

LOS CONSEJOS CONSULTIVOS COMO GUARDIANES DE LA AUTONOMÍA: BIBLIOGRAFÍA, JURISPRUDENCIA, DOCTRINA LEGAL Y PERSPECTIVAS

Carlos Ruiz Miguel*

Sumario

- I. Introducción. Planteamiento del problema
- II. El debate doctrinal anterior a la STC 204/1992
- III. La STC 204/1992: aportaciones y cuestiones abiertas
- IV. Las principales aportaciones doctrinales posteriores a la STC 204/1992
- V. El escaso desarrollo jurisprudencial posterior a la STC 204/1992
- VI. Los consejos consultivos como guardianes del Estatuto de Autonomía (y la Constitución) después de 2004
 - VI.1. La práctica desigual de los consejos consultivos como guardianes del propio Estatuto (y la Constitución)
 - VI.2. Los consejos consultivos como guardianes del Estatuto de Autonomía propio frente a los ajenos
- VII. Perspectivas. El nuevo Consejo Catalán de Garantías Estatutarias: del consejo al control
- VIII. Conclusión

* Carlos Ruiz Miguel, catedrático de derecho constitucional, Universidad de Compostela, Facultad de Derecho E-15706 Santiago de Compostela, carlos.ruiz@usc.es.

Artículo recibido el 5.05.2009. Evaluación ciega: 22.05.2009. Fecha de aceptación de la versión final: 15.06.2009.

I. Introducción. Planteamiento del problema

Para examinar el modo en que la jurisprudencia ha abordado la figura de los consejos consultivos en cuanto «guardianes de la autonomía» conviene partir de una idea básica, a saber, la distinción entre jurisdicción y función consultiva. A partir de esta distinción, se puede evaluar el modo en que se ha estudiado la interactuación entre ambas instituciones. Además, comprobaremos cómo la función consultiva ha ido conociendo un proceso, más que de descentralización, de centrifugación. Y, finalmente, comprobaremos cómo, nuevamente, los órganos consultivos se intentan convertir en órganos de control parajurisdiccionales.

1.1. En su momento tuve la oportunidad de examinar el problema de las semejanzas y diferencias entre la jurisdicción y la función consultiva.¹

Las semejanzas son básicamente dos. En primer lugar, tanto la jurisdicción como la consulta tienen un carácter rogado, es decir, se actúa a instancia de parte. El carácter rogado de la jurisdicción es claro y este carácter en relación con la consulta se aprecia en el brocardo latino «*ad consilium ne accesseris antequam voceris*». En segundo lugar, tanto en la consulta como en la jurisdicción se emiten «juicios».

Pero también existen diferencias. En primer lugar, en la jurisdicción existe una contradicción entre las partes del caso, algo que no se produce en la consulta, en la que no hay «partes». En segundo lugar, y quizá esta sea la diferencia fundamental, en la consulta el «juicio» emitido no tiene carácter obligatorio, carácter que sí está presente en el «juicio» emanado de la jurisdicción (lo que implica el efecto de «cosa juzgada»). En tercer lugar, existe otra aparente diferencia

1. Carlos Ruiz Miguel, «La función consultiva en el sistema interamericano de derechos humanos: ¿crisálida de una jurisdicción supra-constitucional?», en VV.AA: *Liber amicorum Héctor Fix Zermudío*, volumen II, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998, p. 1345-1363. Una versión ampliada de este trabajo se publicó en inglés: «Advisory Function in the Inter-American System of Human Rights. A comparative approach. The Chrysalis of a Supra Constitutional Jurisdiction?», en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, vol. 47 (1999), p. 15-33.

En el derecho romano se encuentra la cláusula «*ex consilio nemo obligatur*» (*Digesto* 17, 1, 2). En la Edad Media, con la recepción del derecho común encontramos textos de similar índole (Partida VII, título XXXIV, regla VI).

entre la consulta y la jurisdicción: la consulta tiene un carácter preeminente-mente técnico y abstracto, mientras que la jurisdicción en principio se lleva a cabo para resolver litigios concretos. Sin embargo, esto debe matizarse pues los *responsa* que emitían los juristas romanos de la república, si bien tenían un carácter técnico y abstracto en los que básicamente había un pronunciamiento sobre el «derecho» con independencia de los «hechos» y de la eventual prueba de los mismos, se emitían al hilo de casos concretos. En cuarto lugar, e íntimamente relacionado con lo anterior, mientras la consulta suele tener un carácter previo, la jurisdicción suele tener un carácter *a posteriori*. Esto también debe matizarse, sin embargo. Por un lado, ciertamente, la consulta se suele formular antes de que se llegue a producir un conflicto y, precisamente, con la intención de evitar ese conflicto (razón por la cual tiene un carácter abstracto y no concreto), pero la experiencia romana de los *responsa* y la posterior de los consejos nos revela que también puede solicitarse una consulta para resolver un litigio concreto ya existente. Por otro lado, existen casos en los que, a pesar no haberse llegado a producir un litigio concreto, puede existir una jurisdicción preventiva (el caso paradigmático hoy día sería el modelo francés de jurisdicción constitucional).

