejercen esa alta función la cumplan dignamente y no hacerlos sospechosos *a priori* de no servir derecha y objetivamente al interés general y a las garantías de los ciudadanos.

Realmente, esto no es tan difícil comparado con otros problemas políticos y jurídicos existentes, como bien sabemos, por lo que todo esfuerzo es poco en tal sentido, sin que quepan actitudes autocomplacidas de nadie en absoluto estimando inmejorable la organización y funcionamiento de las instituciones consultivas creadas, sino un permanente celo, principalmente de los legisladores y de los Ejecutivos, por perfeccionar y coadyuvar a la mayor calidad, independencia y utilidad de unos órganos que se sustentan, no se olvide, en la *auctoritas* y no en la *potestas*⁴ y de cuya acción es beneficiario todo el sistema, comenzando por las propias instancias públicas que los crean y los mantienen.

A nuestro juicio, uno de esos grandes órdenes de cuestiones se refiere a las competencias de estos órganos; pero ya no en el plano de la disputa por el bloque de la actividad consultiva —que es la que ha consumido inicialmente las energías— sino como un problema que concierne a la sustancia misma de esas com-

⁴ Un interesante *excursus* sobre la dicotomía *auctoritas-potestas* en la Introducción del libro de RUIZ MIGUEL, Carlos, *Consejo de Estado y Consejos Consultivos autonómicos*, Edit. Dykinson, Madrid, 1995, págs. 3 y ss.

petencias o funciones analíticamente consideradas; o, lo que es lo mismo, al papel que dicho órganos —Consejo de Estado y sus homólogos autonómicos— desarrollan cada día desde su función tuitiva de los intereses públicos y los derechos de los ciudadanos.

En relación con esto, creemos que existe una perniciosa tendencia a considerar la figura del Consejo de Estado como la expresión de la obra perfecta y acabada, tendencia incrementada a partir de su constitucionalización y, sobre todo, a raíz de haber sido erigido dicho órgano como referencia o modelo a imitar —como condición *sine qua non*— por cualquier órgano consultivo de su orden que pretenda serlo *de iure*. Ello puede conducir al inmovilismo de la institución; y no se da, de hecho, a nuestro juicio, una situación tan óptima como para que el Consejo de Estado deba quedar petrificado en lo que atañe a las competencias o funciones que actualmente tiene atribuidas. No es éste el asunto que ha de ocuparnos aquí ni vamos a reiterar lo que hemos expuesto en otro lugar⁵, pero baste reparar en cómo el elenco de competencias del Consejo de Estado viene constituido en buena medida por un azar histórico, por elementos de aluvión que el devenir ha ido consolidando, más que por el resultado de una selección racional de asuntos principales realizada tras una valoración global de todo el sistema jurídico. No se ve la razón por la que en muchos ámbitos de la actividad administrativa, especialmente sensibles y sin duda necesitados de la garantía de la intervención del Consejo no en grado menor del de otras competencias suyas, esa intervención brilla por su ausencia. Citemos áreas o supuestos tales como la expropiación forzosa; la gestión y explotación del dominio público o de los bienes patrimoniales; las decisiones con grave incidencia sobre los espacios naturales, la fauna o la flora; el ejercicio de la potestad sancionadora; el ámbito del patrimonio histórico; el complejo mundo de la ordenación del territorio y el urbanismo (en el que la intervención en los supuestos de modificación de zonas verdes o espacios libres más que desvirtuar lo que decimos viene a enfatizar la ausencia en otros fundamentales aspectos de dicha materia), etc. Una pregunta, que necesariamente hemos de dejar en el aire, es la de si el Consejo de Estado con su actual estructura hubiera sido capaz de monopolizar la alta función consultiva para todo el territorio español caso de que el legislador hubiese decidido hacer realidad toda la potencialidad que el ordenamiento

⁵ «Presente y futuro competencial...», ob. cit.

puede desplegar en tal sentido, o si esa aspiración al monopolio de la función se ha planteado bajo la condición implícita de no modificar el *statu quo* de las competencias existentes.

Como otra cara de la misma moneda hay que señalar cómo de la propia confrontación habida han surgido órganos consultivos autonómicos que, llevados del objetivo de sustituir o desplazar al Consejo de Estado⁶, se han limitado, dicho sea en términos generales, a ocupar el *mismo* espacio competencial detentado por aquél. Por consiguiente, adopción de una postura mimética donde la creatividad ha sido prácticamente nula; sin duda, en gran parte motivado todo ello por la incertidumbre o prevención a no introducir en el sistema competencias nuevas y extrañas, dada la ausencia de una definición clara, desde el origen, del marco de lo posible en este ámbito. El resultado es que en ninguna Ley de creación de Consejos consultivos se advierte la adición de asuntos nuevos respecto a los contemplados para el Consejo de Estado⁷. En cuanto a las leyes autonómicas sectoriales muy pocas han añadido supuestos de consultas preceptivas, siendo además relativamente novedosas, ya que en su mayoría se refieren a asuntos cuyo dictamen preceptivo ya se hallaba contemplado en la legislación urbanística y de régimen local anterior a la vigente. Se trata de las Leyes de Cataluña sobre

⁶ Sería absurdo negar la inclinación de los poderes autonómicos a ocupar espacios antes detentados por el poder central, lo que se proyectaría en nuestro caso en el surgimiento de Organos consultivos destinados a cubrir la intervención antes ejercida por el Consejo de Estado. Pero tampoco hay que extralimitar esta apreciación considerando el hecho como una «moda» carente de razón alguna. BLANQUER CRIADO se ha explayado en este sentido, resumiendo su largo razonamiento en la afirmación de que «do que se pretende no es una mayor o mejor garantía, sino la simple ocupación de una esfera de poder», *Consejo de Estado...*, ob. cit., pág. 18. Creemos, sin embargo, que no cabe valorar el fenómeno tan simplistamente, resultando significativo que no todas las Comunidades Autónomas hayan adoptado la «moda» de la que habla el autor, aun habiendo podido hacerlo con suma facilidad. Hay que admitir la posibilidad de otras motivaciones menos triviales de índole muy diversa: desde el interés en una mayor celeridad en el despacho de los dictámenes hasta la legítima aspiración a una interpretación del Derecho que aun debiendo ser objetiva no excluye la aportación de sensibilidades propias del contexto geográfico y social en el que las normas jurídicas se aplican —que es algo muy distinto a hacer política—, y máxime cuando a veces han de emitirse opiniones no estrictamente jurídicas. Como reconoce DE LA QUADRA-SALCEDO, T., «la función consultiva difícilmente podrá desarrollarse con un absoluto distanciamiento de los intereses en juego»; «no puede desconocerse que un juicio de sujeción al ordenamiento, no es un juicio aséptico que se haga desde una ciencia neutra y desde una asepsia política total». *El Consejo de Estado...*, ob. cit. págs. 223 y 228. Esto es así y no hay que sacar conclusiones torcidas a lo dicho, aunque lo dicho pueda prestarse a ello.

⁷ Exceptuamos el supuesto de los Convenios a celebrar con otras Comunidades Autónomas (trasunto de la competencia del Consejo de Estado para dictaminar sobre Convenios y Tratados Internacionales); y el de informar sobre los Anteproyectos de Reforma del Estatuto de Autonomía y los Anteproyectos de Leyes de cualquier clase, aunque en este último caso no siempre con carácter preceptivo.

Organización comarcal ⁸; Municipal y de Régimen Local ⁹; y de Urbanismo ¹⁰. La Ley del Patrimonio de Canarias ¹¹ y la Ley de Demarcación municipal de Andalucía ¹². Todas ellas no llegan a juntar una decena de supuestos, pudiendo calificarse como genuinamente nuevos no más de tres o cuatro.

En suma, no se entiende bien por qué el grueso de la actividad de estos altos órganos consultivos haya de consumirse en dilucidar, por ejemplo, sobre el nexo de causalidad en procedimientos de responsabilidad patrimonial de ínfima envergadura en la mayoría de los casos; o sobre el destino de una parcela concreta de zona verde del municipio de X; o sobre la resolución de contratos administrativos de cualquier cuantía, con tal de que se formule —lo que es de suyo normal— «oposición por parte del contratista». Como es lógico, no es que tales asuntos o garantías no sean dignos de tutela; se trata de una cuestión de adecuación de medios a fines, esto es, de seleccionar los asuntos preferentes en una situación de medios escasos ¹³.

El otro gran problema al que antes aludimos es el de determinar qué características debe reunir un órgano consultivo para que pueda desplazar la intervención del Consejo de Estado, en consonancia con la doctrina sentada por la STC 204/1992 de 26 de noviembre. Nunca relativizaremos aquí la importancia de que los órganos consultivos autonómicos ostenten de una manera clara los rasgos que aseguren la calidad técnica y objetividad de la función. Para nosotros ello va de suyo y poco tendríamos que añadir a lo que constituye una exigencia no ya de la Ley o de la doctrina sino del sentido común. Quede claro, pues, que si la opinión de un órgano de esta clase no es emitida desde la independencia y la libertad de criterio de sus miembros, o carece de una solvencia técnica acorde con la naturaleza de la función, no cabe, desde luego, hablar de un órgano legitimado para arrogarse una posición *equivalente* a la del Consejo de Estado

⁸ Ley de 4 de abril de 1987.

⁹ Ley de 15 de abril de 1987. Contempla los supuestos de alteración de términos municipales, conflictos sobre términos municipales, municipios de régimen especial, entidades municipales descentralizadas, participación de municipios en consorcios en que intervengan comarcas distintas.

¹⁰ Decreto Legislativo de 12 de julio de 1990, artículos 171, 218 y Disposiciones finales.

¹¹ Ley de 28 de abril de 1987, «gravar bienes y derechos patrimoniales» (art. 51.1).

¹² Ley 7/1993, de 27 de julio: alteración de términos municipales, creación de entidades locales autónomas (descentralizadas), disolución de los órganos de gobierno de dichas entidades en los supuestos de gestión gravemente dañosa para los intereses generales (arts. 15.5 y 62, respectivamente).

¹³ Ya apuntó en este sentido FONT I LLOVET, T., al señalar la necesidad de seleccionar con cuidado aquellos ámbitos en los que el asesoramiento del Consejo de Estado pueda ser realmente eficaz, «Órganos Consultivos», *RAP*, núm. 108, 1985, pág. 84.

que le permita desplazarlo o sustituirlo, con todas las consecuencias inherentes que de ello puedan derivarse, señaladamente la nulidad de sus actos.

II. LA INDAGACIÓN DE LA «EQUIVALENCIA» ENTRE EL CONSEJO DE ESTADO Y SUS RÉPLICAS AUTONÓMICAS: UNA CUESTIÓN DE MÉTODO

A nuestro juicio, el problema que ha venido a plantearse *en el plano teórico* no es éste, pues la exigencia de que los órganos consultivos autonómicos reúnan los requisitos de idoneidad necesarios para realizar esa alta función es algo que no debe plantear discusión alguna. La cuestión principal consiste en hallar el método a través del cual pueda llegarse a una conclusión fiable y rigurosa sobre si tal o cual órgano cubre o no esos requerimientos; y hablamos de que se trata de la cuestión «principal» porque el método en este caso constituye la llave sin la cual es de todo punto imposible acceder a la fase en la que pueda resolverse la cuestión sustancial; esto es, la de decidir, a la vista de un determinado órgano consultivo, si éste puede ser homologado o no en el sentido antes expresado.

Aunque respetemos todas las opiniones, el camino no es, desde luego, el del juicio apriorístico o la descalificación global hacia el hecho mismo de la existencia de los nuevos órganos consultivos. Sin embargo, algunas voces eminentes de nuestra doctrina no se han recatado en emitir algunos juicios demoleedores ¹⁴ que dado su carácter absoluto precisarían, a nuestro juicio,

¹⁴ Así, el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA parte de la apreciación de que el Consejo de Estado está dotado de una historia multisecular y por una organización certera (apoyada, sobre todo, en la solvencia técnica de un cuerpo propio de Letrados), de una gran autoridad y de una virtual independencia, especialmente en cuestiones de técnica jurídica. En cambio, afirma que los órganos consultivos «no ofrecen frente al ciudadano, al menos *a priori*, ninguna garantía lejanamente comparable a la que el Consejo de Estado ha venido representando [...] la experiencia común sobre el partidismo generalizado en todas las Comunidades Autónomas no permite ser demasiado optimista sobre cualquier mínima independencia de esos órganos de nueva planta respecto de los respectivos Ejecutivos»; refiriéndose más adelante a esos «disminuidos órganos consultivos, sin la menor consistencia de objetividad»... «Un punto de vista sobre la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992», *RAP*, núm. 130, 1993, págs. 205 y ss., y en la Introducción a *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Directs. LEGUINA VILLA-SÁNCHEZ MORÓN, Edit. Tecnos, Madrid, 1993.

Por su parte, PARADA VÁZQUEZ, R., refiriéndose a los órganos consultivos de la Comunidades Autónomas señala «que es de suponer sean más manejables y manipulables de lo que pueda serlo el Consejo de Estado»... o que «es de suponer que serán más permeables a los deseos o conveniencias de la Comunidad en que están insertos que el más distante Consejo

de alguna demostración, siquiera para que no quedaran en meras aseveraciones, sin utilidad de cara a la tarea nada fácil de alumbrar criterios determinantes en esta materia. Hay por delante una fina tarea jurídica a realizar que exige no poco esfuerzo y ponderación y que es incompatible, por tanto, con esas estimaciones genéricas que lejos de resolver el problema, repetimos, lo hacen inaprehensible o inmanejable y al cabo se vuelven contra sí mismas al quedar frustrado el objetivo —plausible— que en el fondo las anima.

Una posible oposición frontal, apriorística, contra la existencia de estas réplicas autonómicas del Consejo de Estado basada en la convicción de la insustituibilidad de este órgano por su historia, su prestigio y por todas las cualidades que sin duda lo adornan, tiene su momento, concretamente el momento constituyente, y ahí resulta perfectamente comprensible una tal postura, sin que sea siquiera preciso justificar en exceso la consistencia de esa posición. Mas lo cierto es que la Constitución (art. 107) no consagró el monopolio del Consejo de Estado pudiendo haberlo hecho, al menos en hipótesis; antes al contrario, el restringido alcance de su tenor literal propició en buena medida el debate y la crisis consabida. Si a ello se une el hecho de que algunos Estatutos de Autonomía ya contemplaron tempranamente la posibilidad de crear esas réplicas y, finalmente, la generalización que en tal sentido ha facilitado el intérprete supremo de la Constitución (STC 204/1992), no cabe otra alternativa que la congruencia ante una realidad nueva que ya no puede ser valorada, lógicamente, con arreglo a patrones imposibles. Está muy claro que a esas réplicas territoriales del Consejo de Estado no se les puede exigir que tengan una historia multisecular, ni que cuenten con la garantía de su creación por ley orgánica y ni siquiera que tengan un prestigio idéntico al del Consejo de Estado, puesto que el prestigio, como la buena fama, se tiene o no se tiene y nadie lo puede adquirir, sea persona o institución,

de Estado», *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1993, págs. 341 y 344.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., tras referirse al Consejo de Estado como institución «varias veces centenaria y de reconocida *auctoritas* que su Ley reguladora —que tiene, nótese bien, carácter de orgánica con todo lo que eso supone— se ha esforzado cuidadosamente en preservar», afirma respecto a los órganos consultivos autonómicos que «esas réplicas, elaboradas con otros materiales y otra arquitectura de calidad notoriamente inferior a las del original, han venido a ser valoradas con notoria ligereza por el propio legislador estatal en pie de igualdad con su modelo. Las consecuencias de tal equiparación las pagarán a partir de ahora —y éste es sólo un ejemplo entre muchos— los ciudadanos [...] no cabe esperar en absoluto, dada su composición, estructura y posición institucional, la misma objetividad y calidad de juicio que confiamos encontrar en el Consejo de Estado.» Prólogo al libro de BLANQUER CRIADO, D. V. *Consejo de Estado...*, ob. cit. págs. 1213.

con el nacimiento o en el momento fundacional; ello es algo que sólo el tiempo y un consenso externo sobre la bondad o calidad del sujeto es capaz de crear. En suma, el prestigio no se fabrica por un acto de la voluntad; y lo mismo hay que decir de otros atributos que van indisolublemente unidos a una institución de tan notables características como el Consejo de Estado.

Esta nueva realidad en la que el supremo órgano consultivo del Estado ha de coexistir, por imperativos del sistema, con otros órganos que hacen sus veces en sus respectivos territorios, no puede seguir siendo valorada a base de comparaciones imposibles y, por tanto, estériles. Nunca será igual un órgano consultivo autonómico a otro de su clase; ni ninguno de estos será igual nunca al Consejo de Estado. La esencia ha de buscarse en la independencia y la calidad de la función y, por consiguiente, lo que hay que hacer es objetivar una serie de criterios, abstraídos de cualquier comparación o realidad circundante, que permitan acuñar los requisitos mínimos e indispensables que debe ostentar un órgano para satisfacer la función de garantía que las leyes reclaman cuando invocan la intervención consultiva en un procedimiento.

Como veremos seguidamente, la doctrina constitucional recaída sobre lo que nos ocupa parece sugerir la vía del método comparativo para deducir cuándo un órgano consultivo autonómico tiene o no características análogas a las del Consejo de Estado. De hecho, ya algunos autores¹⁵ han enfocado sus esfuerzos en ese sentido realizando estudios sin duda meritorios en sí mismos por su rigor y erudición aunque descaminados, a nuestro juicio, por razón del planteamiento comparatista que los anima de principio a fin. La gran cuestión que hay que plantearse con carácter previo es precisamente la de si ese método es el correcto y en todo caso la de si lleva a algún resultado práctico.

Por nuestra parte, estimamos que no. A falta de un pronunciamiento categórico por parte del Tribunal Constitucional acerca de cuáles sean las concretas condiciones que deba reunir un

¹⁵ Así, BLANQUER CRIADO, *Consejo de Estado...* y RUIZ MIGUEL, *Consejo de Estado y Consejos Consultivos...*; obs. cit. Es bien expresiva al respecto la postura del primero, al decir: «se cierra una polémica pero se ponen las bases de otra distinta que aún no ha sido abordada, la de comparar al Consejo de Estado con los órganos consultivos de carácter superior de las Comunidades Autónomas» (pág. 32); «resulta ineludible, aunque siempre sea odioso, hacer una comparación mínimamente detallada entre el Consejo de Estado y los órganos consultivos...» (pág. 34); proponiéndose buscar los «elementos formales, objetivos y subjetivos de los órganos consultivos autonómicos, que deben ajustarse al pie de la letra, y sin matices, a la regulación del Consejo de Estado» (pág. 62); «En ocasiones, el juicio desfavorable y la conclusión de que se quebranta la garantía institucional resultará de la vulneración de un rasgo aislado...» (pág. 65); los criterios de comparación deben ser «estrictos y rigurosos» (pág. 71).

órgano consultivo *equiparable* al Consejo de Estado, la comparación por vía doctrinal de todas y cada una de las características que conforman el modo de ser de dicho Consejo se convierte en un ejercicio especulativo que va agrandando su complejidad a medida que se añaden elementos y que conduce finalmente —fatalmente— al punto cero: no existe órgano consultivo homologable a la imagen del Consejo de Estado, salvo éste mismo ¹⁶.

Es realmente desalentadora, más bien temible, esa conclusión. Entiéndase bien que es la peor de cuantas conclusiones pudieran obtenerse porque de ser cierta —lo sería, por ejemplo, si se considera como elemento esencial la existencia de consejeros permanentes o vitalicios, circunstancia que se da en el Consejo de Estado y no en los órganos consultivos autonómicos— la solución no podría ser otra que la liquidación de todos los órganos consultivos a excepción del Consejo de Estado, lo cual sería una utopía en la que no vale la pena detenerse. ¿Cuáles son, pues, los elementos esenciales definitorios del Consejo de Estado para hacer la homologación? ¿Bastará escoger cualesquiera de ellos y aplicarlos a rajatabla, o al hacer esa selección de elementos habrá que actuar con la «moderación» precisa para que el resultado de la homologación no conduzca a soluciones traumáticas, imposibles de casar con la realidad?... ¿Podría anular el Tribunal Constitucional la Ley de creación de un Consejo Consultivo por el hecho de que, por ejemplo, éste no contara, como cuenta el Consejo de Estado, con un Cuerpo propio de Letrados?... En suma, ¿conduce a alguna parte el método de deducir la validez de estos órganos por su comparación estricta, punto por punto, con las características propias del Consejo de Estado?

Ante la diversidad de fórmulas que caben a la hora de diseñar el régimen de un órgano consultivo, difícilmente casables todas

¹⁶ Confiesa BLANQUER CRIADO que a esta conclusión negativa llega tras su tarea de comparar el Consejo de Estado con los Consejos consultivos de carácter superior de las Comunidades Autónomas. *Consejo de Estado...*, ob. cit., pág. 67. Abundaremos en esta apreciación más adelante.

RUIZ MIGUEL llega a conclusión de semejante contundencia: «Los Consejos Consultivos catalán y canario, si bien no son iguales que el Consejo de Estado, sí pueden considerarse «equivalentes» al mismo en cuanto a su organización. Por eso, dichos Consejos pueden, creemos, sustituir al Consejo de Estado en la emisión de los dictámenes preceptivos de los que habla la LOCE. Distinta es la conclusión a la que creemos que debe llegarse en relación a la Comisión Jurídica Asesora y a los Consejos Consultivos balear y andaluz, así como respecto al proyectado Consejo gallego. En la organización de los mismos se aprecian ciertos hechos que, a nuestro juicio, llevan a defender que no tienen, hoy por hoy, carácter equivalente al Consejo de Estado y, por tanto, a tenor de la jurisprudencia constitucional, no pueden dispensar de la obligatoriedad de obtener el dictamen de éste en los supuestos del artículo 23.2 LOCE». *Consejo de Estado y Consejos Consultivos...*, ob. cit., pág. 258.

ellas con el presunto arquetipo constituido por el Consejo de Estado, la alternativa no puede ser otra que la siguiente. O se considera que fallan todos los órganos consultivos, o sea, que ninguno resiste la prueba del método comparativo, lo cual conduce a la nada; o se conviene en que lo que falla es el método y que por tanto hay que buscar otros caminos menos plagados de referencias concretas —que constituyen obstáculos insalvables— y más inspirados en valores abstractos, aunque éstos deban materializarse en una serie de condiciones determinadas de organización y funcionamiento para que tales órganos consultivos puedan ser dignos de tal nombre. No se trata, en definitiva, de «parecerse» al Consejo de Estado, sino más bien de servir a la necesidad constitucional, como ha notado FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, de mantener un nivel de garantías idéntico para todos los ciudadanos españoles¹⁷. Creemos que no es preciso ya aclarar que no tratamos de postular un rebaje del nivel de las exigencias a cumplir por estos órganos autonómicos; se trata más bien de la preocupación por lo contrario, es decir, la de buscar una salida racional que evitando los callejones sin salida permita realizar un control efectivo, política y jurídicamente factible, de la idoneidad de dichos órganos para cumplir la alta función que las leyes les encomiendan.