1.2. No es de extrañar, por tanto, que existan supuestos de órganos jurisdiccionales a los que se les atribuyen competencias consultivas: en este sentido se pueden explorar los antecedentes existentes en el derecho constitucional y en el internacional de competencias consultivas atribuidas a tribunales.² Pero, por otro lado, también a menudo la institución del consejo se ha transmutado en jurisdicción. ¿Se ha producido este fenómeno con la función consultiva, al paso que ésta se iba asumiendo por las comunidades autónomas? Esta sería, aparentemente, la eventual dirección que se pretendería dar a la función consultiva por algunos autores y por el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña. Pero veremos hasta qué punto es cierto, tras analizar el debate doctrinal, la evolución jurisprudencial y la práctica consultiva.

2. Ruiz Miguel, «La función consultiva en el sistema interamericano...», cit., p. 1348-1350 (competencias consultivas de tribunales constitucionales) y p. 1350-1356 (competencias consultivas de tribunales internacionales).

Estaríamos ante un caso de transformación de la *auctoritas* en *potestas*. Sobre ello, véase Manuel García Pelayo, «Auctoritas» (1969), en *Idea de la política y otros escritos*, Madrid, CEC, 1983, p. 154; Carlos Ruiz Miguel, *Consejo de Estado y Consejos Consultivos autonómicos*, Madrid, Dykinson, 1995, p. 7-8.

II. El debate doctrinal anterior a la STC 204/1992

La jurisprudencia constitucional sobre los consejos consultivos es ciertamente escasa y podríamos limitarla a dos sentencias: la STC 204/1992 y la 247/2007. El núcleo de las aportaciones doctrinales se puede clasificar según que se dicte antes o después de la STC 204/1992.

Antes de que se dictara la STC 204/1992, el debate sobre el papel de los consejos consultivos se vertebró en torno a dos cuestiones: en primer lugar, el alcance que tenía el art. 23.2 LOCE en relación con la supervisión por el Consejo de Estado de la legalidad de los reglamentos autonómicos; y en segundo lugar, la supervisión específica de la «estatutoriedad» y la «constitucionalidad» por parte de los órganos consultivos autonómicos.

II.1. El artículo 23.2 LOCE, en su redacción original hasta la modificación de 2004, disponía que el dictamen del Consejo de Estado:

«Será preceptivo para las comunidades autónomas en los mismos casos previstos en esta Ley para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes».

Esta normativa española iba mucho más allá que la italiana, donde se planteó un problema parecido. Mientras en Italia en un principio ni se permitía que las regiones acudiesen facultativamente al Consejo de Estado hasta que en 1980 se pasó a autorizar tal acceso, en España desde un principio se obligó a las CA a acudir al Consejo de Estado.

Esta disposición de la LOCE que comprendía en el ámbito consultivo del Consejo de Estado la actividad de las CA fue objeto de una intensa polémica en la que se puso incluso en tela de juicio la constitucionalidad del precepto mismo y condujo a la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC. En la fundamentación de las diversas posturas en torno a esta cuestión tuvo una enorme importancia la forma en que se calificase la naturaleza jurídica del Consejo, aunque no hubiese una correlación necesaria entre naturaleza jurídica y posición ante el art. 23.2 LOCE. Tres posiciones se dieron al respecto.

II.1.A. La primera, favorable a una *interpretación expansiva del precepto* y, por tanto, de la competencia del Consejo de Estado, tuvo su expresión en los trabajos de Rodríguez Oliver, Quadra-Salcedo, Gálvez Montes y Ruiz Miguel. Conviene notar que dos de estos autores (Rodríguez Oliver y Gálvez Montes) son letrados del Consejo de Estado y otro (Quadra-Salcedo) fue presidente del mismo. Sólo el cuarto autor no tenía una vinculación con el órgano cuya competencia defendía.

II.1.A.a. El trabajo de José María Rodríguez Oliver (1982) «Las competencias consultivas del Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas», publicado en la REDA, nº 33, 1982, p. 257 y ss. Este trabajo se reprodujo ulteriormente en otros dos lugares, en AV: *Homenaje a José Antonio García-Trevijano Fos*, Madrid, Colegio Universitario de Estudios Financieros - IEAL, 1982, p. 375 y ss.; y en AV: *Organización territorial del Estado*, vol. IV, Madrid, IEF, 1984, p. 2703 y ss.

Los argumentos son fundamentalmente tres:

- *Primero.* El Consejo es un órgano del Estado «de relevancia constitucional», y dado que según el art. 137 CE «el Estado se organiza territorialmente [...] en las comunidades autónomas que se constituyan» y que el 147 CE asegura que el Estado reconoce y ampara los estatutos de autonomía «como parte de su ordenamiento jurídico», puede estimarse que es lógico que el Consejo de Estado lleve a cabo su función consultiva en relación con esa parte del Estado que son las CA.
- *Segundo.* La función consultiva no es función decisoria y por tanto no afecta a la competencia decisoria autonómica exclusiva. Es más, el Consejo de Estado se constituye en garante de la autonomía pues en su función consultiva vela por el cumplimiento de la Constitución y de los estatutos de autonomía.
- *Tercero.* La intervención del Consejo de Estado tiene carácter insustituible por otro órgano (p. ej., un consejo consultivo autonómico), a menos que otra ley orgánica reforme lo dispuesto en la LOCE.

II.1.A.b. Por su parte, Javier Gálvez Montes (1985) expresó sus tesis en el «Comentario al art. 107 de la Constitución», en Alzaga, Óscar (dir.): *Comentarios a las leyes políticas de España*, t. VIII, Madrid, Edersa, 1985, p. 377 y ss. A su juicio, la Constitución ha previsto la transferencia a las CA de unas competen-

cias para cuyo ejercicio se requería el dictamen previo del Consejo de Estado. Sólo la concurrencia de una razón objetiva justificaría que se prescindiese de la garantía que el dictamen del Consejo de Estado supone para el interés público, pero esta razón no la advierte este autor. El hecho de que la garantía de la legalidad autonómica tenga que hacerse también por el Consejo de Estado es, según él, un planteamiento implícito en la CE que la LOCE explicita.

II.1.A.c. Tomás Quadra-Salcedo (1988) expuso sus tesis en una contribución al libro colectivo *Gobierno y Administración en la Constitución*, Madrid, IEF, 1988. Su trabajo, titulado «El Consejo de Estado en un Estado Social y Democrático de Derecho», apareció en el t. I, p. 207 y ss. Según Quadra-Salcedo esta interpretación del artículo 23.2 LOCE es compatible con el art. 148.1.18 CE porque la actuación de un órgano consultivo es algo íntimamente ligado con las bases del régimen jurídico y de la organización de las administraciones públicas, además de poder contemplarse desde la exigencia del procedimiento administrativo común.

Quadra-Salcedo, sin embargo, sí admite que un consejo consultivo autonómico pueda actuar para elaborar un dictamen preceptivo, p. ej., sobre reglamentos ejecutivos de las leyes correspondientes a materias de exclusiva competencia de las CA. Sin embargo, si el reglamento desarrollase directamente una ley estatal, el dictamen correspondería al Consejo de Estado en aras de una interpretación uniforme de la ley del Estado y del prestigio de la función consultiva que quedaría menoscabado si distintos órganos consultivos autonómicos emiten contradictorios pareceres.

II.1.B. La tesis restrictiva y, por tanto, favorable a la competencia de los consejos consultivos autonómicos para vigilar la legalidad estatutaria y autonómica tiene sus representantes más destacados en Trujillo Fernández, López Benítez y Muñoz Machado. Uno de ellos, Trujillo Fernández, era presidente del Consejo Consultivo de Canarias.

II.1.B.a. Gumersindo Trujillo Fernández (1986 y 1991) podríamos decir que es el primer autor que defiende la tesis de una lectura favorable a atribuir a los consejos consultivos autonómicos la tarea de velar por la legalidad en el ámbito autonómico. Parece que la primera vez que lo hizo fue en un dictamen elaborado por el Consejo Consultivo de Canarias del que fue ponente: el dictamen nº 18, de 30 de julio de 1986. De acuerdo con esta tesis, el art. 23.2 LOCE debe-

ría interpretarse en el sentido de que lo «básico» según el art. 149.1.18 CE sería que en materia de reglamentos ejecutivos debiera efectuarse una consulta con unas garantías, independientemente de si la evacua el Consejo de Estado u otro órgano *similar*.

La tesis de Trujillo modera otra tesis mucho más radical aparecida un año antes en una sentencia del Tribunal que consideraba (en relación con Cataluña) que, en las CA dotadas de órgano consultivo propio, no sólo se podía prescindir del dictamen preceptivo del Consejo de Estado, sino que la normativa autonómica podía establecer incluso que tampoco fuese preceptivo acudir al órgano consultivo propio. La argumentación de Trujillo fue acogida en sentencias posteriores del TS. De acuerdo con su tesis, el art. 23.2 LOCE sería constitucional, pero sólo sería aplicable a las CA que no tengan órgano consultivo propio.