Consideramos suficientemente realzada, por el momento, la importancia de la cuestión del método a seguir para abordar el problema fundamental. Podemos adelantar la conclusión de que el procedimiento consistente en hacer comparaciones de las particularidades es un método que hay que desechar.

III. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL. SOBRE LOS RASGOS CARACTERIZADORES DEL CONSEJO DE ESTADO Y LOS EXIGIDOS A LOS ÓRGANOS HOMÓLOGOS

A los efectos que aquí nos interesan no es necesario encuadrar en su contexto las Sentencias del Tribunal Constitucional que contienen pronunciamientos sobre la función consultiva. Nos tomamos incluso la licencia de entresacar, sin más, aquellos pasajes que tienen directamente que ver con el tema que aquí nos ocupa.

¹⁷ Prólogo a la obra de BLANQUER CRIADO, D. V., ob. cit., pág. 13.

STC 56/1990 de 29 de marzo:

... el Consejo de Estado no forma parte de la Administración activa. Es, por el contrario, conforme al artículo 107 CE y al artículo 11 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, un órgano consultivo que actúa, en todo caso, con autonomía orgánica y funcional en garantía de su objetividad e independencia (art. 1.2 LOCE).

...

tiene en realidad el carácter de órgano del Estado con relevancia constitucional al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece. Así resulta de su composición y de sus funciones consultivas que se extienden también a las Comunidades Autónomas... (Fto. Jur. 37).

STC 204/1992, de 26 de noviembre:

En realidad el ámbito del Consejo de Estado es mucho más amplio [en relación con la letra del art. 107 CE] y se ha venido configurando históricamente como órgano consultivo de las Administraciones Públicas. El hecho de que no forme parte de la Administración activa, su autonomía orgánica y funcional, garantía de objetividad e independencia, le habilitan para el cumplimiento de esa tarea, más allá de su condición esencial de órgano consultivo del Gobierno...

...

De esta manera, el Consejo de Estado puede ejercer esa función de órgano consultivo con relevancia constitucional al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece [...] Su actuación no supone, pues, dependencia alguna del Gobierno [...] permanece orgánicamente separado de la Administración autonómica a la que informa y que, sobre todo, no es un órgano dependiente del Gobierno, sino, como se ha dicho, un órgano dotado de independencia funcional para la tutela de la legalidad del Estado de Derecho (Fto. Jur. 2).

...

La intervención preceptiva de un órgano consultivo de las características del Consejo de Estado, sea o no vinculante, supone en determinados casos una importantísima garantía del interés general y de la legalidad objetiva y, a consecuencia de ello, de los derechos y legítimos intereses de quienes son parte de un determinado procedimiento administrativo... (Fto. Jur. 3).

...

Ningún precepto constitucional, y menos aún el que se refiere al Consejo de Estado, impide que en el ejercicio de esa autonomía organizativa las Comunidades Autónomas puedan establecer, en su propio ámbito, órganos equivalentes al Consejo de Estado en cuanto a su organización y competencias, siempre que éstos se ciñan a la esfera de atribuciones y actividades de los respectivos gobiernos y Administraciones autonómicas (Fto. Jur. 4).

...

Si una Comunidad Autónoma, en virtud de su potestad de autoorganización (art. 148.1.1 CE), crea un órgano consultivo superior semejante, no cabe duda de que puede dotarlo, en relación con las actuaciones del Gobierno y la Administración autonómica, de las mismas facultades que la LOCE atribuye al Consejo de Estado.

...
Sería muy probablemente innecesario y sin duda gravoso y dilatorio que en un mismo procedimiento debiera recabarse sucesivamente dictámenes de un órgano superior consultivo autonómico de características parecidas al Consejo de Estado...

...
Hay que reconocer las competencias de las Comunidades Autónomas para crear, en virtud de sus potestades de organización, órganos consultivos propios de las mismas características y con idénticas o semejantes funciones a las del Consejo de Estado...

...
Es necesario afirmar que en donde o en tanto semejantes órganos consultivos autonómicos dotados de las características de organización y funcionamiento que aseguren su independencia, objetividad y rigurosa cualificación técnica, no existan, [...] las garantías procedimentales mencionadas exigen mantener la intervención preceptiva del Consejo de Estado... (Fto. Jur. 5).

Es notoria la vaguedad de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en relación con la cuestión a la que aquí nos referimos. Sin duda que eran suficientes para resolver el concreto conflicto, es decir, el del alcance del artículo 23.2 LOCE. Pero la Sentencia 204/1992 no lleva el razonamiento hasta sus últimas consecuencias al no determinar cuándo o bajo qué condiciones se produce la «semejanza» entre los órganos consultivos y su modelo; ello, indudablemente, por una simple razón de congruencia con el objeto de la cuestión de constitucionalidad enjuiciada (2414/1991), que no versaba sobre la idoneidad de un órgano consultivo autonómico para emitir dictámenes de la competencia del Consejo de Estado, sino que precisamente cuestionaba la competencia de éste en relación con asunto relativo a una Comunidad Autónoma carente por entonces de órgano consultivo propio. Ni siquiera el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Presidente del Gobierno contra la Ley 13/1986 del Parlamento canario —asunto resonante al que dio indirecta solución la STC 204/1992 a la que nos estamos refiriendo— tenía por objeto cuestionar la idoneidad subjetiva del Consejo Consultivo de Canarias.

Ciertamente, no margina la Sentencia esta «segunda parte» del problema pero sólo en lo estrictamente necesario para servir al razonamiento principal; por tanto, se queda en el umbral mismo

de la cuestión que aquí consideramos. Esta resolución «a medias» del problema no deja de producir una cierta desazón, pues parece evidente que en tanto no se produzcan otros pronunciamientos del mismo rango que vengan directamente a despejar esa parte del problema aún pendiente éste quedará sujeto a toda suerte de especulaciones —como las producidas en la fase inicial del conflicto al que dio fin la STC 204/1992—, pero sin una solución cierta y operativa. Es verdad que el Derecho nos enseña y acostumbra a aceptar este tipo de situaciones inciertas pero hay que proclamar que estos estados de incertidumbre no deben dar lugar a comportamientos que atenten a la lealtad constitucional; por consiguiente, está muy claro que los poderes públicos no deben caer en la tentación de introducir subterráneamente, aprovechando las circunstancias del «río revuelto», réplicas espúreas del Consejo de Estado que no cubran mínimamente los requisitos necesarios para una función de tal naturaleza.

A falta de pronunciamientos más concretos o de mayor eficacia resolutoria que la que alcanzan a ofrecer las nociones o principios contenidos en la doctrina constitucional referida, cabe preguntarse si dicha doctrina deja al menos enfocada la cuestión del método a seguir para realizar la homologación que el propio Tribunal admite como medio de control de la idoneidad de estos órganos. A esta pregunta cabe dar respuesta tras considerar algunas conclusiones que a nuestro juicio se desprenden de los pronunciamientos antes transcritos.

Como conclusión primera hay que significar el acierto de la Sentencia de no referirse al Consejo de Estado en los términos o con los calificativos elogiosos al uso; es decir, a aquellas de sus cualidades intrínsecas, fruto de su propia historia, que son absolutamente intransferibles e inimitables. No es, evidentemente, que dicho órgano no merezca los mejores calificativos, sino que en el plano del razonamiento jurídico es preciso objetivar en qué radica la bondad de su función sin añadirle valoraciones históricas o cualidades convencionales que perjudican antes que benefician el rigor de los argumentos y que, sobre todo, sitúan a la institución en un plano inalcanzable para ninguna otra; y no es eso de lo que se trata, sino precisamente de lo contrario, esto es, de establecer unos parámetros racionalmente susceptibles de cumplimiento que legitimen la decisión de desautorizar a todo órgano que no cubra esos requisitos ciertos y posibles. Enfatizamos este acierto de la Sentencia máxime teniendo en cuenta que hubiera sido muy fácil caer en ese tipo de discurso laudatorio simplemente por mimetismo con el formulado por la Abogacía del Estado en dicho pleito, al invocar ésta constantemente

argumentos basados en el prestigio del Consejo, o en su *auctoritas* «con la que no puede rivalizar ningún otro órgano consultivo», llevándole ello, naturalmente, a la negativa conclusión —al callejón sin salida que, como hemos dicho, hay que evitar— de que «es además muy problemático constituir *ex nihilo* un órgano de las características del Consejo de Estado». No eran precisos esos requiebros pues la relevancia de la función del Consejo de Estado permite obviar cualquier otra consideración de carácter histórico o tradicional¹⁸.

De los pronunciamientos del Tribunal Constitucional antes transcritos hay que extraer tres tipos de afirmaciones que es preciso situar en distintos planos a efecto de no hacer lecturas ligeras ni deducir conclusiones precipitadas de algo que es preciso examinar, dada la escasa «fuente constitucional» disponible, de manera pulcra y provechosa: A) Las primeras se refieren a los rasgos relevantes del Consejo de Estado aisladamente considerado; B) las segundas apuntan a la similitud que han de guardar los órganos consultivos autonómicos con el modelo representado por aquel Alto órgano; C) un tercer orden de afirmaciones —las más escasas— se dirige directamente a señalar las características que deben lucir los órganos consultivos autonómicos, expresado esto, por cierto, a través de grandes conceptos, sin ninguna especificación respecto a su concreto modo de ser orgánico o funcional.

A) En cuanto a la caracterización del Consejo de Estado, los rasgos que maneja el Tribunal Constitucional —y que resulta obligado presumir como esenciales— pueden subdividirse en tres clases según atiendan a su aspecto estructural, funcional o teleológico; así,

a) en cuanto a su estructura:

—Es un órgano del Estado con relevancia constitucional.

—No depende del Gobierno ni forma parte de la Administración activa.

—Está dotado de autonomía orgánica y funcional, que es garantía de objetividad e independencia.

b) en cuanto a sus funciones:

—Éstas trascienden del ámbito estricto del Gobierno y Administración centrales.

¹⁸ Así lo sostiene DE LA QUADRA SALCEDO, T. en cuanto a la causa justificadora de la constitucionalización del Consejo de Estado. *El Consejo de Estado...* ob. cit., pág. 82.

c) respecto a sus fines:

— Es un órgano al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece.

— Órgano establecido para la tutela de la legalidad del Estado de Derecho. Garantía del interés general y de la legalidad objetiva; y de los derechos y legítimos intereses de quienes son parte de un determinado procedimiento administrativo.

No cabe duda que son muchos más los rasgos a destacar en una definición completa del Consejo de Estado. Bastaría repasar las normas que constituyen su régimen jurídico para seguir añadiendo notas tan relevantes como la de su necesaria regulación mediante ley orgánica, su condición de órgano «supremo» dentro de su orden; su competencia incondicionada para valorar los aspectos de oportunidad y conveniencia de los asuntos dictaminados, etc. Sin embargo, hay que tener en cuenta que al Tribunal Constitucional le han bastado los rasgos anteriormente reseñados para resolver un conflicto de altura que llevaba concitando la atención de los juristas desde más de diez años atrás y que había generado una copiosa obra doctrinal y toda suerte de posiciones encontradas. No parece lógico, pues, seguir abriendo el abanico de las características del Consejo más de hasta donde ha llegado a hacerlo el Tribunal Constitucional. Ciertamente, lo importante no es confeccionar un catálogo cualquiera de características del Consejo sin ninguna preocupación categorizadora, sino fijar las genuinamente capaces de expresar las esencias de la institución. Sólo esto puede ser operativo, máxime en el seno de una dialéctica comparatista como la que se sostiene en este ámbito desde que el sistema político en España dejó de ser monocéntrico y el reparto de poder afectara también a la figura del Consejo de Estado. Consideremos, pues, establecidas esas características en el tipo y número que reseñadas quedan.