Más tarde, Trujillo defenderá su posición en trabajos doctrinales. Entre ellos, el primero y más destacado fue su artículo «La función consultiva en las Comunidades Autónomas: sus órganos específicos y sus relaciones con el Consejo de Estado», *Documentación Administrativa*, nº 226, 1991, p. 153 y ss.

II.1.B.b. Miguel Bravo-Ferrer Delgado (1988) estudió la cuestión en su artículo «Consejo de Estado y Estado de las Autonomías», REDA, nº 60, 1988, p. 569 y ss. En su artículo, examina si el art. 149.1.18 permite justificar el art. 23.2 LOCE. Bravo-Ferrer ha distinguido dos cuestiones a este respecto. De un lado, si ese precepto puede amparar la imposición del dictamen del Consejo de Estado con carácter insustituible en la actividad autonómica y, de otro, si dicha norma puede imponer a las CA la creación de un órgano consultivo propio.

La primera cuestión, a su juicio, exige distinguir los casos en los que la consulta tiene por finalidad garantizar la objetividad de la actuación administrativa frente a los particulares, del resto de los supuestos en que el dictamen cumple otro objetivo. En los casos en que no se pretende, al menos directamente, la garantía del administrado, el dictamen del Consejo de Estado, según Bravo-Ferrer, pretende una fiscalización interna del procedimiento antes de que los actos puedan ser objeto de control externo y eso, a su juicio, implica que no estamos ante un supuesto de «procedimiento común de las administraciones». En los casos en los que se persigue la garantía del administrado, según Bravo-Ferrer, para

que reciba un tratamiento común, cree que la única garantía verdadera para obtener un tratamiento no discriminatorio, que no uniforme, es el recurso a las autoridades judiciales, garantía ésta que nunca podrá suplir el Consejo de Estado. Su conclusión es que el art. 23.2 LOCE sólo sería constitucional si se aplicara a los supuestos de legislación autonómica en materias delegadas o transferidas por la vía del art. 150.2 CE.

II.1.B.c. Mariano López Benítez (1989 y 1990) sigue la estela de las tesis radicales defendidas por la STS de 1985 antes citada. Lo hace en sus artículos «Nuevas consideraciones sobre la posición del Consejo de Estado en relación con las Comunidades Autónomas», REDA, nº 64, 1989, p. 609 y ss., y «En torno al artículo 44.1 del Estatuto de Autonomía de Andalucía», *Actualidad Administrativa*, nº 2, 1990, p. 145 y ss. En estos trabajos considera al Consejo de Estado como un órgano insertado en la Administración central del Estado, y estima que le es aplicable por analogía la doctrina que el TC (STC 277/1988) ha establecido, conforme a la cual el art. 149.1.18 CE no es título bastante para legitimar la inserción forzosa en el seno de la Administración autonómica de un órgano jerárquicamente dependiente de la Administración del Estado. La conclusión para este autor es que el art. 23.2 LOCE sería inconstitucional.

II.1.B.d. Santiago Muñoz Machado (1991) expone sus ideas sobre los consejos consultivos en su trabajo «La posición constitucional del Consejo de Estado y sus competencias consultivas en relación con las Comunidades Autónomas», *Actualidad Administrativa*, nº 6, 1991, p. 11 y ss. Este influyente autor profundiza en los argumentos de López Benítez insistiendo en que el art. 23.2 LOCE es inconstitucional.

En primer lugar, opina que la consulta preceptiva al Consejo de Estado incide en el orden de competencias porque a su juicio la atribución de competencias exclusivas equivale al ejercicio con monopolio *de las funciones públicas* correspondientes, es decir, con exclusión de otros poderes públicos y, por tanto, con exclusión también del Consejo de Estado. Esta postura fue adoptada por diversas sentencias del Tribunal Supremo.

En segundo lugar, ha combatido la posibilidad de considerar que la LOCE pueda formar parte del bloque de la constitucionalidad y, por tanto, deslindar las competencias del Estado y las CA.

II.2. Menos debate se produjo en torno al significado de atribuir a un consejo consultivo autonómico la competencia de supervisar la «estatutoriedad» y «constitucionalidad» de las normas legislativas o reglamentarias autonómicas. Las normativas de la mayor parte de los consejos consultivos les atribuyen la tarea de velar por la «observancia de la Constitución, del Estatuto de Autonomía y el resto del ordenamiento jurídico» (así, las leyes de los consejos de Cataluña, Canarias, Baleares, Andalucía, Comunidad Valenciana, Galicia, Murcia, Castilla-La Mancha, Navarra, La Rioja, Extremadura y Castilla y León). No lo establecía así expresamente la normativa que creó la Comisión Jurídica Asesora de Aragón ni la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno Vasco, ni la del Consejo Consultivo de Asturias.

El hecho es que, antes de que se iniciara debate doctrinal alguno, la legislación autonómica produjo la existencia de órganos que tenían asumida esa competencia. El primero fue el Consejo Consultivo catalán, creado por la Ley 1/1981, de 25 de febrero, que en su art. 8 disponía que el Consejo Consultivo de la Generalidad dictaminaría:

«1º. Sobre la adecuación al Estatuto de Cataluña de todos los proyectos y proposiciones de ley sometidos a debate y aprobación por el Parlamento de Cataluña, a iniciativa de dos grupos parlamentarios o de una décima parte de los diputados, o del Consejo Ejecutivo».

A partir de la aparición de este precepto se planteó un debate acerca de la naturaleza del Consejo Consultivo catalán. Por un lado, algunos autores defendían que el Consejo Consultivo catalán estaba más cerca de un órgano de control de la constitucionalidad que de un órgano consultivo; por otro, había autores que sostenían que seguíamos estando ante un órgano consultivo.

II.2.A. Entre los autores que defendían que este Consejo era algo más cercano a un órgano de control de la constitucionalidad se encontraban Muñoz Machado, Font Llovet y Trujillo.

Santiago Muñoz Machado (1984), en su magna obra *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, tomo II, Madrid, Civitas, sostenía que el Consejo Consultivo catalán se desvía del modelo del Consejo de Estado y «adquiere características muy próximas a las que tiene en la actualidad el Consejo Constitucional francés al dictaminar sobre la constitucionalidad de las leyes».

Tomás Font Llovet (1987), en su artículo «Los Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas», en VV.AA: *Las Cortes Generales*, t. II, Madrid, IEF, p. 1195 y ss., observa numerosos paralelismos de los consejos consultivos (en especial el catalán) no con el Consejo Constitucional como hacía Muñoz Machado, sino con el Tribunal Constitucional.

Siempre más prudente, Gumersindo Trujillo Fernández (1991), en su trabajo «La función consultiva en las Comunidades Autónomas: sus órganos específicos y sus relaciones con el Consejo de Estado», *Documentación Administrativa*, nº 226, p. 153 y ss., dice que los consejos consultivos (no sólo se refiere al catalán sino también al canario, del que era presidente) son un «híbrido a mitad de camino entre el Tribunal Constitucional y el Consejo de Estado».

II.2.B. Por contra, seguía manteniendo la naturaleza consultiva del órgano catalán Joan Botella Corral (1990), en «El Consejo Consultivo», en VV.AA: *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Barcelona, Institut d'Estudis Autònoms, p. 509 y ss., ya que, de una parte, en nuestro ordenamiento el control de constitucionalidad de las leyes es una función atribuida en exclusiva al Tribunal Constitucional; de otra, el Consejo Consultivo no es un órgano jurisdiccional: no emite sentencias, sino dictámenes que no tienen carácter vinculante.

III. La STC 204/1992: aportaciones y cuestiones abiertas

El origen de la STC 204/1992, de 26 de noviembre, está en una cuestión de inconstitucionalidad presentada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana sobre la supuesta inconstitucionalidad del art. 23.2 de la Ley orgánica 3/1980, del Consejo de Estado (LOCE), en relación con el art. 22.3 de la misma Ley, en cuanto pudiera vulnerar los art. 2, 137, 148.1.1, 107 y 153 CE.

En esta sentencia se abordan casi todas las cuestiones candentes de la polémica, si bien ciertos aspectos permanecen problemáticos.

III.1. La STC parte de unas claras premisas que zanján buena parte de la polémica doctrinal previa.

En primer lugar, el TC reitera que el Consejo de Estado es un «órgano consultivo de relevancia constitucional» al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece y que «no forma parte de la Administración activa», como decía López Benítez, sino que actúa con «autonomía orgánica y funcional en garantía de su objetividad e independencia». Se trata, por tanto, de un órgano del Estado, en modo alguno de la Administración central (FJ 2º).

En segundo lugar, rechaza el TC que la intervención del Consejo de Estado vulnere la autonomía, como sostenían López Benítez y Muñoz Machado, ya que permanece orgánicamente separado de la Administración autonómica y, sobre todo, no es un órgano dependiente del Gobierno, sino dotado de independencia funcional para la tutela de la legalidad y del estado de derecho (FJ 2º).

En tercer lugar, el TC, de forma contradictoria con su jurisprudencia emanada a propósito del Tribunal de Cuentas, niega expresamente que la ley orgánica prevista en el art. 107 CE sea una norma atributiva de competencias materiales del Estado (FJ 3º).