B) Asimismo, de los textos de las Sentencias referidas pueden entresacarse varios pasajes que salpicadamente aluden a la semejanza o correlación debida entre el Consejo de Estado y sus homólogos autonómicos; así, se habla de «órganos *equivalentes* al Consejo de Estado en cuanto a su organización y competencias»; de «órgano consultivo superior *semejante*» «de características *parecidas*»; de las *mismas* características y con *idénticas o semejantes* funciones...»

Lo primero a destacar a la vista de esa serie de expresiones es la extremada precaución que hay ya que tomar a la hora de interpretarlas en sede gramatical. Aunque con todo respeto hay que decir que el rigor de la Sentencia en este aspecto es

inexistente. En efecto, no son sinónimas esas palabras aunque con esa intención hayan podido utilizarse; y el uso arbitrario de esos vocablos genera contradicciones que aconsejan poner en cuarentena cualquier conclusión basada en la mera literalidad de esos pronunciamientos.

Sin ánimo por nuestra parte de hacer más incursiones lingüísticas de las necesarias para aseverar lo expuesto, baste reparar en que «lo idéntico» o «lo mismo» (que la Sentencia refiere a las características de estos órganos y sus funciones) significa la igualdad más exacta; siendo mucho más flexible lo «parecido» o lo «semejante» (que también la Sentencia vincula a las características de estos órganos o de ellos mismos), pues estos últimos vocablos no exigen la identidad, sino que admiten desigualdades en las partes, los aspectos o en la extensión de lo que se compara. Mucho más distante de lo idéntico, prácticamente en las antípodas, está lo «equivalente» (que la Sentencia predica asimismo de la organización y competencias de estos órganos) ya que, por definición, la equivalencia entre dos elementos exige el mismo valor en la sustancia, pero también que la forma sea distinta. Quede, pues, claro que la equivalencia no es la igualdad, sino que propiamente la excluye.

Como se ve, la Sentencia ha brindado, sin duda inconscientemente, un menú de posibilidades interpretativas para todos los gustos; todo es cuestión de escoger la expresión *ad hoc* para la tesis que se sostenga¹⁹. Parece evidente que hay que desechar de plano esta vía de acercamiento al problema dada su nula fiabilidad como punto de partida serio. Ya que los vocablos son equívocos, lo mejor y lo debido es no sacar de ellos ninguna consecuencia. Además, esta vía conlleva el riesgo de incurrir en abusos interpretativos de bulto pues hay que notar, tras una lectura atenta, que en algunos de esos pasajes la Sentencia constitucional no impone, aunque así lo parezca, que los órganos consultivos autonómicos tengan las mismas características o *idénticas* funciones de las del Consejo de Estado; lo que dice es que nada impide que puedan tener las mismas o idénticas características y funciones que es cosa bien distinta.

¹⁹ Así, BLANQUER CRIADO afirma que no basta con que los órganos consultivos autonómicos sean parecidos o semejantes al Consejo, sino que deben ser iguales o tener las mismas características (pág. 71). Por cierto, parece que dicho autor no ha sopesado el valor exacto de los términos cuando en pág. 70 se pregunta «Basta que el órgano consultivo sea semejante (interpretación flexible) o por contra es necesario que sea equivalente al Consejo de Estado (interpretación estricta)?» —*sic*—. Consejo de Estado, ob. cit. A nuestro juicio, la necesidad de que el órgano sea *equivalente* no deriva precisamente de una interpretación estricta, como venimos de razonar.

En cualquier caso, la repetida Sentencia es desafortunada en este aspecto porque amén de su imprecisión gramatical en algo de tanta trascendencia establece constantemente un puente dialéctico entre la figura del Consejo de Estado y los nuevos órganos emergentes que incita al intérprete a enfrascarse en una tarea comparativa tan penosa como estéril.

C) Por último, la doctrina constitucional que analizamos contiene un pasaje referido sólo y exclusivamente a los órganos consultivos autonómicos, sin referencia alguna al Consejo de Estado y sin establecer, por tanto, comparaciones. Viene dicho pasaje a sentenciar que si las Comunidades Autónomas crean órganos consultivos llamados a cubrir las garantías procedimentales, éstos han de estar *dotados de las características de organización y funcionamiento que aseguren su independencia, objetividad y rigurosa cualificación técnica*.

A la vista de cuanto precede se comprueba, como venimos repitiendo, que se abre aquí una disyuntiva acerca del método para averiguar cuándo un órgano consultivo cumple o no los requerimientos constitucionales: si basta para ello hacer un examen exclusivamente centrado en sus características propias que permita concluir si es independiente, actúa con objetividad y está cualificado técnicamente, todo ello, como es lógico, en un nivel de excelencia; o si es necesario al propio tiempo someterlo a una suerte de test comparativo a la vista de todos los rasgos y características del Consejo de Estado o al menos los que el Tribunal Constitucional ha escogido como esenciales.

La tesis que aquí sostenemos es la primera, es decir, que el control de legitimidad de un órgano consultivo ha de basarse en una valoración directa y exclusiva de sus características propias, puesta en conexión, también directamente, con la exigencia constitucional de que por su organización y funcionamiento quede asegurada su independencia, objetividad y rigurosa cualificación técnica. Esto es, al cabo, lo que exige la Sentencia constitucional referida, como acabamos de ver. Esas aparentes comparaciones con el Consejo de Estado no pueden ser interpretadas más que en el sentido de que se reconoce al Consejo de Estado, de entrada, esas virtudes y de que los órganos consultivos autonómicos también tienen que cumplirlas. En esto y nada más ha de consistir la «equivalencia».

IV. EL INVIABLE MÉTODO DE COMPARAR LAS CARACTERÍSTICAS DEL CONSEJO DE ESTADO Y LA DE SUS RÉPLICAS AUTONÓMICAS COMO FÓRMULA DE CONTROL

Como hemos ya advertido, algunos autores han tomado con toda resolución el método de la comparación analítica, tomando como patrón el panel de características que ofrece el Consejo de Estado. Naturalmente, esta opción metodológica conduce a un mar de complicaciones, cada vez más espesas a medida que se avanza en la comparación, lo que representa una enorme carga a levantar por quien acomete un planteamiento de ese tipo; pongamos un simple ejemplo:

Si ya resulta complicado concluir cuándo un órgano es «independiente» (no, desde luego, si nos fijamos en sus características intrínsecas), por relación a otro al que se le atribuye la condición de ser el modelo de la independencia, la complicación es suma cuando el proceso comparativo debe seguir apurándose hasta el punto de hacer entrar en el juego de la homologación elementos tales como la composición de los órganos, el sistema de designación de sus miembros, la procedencia de éstos, el régimen de cese o el de incompatibilidades, etc., etc. Es muy posible que el órgano sometido a ese test presente algún déficit en cualquiera de esos aspectos. Pues bien, ¿cuándo la deficiencia se convierte en causa determinante de su descalificación?... Es igualmente probable que el órgano en cuestión esté investido de cualidades demostrativas de una independencia que en el plano formal quepa considerar superior incluso a la del Consejo de Estado —por ejemplo, sus miembros son nombrados por la Asamblea parlamentaria— ¿hace abortar este dato el test comparativo, excusando ya el contraste de otros rasgos, o habrá que continuar el proceso de validación exigiendo a dichos miembros la condición de vitalicios o determinadas condiciones de procedencia, rango, etc., etc.? Como se ve, la heterogeneidad y asincronía de los elementos a comparar frustran irremediabilmente la posibilidad de decantar unas bases o parámetros con la entidad necesaria para servir de fundamento a una resolución tan grave como la de determinar el ser o no ser de un órgano de este tipo.

Parece claro, pues, que la tarea a realizar, incluso en el seno de ese método comparatista —que nosotros no suscribimos—, no consiste en detectar o denunciar las diferencias o los déficit que pueda ofrecer respecto del «modelo» el listado de características propias de cada Órgano consultivo, sino de establecer de manera inequívoca la lista concreta de requisitos, establecidos al

detalle —cuáles sean las condiciones de la «autonomía orgánica»; si cabe la adscripción orgánica al Ejecutivo aunque no la dependencia funcional; quién puede nombrar a los consejeros; si cabe la inserción en el órgano de algún miembro de la Administración activa, amovilidad de los miembros, condiciones mínimas de incompatibilidad, exigencia a sus miembros de títulos jurídicos de rango bastante para asumir responsabilidades de esta índole; etc., etc.—, sin los cuales no sea posible la homologación; y ello habría que hacerlo así por más que esos órganos puedan estar revestidos de otras cualidades iguales o incluso superiores a las del «modelo», pues resulta obvio que no sería posible seguir rizando el rizo y pasar a una ulterior tarea, ya enloquecedora, consistente en tapar los defectos con las virtudes, o sea, compensar los superávit y los déficit que esos órganos presenten en cada grupo de rasgos conformadores de una característica principal, o entre dos o más características principales.

A) UN SUPUESTO PARÁMETRO DE CONTROL:
EL «FUNDAMENTO ESTATUTARIO EXPRESO»,
COMO TRASUNTO DE LA «RELEVANCIA CONSTITUCIONAL»

No poca literatura se ha ocupado de los problemas derivados de la redacción del artículo 107 CE (*«El Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno. Una ley orgánica regulará su organización y competencia»*), relativos a la ubicación del Consejo de Estado en el entramado constitucional, su relación de dependencia o no con el Gobierno de la Nación y, como derivación de ello, su idoneidad, fuertemente discutida, para traspasar los límites funcionales que, al menos literalmente, el artículo 107 establece. También, como cuestión previa, el hecho mismo de la inclusión de la figura del Consejo de Estado en el texto constitucional, punto éste de particular importancia a los efectos de lo que aquí analizamos.

En efecto, uno de los rasgos caracterizadores del Consejo de Estado realzados por la STC 204/1992 es el de su condición de órgano de «relevancia constitucional». Habremos de ver en qué medida esto constituye una nota necesaria para la existencia del propio Consejo de Estado y para la asunción por éste de la alta función consultiva que históricamente ha tenido encomendada y, sobre todo, si este dato de la constitucionalización de la figura se erige en una suerte de parámetro de legitimidad que condicione la de los órganos consultivos autonómicos creados o por crear. En suma, habrá que ver si en la tarea comparativa —que algunos

postulan como método para homologar la validez de las réplicas territoriales del Consejo de Estado—, el dato de la «relevancia constitucional» de éste representa un requisito a cubrir o superar.