En cuarto lugar, en contra de lo defendido por Bravo-Ferrer, estima el TC que la intervención preceptiva del Consejo de Estado en relación con las CA se justifica en cuanto constituye un aspecto básico del régimen jurídico de las administraciones públicas o del procedimiento administrativo común por las distintas administraciones públicas, que es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.18 CE). El art. 23.2 LOCE concreta la normativa básica o procedimental común, de inexcusable observancia por las CA. Contra la tesis de Bravo-Ferrer, que distingue la función de garantía general de la de garantía del administrado, el TC sostiene que ambas están unidas.

III.2. A partir de ahí, el TC resuelve el problema directamente planteado y expone o sugiere otros problemas accesorios: *a*) la intervención del Consejo de Estado para dictaminar la legalidad de la potestad reglamentaria autonómica; *b*) qué espacio deja la Constitución para configurar un órgano consultivo autonómico más allá de la competencia de dictaminar los reglamentos ejecutivos; *c*) si se requiere fundamento estatutario expreso para crear un consejo consultivo autonómico, y *d*) la posibilidad de que existan dictámenes vinculantes.

III.2.A. La primera cuestión es la de la intervención del Consejo de Estado para dictaminar la legalidad de la potestad reglamentaria autonómica (el obje-

to directo de la cuestión de la constitucionalidad del art. 23.2 LOCE). En este punto el TC siguió el criterio que ya antes consagró el Tribunal Supremo en algunas sentencias al abordar la cuestión, principalmente la STS de 20 de enero de 1992. La idea es que este precepto era plenamente válido en aquellas CA que no contaran con sus propios órganos consultivos.

Ahora bien, el establecimiento de órganos consultivos autonómicos tenía que presentar determinadas garantías. Así, para que pudieran sustituir al Consejo de Estado en su función, tales órganos debían ser:

«Equivalentes al Consejo de Estado en cuanto a su organización y competencias, siempre que éstas se ciñan a la esfera de atribuciones y actividades de los respectivos gobiernos y administraciones autonómicas [...] y debían estar] dotados de las características de organización y funcionamiento que aseguren su independencia, objetividad y rigurosa cualificación técnica» (FJ 4º).

Donde tales órganos no existan, las garantías procedimentales exigen mantener la intervención preceptiva del Consejo de Estado, en tanto que órgano al servicio de la concepción global del Estado que la Constitución establece (FJ 5º).

III.2.B. La segunda cuestión es la de qué espacio deja la Constitución para configurar un órgano consultivo autonómico más allá de la competencia de dictaminar los reglamentos ejecutivos. Es una de las cuestiones que deja aquí abiertas el TC.

Esta sentencia no dice nada acerca de la posibilidad de que los consejos consultivos autonómicos asuman otras competencias además de las que ejerce el Consejo de Estado en el nivel nacional. El Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979, en su art. 41, preveía la creación de un Consejo Consultivo que dictaminara sobre la adecuación al Estatuto de los proyectos o proposiciones de ley catalanas. Era esta una competencia que no tenía asumida ningún órgano ni del Estado ni de la Comunidad Autónoma. Aquel precepto no fue recurrido ante el TC. No obstante, dado que al dictar esa sentencia el TC conocía perfectamente la regulación de los consejos consultivos catalán y canario, parece que habría introducido algún tipo de censura *obiter dictum* si hubiese estimado que las competencias que se les atribuyeron no eran conformes a la Constitución.

III.2.C. La sentencia constitucional no precisa si se requiere fundamento estatutario expreso para crear un consejo consultivo autonómico, aunque parece dar a entender que ello es posible gracias a la competencia genérica de autoorganización (art. 148.1.1 CE). Como veremos, en 2007 el TC confirmó que bastaba la competencia de autoorganización para crear un consejo consultivo.

III.2.D. La sentencia del TC plantea, sin embargo, una duda importante. En un determinado pasaje parece admitir *expressis verbis* la posibilidad de que existan dictámenes vinculantes, ya del Consejo de Estado, ya de un consejo consultivo autonómico, sobre la materia que sea (FJ 4º). Esta posibilidad creemos que debiera haber sido rotundamente rechazada. No es este el lugar de repetir una argumentación ya formulada en otra parte. Basta decir, muy sintéticamente, que un dictamen vinculante convierte al órgano supuestamente «consultivo» en «codecisor» y contradice el principio básico de la función consultiva: «*nemo ex consilio obligatur*».³

Para darse cuenta de la trascendencia de esta cuestión baste pensar en lo que ocurriría si se estableciese el carácter vinculante de los dictámenes sobre la «estatutoriedad» de los proyectos o proposiciones de ley autonómicas.

IV. Las principales aportaciones doctrinales posteriores a la STC 204/1992

IV.1. Después de dictada la STC 204/1992 aparecen tres (cuatro) libros dedicados a debatir la solución dada por el TC a la duda sobre la constitucionalidad del art. 23.2 LOCE y el papel que podían jugar los consejos consultivos autonómicos.

IV.1.A. El primer libro, desde la perspectiva de la cronología editorial, es el de David Blanquer Criado (1994), *Consejo de Estado y autonomías: la función consultiva como garantía de los ciudadanos y de la autonomía local*, Madrid, Tecnos. Partiendo del criterio establecido por la STC 204/1992 de que, para que un órgano autonómico pueda sustituir la función consultiva que produce el Consejo de Estado, tiene que ser «equivalente» en su organización y funcionamien-

3. Ruiz Miguel, *Consejo de Estado y Consejos Consultivos autonómicos*, cit., p. 150-154.

to, el autor realiza una comparación entre el Consejo de Estado y los órganos consultivos autonómicos para concluir que ninguno de ellos es «equivalente» y, por tanto, todos los actos dictaminados por ellos estarían viciados de nulidad.

IV.1.B. El segundo libro, que editorialmente aparece apenas dos meses después, pero que fue escrito en 1992 y quizá sea cronológicamente previo al antes citado, es el de Carlos Ruiz Miguel (1995), *Consejo de Estado y Consejos Consultivos autonómicos*, Madrid, Dykinson.

En la materia que nos ocupa, este libro se articula en dos direcciones. Por un lado, se abunda en el debate sobre la constitucionalidad del art. 23.2 LOCE, replicando las posiciones de los autores que negaban la misma con argumentos adicionales a los ofrecidos en la STC 204/1992. Por otro lado, también se dedica a examinar los consejos consultivos autonómicos a la luz del criterio establecido en la STC 204/1992, pero con una conclusión en parte diferente a la de Blanquer. A juicio de Ruiz Miguel, entre los órganos consultivos autonómicos existentes en el momento de la publicación de su obra, los consejos consultivos de Cataluña y Canarias ofrecían garantías «equivalentes» a las del Consejo de Estado, pero no así otros órganos que ya se habían creado o estaban en ciernes (Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, Consejo Consultivo de Baleares, Consejo Consultivo de Andalucía y Consejo Consultivo de Galicia).

IV.1.C. El tercer libro, y el más voluminoso de los tres, es el de Gerardo García Álvarez (1996), *La función constitucional del Consejo de Estado*, Barcelona, Cedecs. Este libro, aunque centrado en el Consejo de Estado, no deja de tocar también la cuestión de los consejos consultivos autonómicos y, en este punto, sus conclusiones son bastante convergentes con las de Ruiz Miguel, criticando las de Blanquer. El mismo autor publicó otro libro que no trataba de la cuestión de los consejos consultivos autonómicos, *Función consultiva y procedimiento (régimen de los dictámenes del Consejo de Estado)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

IV.2. Junto a estos libros se publicaron artículos de revista que discutieron algunas de las tesis formuladas en los libros antecitados. Yo destacaría el de Francisco López Menudo (2006), «El Consejo de Estado como presunto modelo de los órganos consultivos autonómicos», *Documentación Administrativa*, nº 244-245. La tesis es que el Consejo de Estado no debería ser la referencia para examinar la organización y competencias de los consejos consultivos autonómicos. Algo, a mi juicio, difícil de defender cuando el propio TC exigía que hubiera una

«equivalencia» de los consejos consultivos... *con el Consejo de Estado*. Recordemos que el TC dijo, textualmente, que para que pudieran sustituir al Consejo de Estado en su función tales órganos debían ser «equivalentes al Consejo de Estado en cuanto a su organización y competencias». Si esto es así, resulta de todo punto inaceptable afirmar que el Consejo de Estado no debe ser la referencia para examinar la organización y competencias de los consejos consultivos autonómicos. Creo que no es irrelevante decir que en el momento en que López Menudo publicaba su tesis era miembro del Consejo Consultivo de Andalucía.

IV.3. El debate fue zanjado por el legislador en 2004, después de la llegada al poder de Rodríguez Zapatero, al modificar el art. 23.2 LOCE. Pero, a mi juicio, el resultado es insuficiente porque esta reforma se aleja de lo que dispuso el TC. La Ley orgánica 3/2004, de reforma de la LOCE, dio una nueva redacción al art. 23.2 LOCE y cambió su numeración (pasó a ser el art. 24.2). El texto quedó así:

«El dictamen [del Consejo de Estado] será preceptivo para las comunidades autónomas que carezcan de órgano consultivo propio en los mismos casos previstos por esta ley orgánica para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes».

De esta forma, el legislador prescinde, totalmente, de la exigencia del TC de que para que un consejo consultivo supla válidamente al Consejo de Estado tenga que ser «equivalente» en su organización y funcionamiento. La «descentralización» de la función consultiva, determinada por imperativos de cierta «calidad», deja paso a la pura y simple centrifugación consultiva.