Aunque la atención prestada a ese hecho haya sido muy intensa, la doctrina no ha extraído de ello las mismas consecuencias. En tres grupos pueden clasificarse las posturas «clásicas» al respecto. Una primera, que pudiéramos denominar «negativa», considera la constitucionalización del Consejo de Estado como innecesaria²⁰. La segunda posición, «escéptica», otorga a ese hecho un valor puramente circunstancial, fruto de los azares propios de un proceso constituyente²¹, pero reconociendo, no obstante, que en virtud de su constitucionalización el Consejo de Estado queda a resguardo, en lo esencial, de las decisiones del legislador ordinario²². Una tercera postura, «positiva», estima que con independencia del confuso debate constituyente, no hay que estar a lo que se deduzca de la *mens legislatoris*, sino a la decisión final de constitucionalizar la figura y al dato objetivo de que el Consejo de Estado se encuentra de hecho en el entramado constitucional; y que a partir de esa premisa insoslayable no existe otra alternativa que la de dar sentido a su papel en el conjunto de los valores y garantías que la Constitución ha querido defender, deduciendo todas las consecuencias lógicas que pueden desprenderse de ese hecho; incluso la consideración de que se ha querido aportar al sistema un control adicional desde la estimación de que el resto de los controles son insuficientes²³. Todas esas posturas tienen en común, aunque pueda no parecerlo, la medida en cuanto a la apreciación del hecho mismo de la constitucionalización del Consejo, ya que no deducen más que consecuencias *naturales* de ese hecho; y sobre todo una alta estimación de la institución, pues incluso las posiciones que hemos denominado «negativas» o «escépticas», se formulan desde

²⁰ Así, la enmienda 543 del Grupo Mixto al Anteproyecto de Constitución. La enmienda (núm. 1) presentada en el Senado por el Grupo de Progresistas y Socialistas Independientes, defendida por jurista tan ilustre como LORENZO MARTÍN-RETORTILLO quien, aun resaltando la importancia de la función del Consejo, estimaba que «no tiene sentido, en cambio, constitucionalizar al órgano ni su rango»; v. asimismo su postura en *Materiales para una Constitución*, Akal, Madrid, 1984, pág. 284.

²¹ Un relato detallado del debate constituyente sobre el artículo 107 en RUIZ MIGUEL, C., *Consejo de Estado y Consejos Consultivos...*, ob. cit., págs. 82 y ss.

²² Así, PARADA VÁZQUEZ, R. señala que, «paradójicamente cuando nuestro Consejo de Estado atraviesa el momento más bajo de su existencia, es cuando resulta inmune a su supresión o reforma sustancial». *El Consejo de Estado*, D.A. núm. 226, 1991, pág. 114.

²³ Es paradigmática en este sentido la construcción de DE LA QUADRA, T., a la que necesariamente hemos de remitirnos dada su extensión y riqueza de matices. *El Consejo de Estado...*, cit., *passim*.

la idea de la autosuficiencia del órgano para sostenerse a sí mismo, basada en su historia y su prestigio.

Cabe, sin embargo, añadir una cuarta corriente de opinión, ya menos mesurada, que eleva la circunstancia de la constitucionalización del Consejo a la categoría de requisito singular que por inigualable conduce a la minimización de todos los demás órganos consultivos, ya que, obviamente, éstos no tienen ni pueden exhibir el timbre de un reconocimiento constitucional; e incluso se llega a concluir de ello que esa nota distintiva deja descalificados *ab initio* como «equivalentes» a los órganos consultivos autonómicos. Ello ha creado una dinámica, ya dentro del nivel propio de esos órganos autonómicos, que lleva a distinguir entre órganos consultivos con «relevancia estatutaria» y los demás órganos de su clase que por no contar con una expresa mención en los Estatutos de Autonomía estarían aquejados de una especie de «pecado original» absolutamente irredimible en tanto una reforma estatutaria no produjera su acogimiento; es decir, nacerían con un estigma que los inutilizaría para pasar la prueba de la homologación con el modelo representado por el Consejo de Estado, y ahora con los otros órganos consultivos de relevancia estatutaria.

Creemos nosotros que la mención del artículo 107 CE al Consejo de Estado y la remisión de su régimen a una ley orgánica no es presupuesto determinante de su existencia —aunque ésta quede así protegida— ni constituye un elemento para contrastar la legitimidad de los órganos autonómicos que ejercen función consultiva con desplazamiento de aquel Alto Órgano del Estado.

Partiendo de la premisa de que dicho Consejo no es un órgano esencial en la estructura del Estado —afirmación que no debe suscitar desacuerdo— hay que aclarar que una cosa es reconocer los indudables beneficios que derivan de su constitucionalización —algo tan ocioso que excusa su explicación— y otra cosa es que ese órgano perdiese toda su razón de ser, su lugar y peso en el ordenamiento jurídico, en la hipótesis de no estar constitucionalizado. Si esto es algo que puede predicarse de cualquier órgano de alguna relevancia y tradición, no podría negarse ese poder de supervivencia *a se* al Consejo de Estado que es el paradigma de la tradición y una referencia obligada —aun con su modo de ser mutante— en la historia de nuestro Derecho Público. El Consejo de Estado no es una institución conectada a una sola norma —su Ley de creación— sino que es, por la propia naturaleza de su función, una pieza que juega su papel, ya típico y natural, en muchos institutos jurídicos. La figura del Consejo, en suma, dimana tanto de su Ley creadora

como del ordenamiento jurídico entero. Hay, por tanto, un cierto abuso argumental en aquellas posturas doctrinales que, sobre la base de la constitucionalización del Consejo —hecho poco menos que aleatorio, como hay que reconocer a la vista de los antecedentes parlamentarios—, se hacen fuertes en lo conseguido derivando de tal hecho una magnificación del órgano de tales dimensiones que produce verdadera inquietud representarse la hipótesis de que el constituyente hubiera decidido no recoger la figura en el texto constitucional. Nos atrevemos a decir que, muy probablemente, en tal hipótesis, el sector doctrinal ahora encandilado por circunstancia tan feliz para el Consejo, se estaría esforzando en inducir de todo el ordenamiento jurídico argumentos de carácter institucional tendentes a justificar la misión *natural* del Consejo de Estado en el proceso de realización del Derecho y, por consiguiente, a minimizar la omisión padecida en el texto constitucional.

Como hemos dicho, algún autor incluso eleva esa feliz circunstancia —el carácter del Consejo de Estado como órgano de relevancia constitucional— a la categoría de un parámetro obligado para efectuar el control de validez de los órganos consultivos autonómicos. La comparación —se dice— exige que estos órganos tengan «relevancia estatutaria». Es significativa en este sentido la contundente postura de BLANQUER CRIADO al entender que este test es el primero a realizar para verificar la comparación y, en suma, homologar o no la legitimidad de los órganos consultivos autonómicos²⁴, exigencia que dicho autor no basa sólo en razones estructurales (como sería, por ejemplo, la garantía de la permanencia y caracteres del órgano, su inserción en la arquitectura de las instituciones básicas, etc.) sino que la conecta incluso a otro valor cual es el de la independencia²⁵, lo cual nos

²⁴ Así, afirma el autor que «los órganos consultivos deben estar previstos en la norma de cabecera del ordenamiento jurídico de que se trate, es decir, en la Constitución o el Estatuto de Autonomía» (pág. 66); que «lo lógico es que para que se produzca ese desplazamiento se exija que el órgano consultivo autonómico sea un órgano de la Comunidad Autónoma de relevancia estatutaria» (págs. 69, 75, 77, 80, 81, 82, 85, 95, 97...); llegando a la conclusión —obligada, en función de dichas premisas— de que los órganos consultivos de Islas Baleares o de Andalucía no pasan ese «tesd» (pág. 85), *Consejo de Estado...*, ob. cit.

²⁵ El razonamiento de BLANQUER es el siguiente: «De igual forma que el Consejo de Estado no puede ser suprimido sin una previa reforma constitucional, cuando el órgano consultivo autonómico está contemplado en el Estatuto, entonces no puede ser suprimido sin una reforma del propio Estatuto. Si para la creación de un órgano autonómico bastara una ley dictada por la propia Comunidad Autónoma, ese órgano no gozaría de esa garantía adicional de independencia. De igual forma que los Poderes constituidos no pueden suprimir a un Consejo de Estado incómodo, los Poderes autonómicos no deben estar habilitados para suprimir un órgano consultivo excesivamente crítico. De ahí la importancia de exigir que el órgano consultivo autonómico esté expresamente previsto en el Estatuto», *idem*, pág. 76.

parece de todo punto excesivo pues no cabe afirmar que si un órgano no está contemplado en la Constitución o en los Estatutos ya no es por ello independiente. No compartimos el argumento forzado de que una Comunidad Autónoma pueda suprimir o modificar «de un plumazo» eventuales órganos consultivos «incomódos»; eso no es tan fácil ni verosímil por numerosas razones que no es cuestión de pormenorizar, pero baste indicar que no es concebible que se den tormentas políticas de esa magnitud cuando el Gobierno o la Administración activa pueden seguir el más liviano expediente de apartarse del dictamen si no lo comparten.

El profesor Gumersindo TRUJILLO, aun sin postular esas maximalistas consecuencias —dado que admite la plena legitimidad de un órgano consultivo «sin relevancia estatutaria»—, carga no obstante el acento en la importancia del dato estatutario, marcando en definitiva las distancias entre los órganos con relevancia estatutaria y los demás «ordinarios» que quedarían algo así como a medio camino entre los genuinos Consejos Consultivos y una especie de órganos de asesoramiento, aunque distinguidos, en asuntos de régimen jurídico de la Administración a la que pertenecen²⁶. Para TRUJILLO los Consejos Consultivos de expresa previsión estatutaria son «instituciones de autogobierno», es decir, piezas o elementos de la estructura política de las respectivas Comunidades, dotados incluso de mayor relevancia que el Consejo de Estado «sobre todo en lo que atañe a las funciones que cumplen respecto del Legislativo autonómico, bien distintas de las que corresponden al supremo órgano consultivo del Gobierno». La traducción de esa posición cualificada la concreta dicho autor en el carácter de «Ley institucional» de la norma de creación y de reforma del Consejo Consultivo, figura que aunque el autor reconoce que no tiene con carácter general una plasmación expresa en los ordenamientos autonómicos —TRUJILLO propone el caso de las «Leyes de desarrollo básico» del ordenamiento autonómico catalán— busca con ella un paralelismo con las leyes orgánicas que acaba situando a estos órganos en una suerte de «equivalencia perfecta» con el Consejo de Estado. Asimismo, trata con ello de remarcar la singularidad del órgano consultivo y de su régimen jurídico respecto de la genérica competencia de la Comunidad Autónoma en materia de organización²⁷, de cuyo seno puede surgir «otra clase» de órgano

²⁶ «La función consultiva en las Comunidades Autónomas», *D. A.*, núm. 226, 1991, págs. 156 y ss.

²⁷ *Idem*, pág. 162.

consultivo, pero no el tipo cualificado que es emanación directa del Estatuto de Autonomía; lo cual tendría como importante efecto práctico, según el propio TRUJILLO, que la Ley reguladora del Consejo con relevancia estatutaria quedaría dotada —utilizamos los conceptos de RUBIO LLORENTE²⁸— de una fuerza o resistencia pasiva que excluiría el juego del principio de prevalencia de la *lex posterior*, al producirse la concurrencia entre normas no homogéneas.

Siguiendo el camino trazado por TRUJILLO, RUIZ MIGUEL ha seguido ahondando en las diferencias a establecer entre los órganos consultivos con fundamento estatutario expreso y los de base estatutaria «indirecta o mediata», señalando como dato fundamental que los primeros son órganos de la Comunidad Autónoma mientras que los segundos lo son del Gobierno autonómico; además, gozan de autonomía orgánica y funcional fundamentada en el Estatuto, todo lo cual, según el autor, hace que sean «equivalentes al Consejo de Estado en cuanto a su organización y competencias»²⁹. Como conclusión inversa, afirma dicho autor que en el caso de otros Consejos —pone como ejemplo el Consejo Consultivo de Andalucía— la objetividad y la independencia no se hallan suficientemente aseguradas y ello aunque su Ley de creación proclame que «ejercerá sus funciones con autonomía orgánica y funcional para garantizar su objetividad e independencia», dado que al propio tiempo se define no como órgano consultivo de toda la Comunidad Autónoma, sino sólo del Consejo de Gobierno y de la Administración autonómicas; independencia que sí reconoce al Consejo balear dado que éste se define como el superior órgano consultivo de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares...³⁰

La Sentencia constitucional 204/1992 dejó resuelta definitivamente al menos esta cuestión, pues aunque califica al Consejo de Estado, como no podría ser de otra manera, como órgano con relevancia constitucional, no ha impuesto, sin embargo, el requisito de la estatutoriedad a los órganos consultivos autonómicos; antes al contrario, descarta cualquier especulación sobre este punto al declarar explícitamente que las Comunidades Autónomas pueden crear sus órganos consultivos en virtud de su genérica potestad de autoorganización. Por tanto, la distinción entre órgano consultivo con fundamento estatutario o no, como presunto criterio de homologación, podía tener sentido antes de

²⁸ «Rango de Ley, fuerza de Ley, valor de Ley» en *RAP*, núm. 100, vol. I, págs. 417 y ss.

²⁹ *Consejo de Estado y Consejos Consultivos...*, ob. cit., pág. 205.

³⁰ *Idem*, pág. 206.

recaer dicha Sentencia pero no después. Por consiguiente, a nada conduce seguir ahondando en esta dirección.

Pero dejando al margen esa ya desterrada virtualidad homologadora de la distinción entre órgano con fundamento estatutario expreso directo o indirecto, tampoco podemos dejar de señalar cómo en las opiniones doctrinales que se han expuesto existen no pequeñas dosis de voluntarismo, también de dogmatismo así como excesiva fe en la pura expresión formal de los preceptos legales. No es cuestión de salir al paso de todas y cada una de esas apreciaciones, pero creemos que hay que compensar ciertos excesos con alguna opinión por nuestra parte de corte mucho más relativizador.

En primer lugar hay que advertir que en ningún otro aspecto como en éste es más necesario distinguir entre las dos especies en que cabe dividir el género «órganos consultivos autonómicos». No es riguroso hacer confrontaciones entre el Consejo de Estado y el resto de los órganos consultivos como si éstos formaran un bloque de características homogéneas. Hay que tener presente que los Consejos Consultivos de Cataluña y de Canarias ejercen funciones de apoyo parlamentario, a diferencia de los demás órganos consultivos que al igual que el Consejo de Estado asesoran o controlan la acción ejecutiva o administrativa. Dichos Consejos, catalán y canario, representan el dato de la «relevancia estatutaria» y por añadidura fueron los primeros en constituirse, siendo referencia obligada para la doctrina y algo así como los ejemplos de un género, o sea, el de la función consultiva autonómica. Pero a estas alturas no es riguroso generalizar a partir de ese hecho.

Esa generalización produce sus distorsiones. Creemos que más que distinguir entre órganos con fundamento estatutario expreso o no, es más consecuente distinguirlos por el dato previo de la función que realizan. Esa cualificada función de insertarse en el proceso legislativo —en la que ni siquiera rivalizan con el Consejo de Estado— es la que propicia el hecho de su inclusión en el Estatuto pues parece claro que un órgano llamado a ejercer ese cometido no puede incardinarse ni orgánica ni funcionalmente en el Ejecutivo autonómico³¹. Esa función prelegislativa consti-

³¹ Certeramente señala FONT I LLOVET, T., que la función de dictaminar sobre la estatutividad de las leyes autonómicas, aun si se cumple antes de su aprobación, contiene necesariamente la expresión de un juicio de legitimidad que incide directamente sobre el procedimiento legislativo y, por tanto, afecta al ejercicio de la potestad legislativa por el órgano que la tiene atribuida constitucional y estatutariamente. Para que esto sea posible, desde un punto de vista organizativo, el Consejo consultivo debe situarse forzosamente a un nivel institucional equiparable al de la Asamblea legislativa... estimando el autor que estos órganos

tuye una especialidad, o un *plus* en el caso del Consejo Consultivo de Canarias (ya que éste ejerce también la función consultiva «ordinaria»). Siendo esto así no hay homogeneidad entre el papel de estos Consejos y los demás órganos consultivos; por tanto, la característica de la «relevancia estatutaria» no es en puridad un dato cualificante desde un punto de vista relativo ya que no opera sobre órganos con las mismas funciones; para aquéllos probablemente sea un requisito necesario para su propia existencia; para los demás órganos consultivos —incluido el Consejo de Estado— su condición de «relevante» o no es una nota contingente. No es razonable, pues, distinguir entre órganos consultivos de primera y segunda clase cuando los calificados como de primera lo son sobre la base del desempeño de funciones singulares no equiparables a lo que constituye el bloque típico de la función consultiva.

A nuestro juicio, no cabe desorbitar los efectos dimanantes de la relevancia constitucional o estatutaria de los órganos consultivos, máxime a la vista de cuáles son las previsiones concretas al respecto del artículo 107 CE y de los tres Estatutos que desde un principio contemplaron la creación de estos Consejos (Cataluña, Canarias y Extremadura).

En efecto, no cabe una «regulación» más parca³²; ninguna de esas normas fija la composición de los órganos —algo tan relevante para la independencia y solvencia técnica de los mismos—, ni establece su posición institucional concreta, ni otros «detalles» como podría ser el de su sede e incluso el de su *nomen* mismo (a excepción del Consejo de Estado, que este nombre recibe en el texto constitucional). Existe una remisión casi en bloque al legislador, que en el caso canario, por ejemplo, ni siquiera resulta vinculado por el Estatuto en cuanto a la decisión misma de crear o no el «organismo de carácter consultivo»³³. Por consiguiente, no creemos que deba

deben ocupar una posición autónoma e independiente dentro del sistema político estatutario de cada Comunidad Autónoma ya que es difícil concebir un órgano con este alto cometido integrado en la estructura organizativa de la Administración autonómica. «Los Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas», en *Las Cortes Generales*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1987, pág. 1202.

³² Además del artículo 107 de la Constitución, *vid.* los artículos 41 del Estatuto de Cataluña, 54 del de Extremadura y el primitivo artículo 43 del Estatuto canario que decía: *Por Ley del Parlamento Canario podrá crearse un organismo de carácter consultivo que dictamine sobre la adecuación al presente Estatuto de los proyectos o proposiciones de ley que se sometan al Parlamento, así como sobre las restantes materias que determine su ley de creación.*

³³ Las notables carencias del Estatuto de Canarias en cuanto a la «relevancia estatutaria» de su Consejo consultivo sólo recientemente han sido cubiertas en virtud de la reforma del Estatuto aprobada por Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre. Ahora su artículo 44 dice que 1. *El Consejo Consultivo de Canarias es el supremo órgano consultivo de la Comunidad Autónoma.*

extralimitarse el dato de la constitucionalización o de la estatutoriedad de dichos órganos más allá de lo que esas normas de cabecera garantizan en pureza.

Tampoco debe exagerarse el beneficio que deriva de la remisión a una ley cualificada —hecho éste que sólo es claro en el caso del Consejo de Estado— pues incluso en el supuesto de que esa ley exija una mayoría especial, como ocurre con la ley orgánica, tampoco ello supone una indefectible garantía de regularidad constitucional (o estatutaria, en su caso), y para dejar probado esto basta remitir a la jurisprudencia constitucional depuradora de no pocas leyes de esta clase. Por otra parte, tampoco cabría negar el carácter principal de una ley reguladora de Órgano consultivo «sin fundamento estatutario», pues es sumamente dudoso que la carencia de esa cualidad traiga como fatal consecuencia que la ley del órgano en cuestión quede absolutamente a merced de un mecanicismo ciego en la aplicación de las normas jurídicas en base al cual la norma posterior derogue inexorablemente a la anterior. Es bien sabido que esa regla no tiene carácter absoluto —punto éste que no podemos considerar aquí—; y si esta afirmación no se comparte tampoco veríamos la razón en base a la cual pueda sustentarse esa enorme fuerza pasiva o «resistencia» que se predica de esas leyes cualificadas —algunas con fundamentos superiores tan vagos— para no ser modificadas por otras leyes de su clase. Como es lógico, si esas leyes son en realidad sólo leyes ordinarias —por más contenido institucional que subyazca a las mismas— su resistencia a la derogación decae ostensiblemente dejando abierto al legislador una infinita gama de posibilidades, tan amplias como mínimas son las previsiones de las normas de cabecera.

Como hemos señalado, RUIZ MIGUEL lleva a extremo la distinción basada en el dato del «fundamento estatutario» haciendo depender del mismo la «equivalencia» de los órganos consultivos autonómicos con el Consejo de Estado, e incluso, llevado de un criterio interpretativo puramente nominalista, basa el veredicto nada menos que sobre la objetividad y la independencia de un órgano consultivo en el hecho de cómo lo defina su ley de creación, o sea, si como órgano de la Comunidad Autónoma —serían éstos los Consejos válidos— o del Ejecutivo autonómico —éstos serían los carentes de independencia—. Nos limitaríamos

Dictamina sobre la adecuación a la Constitución y al Estatuto de Autonomía de los proyectos y proposiciones de ley y restantes materias que determine su ley reguladora. 2. La ley garantizará su imparcialidad e independencia y regulará su funcionamiento y el estatuto de sus miembros. La evidente mejora que en tal sentido reporta la nueva redacción del Estatuto antes que desmentir viene a confirmar lo que decimos.

a disentir, sin más, de la opinión de RUIZ MIGUEL si no fuera por la extrañeza que producen tales conclusiones a la vista de su propio *excursus* sobre la gran diferencia de naturaleza que existe entre los genuinos órganos constitucionales³⁴ y los de «relevancia constitucional» o «auxiliares», cuyas atribuciones consultivas «se explican por el interés sectorial de la Administración pública», «por el interés de la legalidad de la acción administrativa» o por «una especialización técnica y división del trabajo»; en suma, por la «realización de “funciones” —que no “poderes”— que implican relación de auxilio y asistencia»³⁵; y, sobre todo, a la vista del juicio que le merece la deficiente forma en que el Consejo de Estado se halla establecido en la Constitución, «la cual no determina ni su composición, ni los órganos y métodos de designación de sus miembros, ni su *status* institucional, ni la relación precisa de sus competencias...»³⁶. Partiendo de esas consideraciones no se entiende bien la trascendencia que dicho autor extrae de la no «relevancia estatutaria» de un órgano autonómico en el sentido de no poder ser homologado al Consejo de Estado.

Como ya hemos dicho, el Tribunal Constitucional no exige la previsión estatutaria para la posible creación de un órgano consultivo equivalente al Consejo de Estado. En realidad no se refiere a la posición institucional de estos órganos, realizando por el contrario la dimensión objetiva de su función: la tutela de la legalidad y de los «derechos y legítimos intereses de quienes son parte de un determinado procedimiento administrativo». Ciertamente, no hubiera sido lógico que el Tribunal Constitucional montara sobre el dato de la «relevancia constitucional» un rasgo decisivo a efectos de la validación de órganos análogos, pues si las funciones del Consejo de Estado son perfectamente desempeñables por otros órganos —que es la tesis de la Sentencia— es obvio que el papel constitucional de aquél decae por más que nominalmente pueda seguir ostentando la condición de órgano «relevante».

³⁴ Señala RUIZ MIGUEL, C., que el genuino órgano constitucional ha de estar establecido y configurado directamente por la Constitución; ha de ser un componente fundamental de la estructura constitucional; ha de participar en la dirección política del Estado; ha de gozar de paridad de rango respecto a los demás órganos constitucionales. Tales notas —afirma el autor— no se dan en la figura del Consejo de Estado. *Consejo de Estado y Consejos Consultivos...*, ob. cit., pág. 90.

³⁵ *Idem*, pág. 92.

³⁶ *Idem*, pág. 90.

B) LA AUTONOMÍA ORGÁNICA Y FUNCIONAL

Dado que estas dos exigencias fundamentales se hallan al servicio de la independencia y objetividad que son la esencia y condición ineludible de estos órganos, bien puede comprenderse que en torno a ellas podría abordarse la práctica totalidad del régimen de los órganos consultivos, lo que sería propio de una monografía y no breve. Nuestro propósito no es ése y ni siquiera establecer de forma acabada en qué consista la autonomía orgánica y funcional —algo, por demás, muy difícil de fijar *a priori* con abstracción del caso concreto— sino, modestamente, orientar sobre el método a seguir para llegar a una decisión de tan graves consecuencias como la de determinar cuándo un órgano exhibe características que prueben su independencia y, por tanto, merezca el marchamo de validez que le permita sustituir al Consejo de Estado.

Ya hemos visto cómo el test de la comparación con el Consejo de Estado, que algunos autores siguen como método idóneo, lleva a resultados infructuosos e inaceptables. Valga reproducir como ejemplo las conclusiones de BLANQUER CRIADO, aunque sus tesis ya hayan quedado reflejadas a lo largo de estas páginas:

«El resultado de comprobar el encaje del modelo teórico en la realidad regional es desfavorable, por cuanto el régimen autonómico de la función consultiva superior hoy en día vigente implica una *ruptura clara y neta* de la imagen comúnmente aceptada de la función consultiva.

... Ninguno de los órganos consultivos superiores de las Comunidades Autónomas hoy en día constituidos respeta las exigencias constitucionales relativas a su composición, toda vez que no se garantiza una apariencia bastante de independencia frente a la autoridad consultante, ya que ésta puede renovar sucesivamente a los miembros de los órganos consultivos.

... La consecuencia práctica que se infiere de la argumentación aquí mantenida es que todas las decisiones adoptadas previo dictamen preceptivo de los órganos consultivos superiores de las Comunidades Autónomas hoy en día existentes son nulas de pleno derecho»³⁷.

Sentada ya nuestra discrepancia con la posición de dicho autor no vemos necesario refutar las graves conclusiones contenidas en el texto transcrito; aunque sí llamar la atención de que tales

³⁷ *Consejo de Estado...*, ob. cit., págs. 287, 288, 290.

son las consecuencias —lógicas en su contexto— a que lleva un planteamiento inicial incorrecto lo que, en puridad, hace más criticable el método que la conclusión, aunque ésta también sea inaceptable. Muy distinta ha sido la posición del propio Consejo de Estado en cuya Memoria de 1993 y al abordar el tema de la «equivalencia del órgano consultivo» (pág. 104) lo hace razonablemente, sin incurrir en maximalismos, llegando incluso a la constructiva conclusión (pág. 106) —que no nos resistimos a transcribir, por ilustrativa de su posición— de que «el Consejo de Estado se congratula de la creación de tales órganos autonómicos que, además de descargarle de algunas tareas, serán una valiosa referencia en el ejercicio de una función compartida, encaminada a velar, desde diferentes ángulos, por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico». Sobran los comentarios.

De entrada hay que señalar la imposibilidad de comparar en términos estrictos por la propia naturaleza de las cosas. Existe un factor condicionante de base y muchas irradiaciones consecuentes del mismo. En efecto, no por ocioso hay que olvidar un factor tan clave como el de la dimensión institucional, geográfica y el carácter central del Consejo de Estado. No podríamos analizar aquí todas las derivaciones cualitativas que se desprenden de ese hecho pero cualquiera es capaz de intuirlos sin más explicaciones. Ése es un hecho que posibilita la ostentación de unas características muy difíciles de cumplir al punto por cualquier otro órgano autonómico. Ciertamente, desde esa centralidad es perfectamente factible organizarse estableciendo un deslumbrante panel de consejeros, un *status* de vitalicios para los miembros de la Comisión Permanente, un estricto régimen de incompatibilidades para éstos, un cuerpo de letrados de lo más granado, etc., etc. Son, en suma, rasgos consecuentes al hecho de la capitalidad y, por tanto, de la convergencia de altos factores políticos, representativos, económicos, profesionales, etc. Ello sitúa al Consejo de Estado en un plano singular, dotado de una imagen prácticamente imposible para cualquier órgano autonómico.

Si esto es así pudiera pensarse que la solución es clara, es decir, que no hay órgano homologable al Consejo de Estado ya que todos los demás presentarían carencias en relación a ese modelo, lo cual revelaría por sí mismo que la función no se encontraría tan bien garantizada. Esto nos llevaría de nuevo a ese camino que no conduce a ninguna parte.

El hecho de que el Consejo de Estado cumpla los requerimientos constitucionales de autonomía orgánica y funcional que

aseguran su objetividad e independencia —así es, *iuris et de iure*, tras la STC 204/1992— implica que se dan en el mismo una serie de rasgos básicos que constituyen la plasmación concreta de unas exigencias que serían perfectamente explicables desde una perspectiva teórica, es decir, abstraídas de la contemplación de cualquier órgano consultivo incluido, claro es, el propio Consejo de Estado. Podríamos decir que el Consejo de Estado encarna o demuestra que en él se dan los requisitos para que un órgano pueda ser calificado como independiente. Ahora bien, que dicho Consejo cumpla efectivamente, y admitamos que con creces, con dichos requerimientos, no quiere decir que otros órganos no puedan igualmente cumplirlos aunque sea bajo otras formas o con otros medios o elementos o con otros recursos y, lógicamente, desde la adaptación necesaria a su propio contexto político y geográfico; en suma, con los medios jurídicos, personales y materiales que racionalmente estén a su alcance. No se trata, volvemos a repetir, de proporcionar argumentos favorables o justificativos de una función consultiva imperfecta, o sea, de buscar paliativos o indulgencias para una función que ya se reconozca deficiente de antemano «por mor de las circunstancias». Tratamos simplemente de decir que el cumplimiento de esa función, con toda la independencia y objetividad exigible —que es la cuestión sustantiva que realmente importa y que hay que proclamar como inalienable— no tiene que pasar necesariamente por el cumplimiento de las características del Consejo de Estado, sino por la vía del cumplimiento de los requisitos que dimanen de los propios conceptos de autonomía e independencia, lo cual es cosa distinta. Ello no quita que pueda admitirse que la vía más segura para lograr ese objetivo pudiera ser la imitación pura y simple de todas sus características.

Por consiguiente, es preciso quedarse con la esencia de lo que significa la autonomía orgánica y funcional y verificar directamente sobre un determinado órgano, sin dar otro rodeo, si éste cumple o no las exigencias. Para ello habrá que estar no sólo ante las declaraciones, a veces enfáticas, de los textos de las Leyes de creación de estos órganos, sino a una interpretación conjunta de las mismas; y ello, tanto para rebajar el valor de algunas de esas definiciones como para suplir *in melior* omisiones o defectos de aquéllas; así, p.ej., no puede tacharse el hecho de que un órgano consultivo no se proclame como órgano «de la Comunidad Autónoma», sino de su Gobierno —lo que para algunos significa lisa y llanamente la ausencia de independencia del órgano— si la lista de sus competencias demuestra que su intervención se extiende a todas las Administraciones de su

territorio, etc., etc. Por supuesto que tampoco cabe dejarse influenciar por el dato de las personas que eventualmente ocupen los cargos, ni tampoco por lo que resulte de los dictámenes, ya que éstos son hechos contingentes, transitorios, y carecen de valor definitorio.

Sin ánimo exhaustivo, puesto que no es objeto central de estas reflexiones, consideramos que es de esencia a la autonomía orgánica y funcional y, por ende, a la objetividad e independencia:

a) Un órgano colegiado institucionalizado específicamente para el ejercicio de la función consultiva, compuesto por un número de miembros que haga posible una amplia pluralidad de opiniones.

b) La autonomía orgánica, entendida como separación formal de cualquier otro órgano. La «no integración» en la Administración activa a la que se refiere el Tribunal Constitucional tiene ese alcance y no implica la prohibición de su encuadre en la estructura orgánica del Ejecutivo. No es necesario, pues, que la Ley defina al órgano como «de la Comunidad Autónoma» o que «no se integra en ningún órgano de la Comunidad Autónoma». Lo decisivo, a nuestro juicio, es que el órgano, desde esta perspectiva formal, tenga bien remarcada su característica de órgano separado y diferenciable del resto de la estructura administrativa o de otros órganos de cualquier naturaleza. Es preciso eliminar cualquier apariencia de subordinación jerárquica; y aunque esto tiene más que ver con la independencia funcional que con la orgánica, importa mucho que el órgano consultivo no sólo sea independiente sino que lo parezca.

c) Lo decisivo es la autonomía funcional, es decir, la inexistencia de lazos jerárquicos que influyan o mediaten la libertad externa e interna del órgano. Éste es el punto fuerte de la cuestión. Es crucial el dato de su alejamiento no sólo de la estructura jerárquica y por tanto de las tensiones, dirigismos e interesamientos que se producen en el seno de la línea burocrática; sino igualmente del procedimiento mismo. El órgano consultivo *no está* en el procedimiento sino que *aparece* en el mismo una vez que éste está instruido y se ha consumido ya toda la carga de presiones o interpretaciones acaecidas, permitiéndole mirar «desde fuera», desde una perspectiva de juridicidad prácticamente neta y por tanto desconocedora de noticias o apriorismos colaterales que enturbian más que ilustran la emisión de un juicio objetivo, lo que «desde dentro» puede presentar el aspecto de una maraña inextricable donde se confunden las razones

jurídicas, los criterios de oportunidad, la particular interpretación del interés público, cuando no las «razones de Estado».

d) Es fundamental que el órgano consultivo pueda desarrollar su función con sus propios medios personales y materiales sean «propios» o adscritos de una manera permanente o por un tiempo que permita hablar de integración en el propio aparato. No caben, por tanto, los auxilios esporádicos o transitorios que por su eventualidad condicionen el desenvolvimiento del órgano.

e) Que la relación con los órganos activos se efectúe de una manera solemne, formalizada, distanciada, no permanente y en relación con consultas concretas. Por ello, el cauce de expresión del órgano debe ser el formalizado dictamen, un signo externo llamado a evidenciar que el órgano consultivo no actúa por los modos de los órganos *staff on line*³⁸.

f) Que el órgano tenga carácter superior o supremo entre los demás órganos consultivos, es decir, que no puedan emitirse informes o dictámenes posteriores a su intervención, ya que este rasgo implica la prioridad de juicio que se reconoce al órgano y, por tanto, que no hay otro más cualificado para asegurar las garantías de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos.

g) Que sus miembros tengan asegurada una estabilidad en el cargo por un tiempo no menor al de duración del órgano competente para nombrarlos, ni que cesen automáticamente cuando dicho órgano lo haga. No debe considerarse una mácula ni mucho menos causa de descalificación el hecho de que los miembros puedan ser renovados. Por muchas suspicacias que ello pueda suscitar, no hay razón para entender que la renovación no pueda obedecer también a las excelencias demostradas por los que ejercen la función. Creemos que en plano *jurídico* no es posible razonar de otro modo aunque seamos conscientes de que tales razonamientos puedan ser tildados de ingenuos. Pero el problema es, repetimos, el de establecer parámetros de control *operativos*. ¿Invalidaría cualquier Tribunal un órgano consultivo sólo por la condición de sus miembros como reelegibles?...

h) Las causas de cese de los miembros deben estar objetivadas y el órgano consultivo debe intervenir de algún modo dando su parecer en cualquier procedimiento de cese.

i) La función debe ser incompatible con el ejercicio de cualquier otro cargo que por su propia naturaleza sea susceptible de perjudicar la autonomía orgánica y funcional del órgano, así como

³⁸ Imprescindible al respecto el estudio de GARCÍA DE ENTERRÍA, «Estructura orgánica y Administración consultiva», en su libro *La Administración española*, Edit. Alianza, Madrid, 1972, pág. 136.

la neutralidad, objetividad y juridicidad de sus dictámenes. Es muy difícil trazar la línea exacta de este régimen en sus bordes o confines. Ciertamente, cabe un régimen estricto de incompatibilidades —como es lógico, plenamente justificado en el caso de los Consejeros Permanentes, como ocurre en el Consejo de Estado— y un régimen menos estricto que sobre la base de unas incompatibilidades básicas —los supuestos más claros de personas que ostenten cargos representativos, pertenencia a órganos o entidades dependientes de la Administración activa, etc.— deba ser rellenado *ad casum* mediante la aplicación del sistema de abstención.

No creemos que el sistema de abstención deba ser proscrito por insuficiente. Ya hemos considerado esto en otro lugar³⁹; y volvemos a insistir que hay que ponderar esta cuestión con equilibrio y realismo porque en este caso lo mejor puede ser enemigo de lo bueno. Muy simplemente: si un cargo de este tipo, precario, no retribuido a un nivel que suscite la atracción de entregarse al mismo con absoluta exclusividad, conlleva además una incompatibilidad prácticamente total con otras actividades públicas o privadas incluso con posterioridad al cese en el cargo, las alternativas no parecen ser otras que las siguientes: o hay necesariamente que reestructurar el órgano, constituyendo a sus miembros en genuinamente *permanentes* —una exigencia que no constituye un requisito de la autonomía del órgano o la «garantía institucional» y que pasa por una decisión política propia de la Comunidad Autónoma— o la plantilla del órgano se cubre con personas dispuestas a asumir esa carga, bien por altruismo o por necesidad; lo cual, ante la posibilidad de que sea esto último lo que prevalezca, pone en serio peligro la exigencia constitucional de la «rigurosa cualificación técnica».

Posiblemente no llevemos razón en algunas de estas apreciaciones e incluso admitimos que sean vagas o incompletas. Lo que sí creemos es que sólo ésta puede ser la vía para ir depurando un conjunto de criterios objetivos, válidos por sí mismos y desprendidos de cualquier comparación con el Consejo de Estado para poder llegar a alguna solución práctica. Tómese, por tanto, la relación que antecede como un ejemplo del *modus operandi* más que como unas conclusiones acabadas de lo que debe ser un órgano consultivo «ortodoxo».

A nuestro juicio, en esa tarea de homologación por referencia a criterios objetivos —que no por comparación con el Consejo

³⁹ LÓPEZ MENUDO, F., «Los Consejos consultivos de las Comunidades Autónomas: composición y organización», en *Administración de Andalucía, Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 6, 1991, págs. 79 y ss.

de Estado— hay que combinar sabiamente dos elementos no siempre fáciles de distinguir. De una parte, la mayor rigurosidad en el cumplimiento de los requisitos esenciales de la autonomía orgánica y funcional; de otra, un criterio flexible a la hora de calibrar otros aspectos de esa autonomía que aunque importantes y merecedores de todo celo y perfeccionamiento, no constituyen por sí mismos elementos de juicio que aisladamente o en su conjunto puedan llegar alguna vez a constituirse en parámetros para determinar la legitimidad o validez de un órgano consultivo.

Una mayor exigencia o rigor sobre esos aspectos «secundarios» posiblemente no conduciría más que a la frustración e incluso al riesgo de estar manejando criterios sumamente discutibles e incluso arbitrarios. Esta es razón más que suficiente para abandonar ese método comparativo con el Consejo de Estado que algunos propugnan, pues ya en este terreno de los detalles comenzarían a aflorar criterios de comparación absolutamente resbaladizos que en unos casos seguirían operando en favor de la imagen del Consejo de Estado pero que también podrían perjudicarla en otros.

Así, puestos a sacar nuevas notas supuestamente caracterizadoras de la autonomía e independencia del Consejo podría destacarse su nivel de autonomía financiera, al tener la potestad de elaborar su Presupuesto, que figurará como una Sección dentro de los Presupuestos Generales del Estado (art. 26 LOCE), nivel superior, por tanto, al de otros órganos que sólo elaboran su Anteproyecto de Presupuesto; su competencia para proponer a aprobación el texto de su Reglamento Orgánico (Dis. Final 3.^a); su especial idoneidad, dada su composición, para expresar criterios de oportunidad o conveniencia; el rasgo exigido a su Presidente de tener experiencia en «asuntos de Estado»; y, por fin, resaltar el rasgo caracterizador por excelencia: la estabilidad en el cargo de los Consejeros Permanentes, dato éste que se suele ensalzar con evidente exceso⁴⁰ pues no parece correcto que una institución sea valorada por partes, por más que se diga que esa parte —la Comisión Permanente— es la que lleva el peso de su actividad jurídica, algo que siendo verdad tampoco lo es de manera absoluta.

Como es lógico, al hacer comparaciones no es correcto escoger previamente aquellos elementos que resultan favorables,

⁴⁰ Una valoración muy distinta de la categoría de Consejero Permanente está contenida en el Preámbulo de la Ley 4/1986, de 6 de julio, de creación del Consejo Consultivo de Canarias que declara «huir de las implicaciones del sistema de miembros permanentes y natos que, de algún modo, pueden petrificar la doctrina del Consejo, obstaculizando su adaptación a nuevas líneas políticas...»

como tampoco sería lícito sacar a relucir las presuntas máculas que el Consejo de Estado, como cualquier otro órgano creado o por crear, puede presentar en su composición y funcionamiento. Podrían apuntarse en este sentido algunos déficit de dicho órgano que en una clave de independencia perfecta tendrían que ser revisados; así, la designación gubernamental de la mayoría de sus miembros, la libre revocabilidad del cargo de Presidente, la ausencia de prohibición de la pertenencia de éste a un partido político o al menos con el desempeño de funciones directivas dentro del mismo, la inserción de miembros de la Administración activa a través de la categoría de los Consejeros natos, la reelegibilidad de los Consejeros electivos; el desequilibrio en favor de los juristas de los miembros del Pleno, cuando éste está llamado fundamentalmente a asesorar en asuntos de naturaleza política ⁴¹, etc.

C) LA RIGUROSA CUALIFICACIÓN TÉCNICA DEL ÓRGANO

Aun siendo éste un aspecto trascendental y aun estando exigido con la mayor nitidez por la STC 204/1992, poco más podemos añadir, en orden a lo que hemos pretendido demostrar, esto es, que el método comparatista es inviable y en este punto concreto imposible. De hecho, los autores que siguen el método de la comparación se quedan en consideraciones genéricas sobre las distintas categorías de Consejeros pero sin descender al detalle en los requisitos que se requieren para ostentar el cargo. Ciertamente, eso llevaría a un mundo de comparaciones imposibles por heterogéneas. Tampoco, que hayamos visto, se combate excesivamente contra las condiciones exigidas por las respectivas leyes de creación de los órganos consultivos para ostentar la calidad de miembros del mismo.

A nuestro juicio, es mucho más difícil crear la figura del «consejero idóneo» por vía comparativa que hacerlo desde una perspectiva abstracta o principal. El miembro de un órgano consultivo debe tener una cualificación técnica especial, acorde con la alta función que ha de desarrollar. No ha de estar provisto, pues, de las cualidades ordinarias que se presumen de la tenencia de un título o el ejercicio de una profesión, sino que ha de ser un sujeto destacado dentro de su oficio. Esta idea es la que trata

⁴¹ Es observación de PÉREZ TENESSA, A., «El Consejo de Estado. La sección en sede consultiva. El Pleno del Consejo de Estado», en *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988, pág. 1444.

de expresar el requisito de la «reconocida competencia», de haberse «distinguido como profesional o científico en el campo del Derecho», o el «prestigio» a secas, puesto que esta cualidad lleva implícita el reconocimiento. Aparte de esto no creemos que sea esencial la acreditación de un tiempo en el ejercicio de la actividad que habilita para acceder al cargo.

Contrariamente, es abrumadora la literatura que realza la importancia del Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado como fundamento de la garantía del rigor técnico y, por ende, el de la objetividad. Nada hemos de decir en contra de esa apreciación ni escatimaríamos ni un solo elogio a ese Cuerpo de Letrados. Pero la cuestión que aquí nos ocupa es otra, es decir, si el hecho de que el Consejo de Estado cuente con ese magnífico aparato de apoyo ello convierte este dato en un parámetro de control en razón al cual si un órgano consultivo carece de ese Cuerpo de Letrados no es posible considerar que ostenta la condición de un órgano *equivalente*. Sencillamente creemos que no, pues no es imaginable que el Tribunal que haya de tomar esa determinación lo haga en base a un elemento de la estructura interna del órgano cuya función es la de estudiar, preparar y redactar las propuestas de dictamen (art. 64 ROCE). Queremos dejar muy claro que esa labor es decisiva y quien lo negare estaría demostrando desconocer la dinámica interna de los órganos de esta clase y la importancia trascendental que tiene la buena preparación de un Dictamen; pero surge aquí una dificultad de principio para un explícito reconocimiento, en sede jurisdiccional, de dicha trascendencia como dato determinante, pues en cierto modo implicaría un oscurecimiento del papel de los genuinos miembros del órgano o de sus órganos colegiados mismos a los que hay que presumir *de iure* la posesión de una capacitación técnica nunca sustituida ni mejorada por su personal de apoyo. No consideramos, por tanto, una condición *sine qua non* la carencia de un Cuerpo de Letrados propio, aunque sí una adscripción de permanencia suficiente para no deteriorar el requisito de la autonomía funcional del órgano. No obstante, hay que postular un papel directo del órgano consultivo en el establecimiento de los criterios de valoración y en el proceso de selección de los Letrados. Es hasta comprensible que un sistema tal suscite toda suerte de sospechas o conjeturas acerca de la falta de independencia de los Letrados, por el riesgo de recibir por parte de la Administración activa a la que orgánicamente pertenecen premio o represalia en función de su «comportamiento». Sin prejuzgar sobre esa mala sospecha creemos, sin embargo, que en sede jurisdiccional decisoria ello no puede jugar como criterio apriorístico para deter-

minar ni la ausencia de la exigida idoneidad técnica ni la ausencia de autonomía funcional del órgano.

IV. CONCLUSIÓN

Las conclusiones que pudiéramos sentar van implícitas en la exposición de este modesto ensayo. Somos conscientes de que la sustancia que del mismo pueda extraerse es muy escasa, pero tampoco ha sido nuestro propósito realizar un estudio sustantivo sobre la naturaleza del Consejo de Estado ni de sus homólogos autonómicos, ni mucho menos comparar estas figuras. Hemos tratado de demostrar, aun a grandes rasgos, que el método comparativo que sólo en apariencia parece deducirse de la necesidad de que los órganos consultivos autonómicos sean «equivalentes» al Consejo de Estado no es viable.

Nos conformaríamos con que la vía aquí sugerida esclareciera cuál es el punto de partida de la labor que sin duda ha de proseguirse con unos estudios más concienzudos y asentados ya, sin titubeos, en la línea del método que estimamos correcto. Nos satisfaría haber acertado aunque fuese sólo en esto; y sobre todo si lo hemos podido hacer, en un tema tan delicado como éste, sin herir susceptibilidades y respetando a las Instituciones.