V. El escaso desarrollo jurisprudencial posterior a la STC 204/1992

A pesar de que son varias las cuestiones que dejó abiertas la STC 204/1992, lo cierto es que después de la misma se han producido escasos pronunciamientos judiciales. No obstante, ha habido algunos, tanto por parte del TC como del TS.

V.1. STC 4/1993, de 14 de enero

Como se ha comentado, la STC 204/1992 consideraba que la sustitución del Consejo de Estado por un órgano consultivo autonómico sólo era cons-

titucionalmente lícita cuando éste último era «equivalente» al Consejo de Estado.

El asunto resuelto en esta sentencia es un conflicto positivo de competencias promovido por el Gobierno de la Nación en relación con el Decreto 38/1987, de 7 de abril, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias, por el que se modifica el Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Consultivo de Canarias. El antedicho decreto contenía una disposición transitoria por la que se convocaban «pruebas restringidas» para quienes ocupaban provisionalmente ciertas plazas en el Consejo Consultivo, por tanto, sin haberse sometido a una convocatoria pública y abierta.

El TC resolvió que el art. 19.1 de la Ley 30/1984, de medidas de reforma para la función pública, que prohíbe las pruebas restringidas, tiene carácter básico. En consecuencia, el TC anuló la norma canaria autonómica por contravenir la norma estatal española.

En definitiva, aun sin citarla, se está aplicando la doctrina de la STC 204/1992, al exigir que los consejos consultivos estén «dotados de las características de organización y funcionamiento que aseguren su independencia, objetividad y rigurosa cualificación técnica».

V.2. STS de 2 de febrero de 1995 [Ar. 1092]

En esta sentencia, también referida a Canarias, el TS resolvió que no era conforme a la ley la atribución de ciertas competencias consultivas a los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, pues no satisfacían los criterios de objetividad e independencia que postulaba la STC 204/1992 para los consejos consultivos autonómicos.

A mi juicio, aunque el objeto de esta sentencia eran los Servicios Jurídicos de Canarias, lo que estaba detrás era el problema de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña. En efecto, en Canarias existía (y existe) un Consejo Consultivo que tiene una organización y funcionamiento que algunos consideramos como «equivalente» al del Consejo de Estado y que ha asumido las competencias que lleva a cabo éste. El problema es que en Cataluña el grueso de las competencias que corresponden al Consejo de Estado no fue atribuido al Consejo Consultivo (que es

el órgano cuya organización y funcionamiento tiene más garantías), sino a la Comisión Jurídica Asesora, que en su organización y funcionamiento no reunía el mismo nivel de garantías, como en su momento argumenté.⁴

V.3. La STC 247/2007, de 12 de diciembre

Esta es una sentencia importante pues es la que se dictó en un recurso contra el nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. Aunque la resolución se dicta para juzgar la constitucionalidad de un precepto del Estatuto valenciano referido al agua, se refiere *obiter dicta* a los consejos consultivos, aunque esa breve referencia tenga interés.

Esta sentencia contiene este pronunciamiento:

«Sin embargo, la organización institucional a la que se refiere el art. 147.2.c CE no la hemos considerado reducida a las instituciones expresamente contempladas en el citado art. 152.1 de la Constitución. En este sentido, hemos considerado lícita en la perspectiva constitucional la regulación en el Estatuto de Autonomía del Síndic de Greuges (STC 157/1988, de 15 de septiembre) y también de la Sindicatura de Cuentas (STC 187/1988, de 17 de octubre, y 18/1991, de 31 de enero) o de que puedan serlo los *consejos consultivos de las comunidades autónomas* (STC 204/1992, de 26 de noviembre). En todos estos supuestos se trata de instituciones no previstas constitucionalmente, aunque algunas de ellas se incluyeran ya en los primeros estatutos de autonomía (art. 35 y 42 EAC 1979). En todo caso, *hemos considerado que es suficiente la cobertura implícita que ofrece la potestad autoorganizatoria de las comunidades autónomas* (STC 204/1992, de 26 de noviembre, FFJJ 3, 4 y 5) *para posibilitar que aquéllas puedan crear dichos órganos u otros similares y, por tanto, incluirlos en sus estatutos, siempre que ello se realice «dentro de los términos» de la Constitución (art. 147.1 CE), es decir, siempre que su regulación concreta no infrinja las previsiones constitucionales»* (FJ 12).

Esta STC 247/2007 aclara dos cuestiones que sólo se sobreentendían en la STC 204/1992. En efecto, este pronunciamiento deja claro, en primer lugar, que es conforme con la Constitución crear consejos consultivos sin previsión estatutaria (algo que, aun no dicho claramente, se daba a entender y originó el surgimiento de consejos consultivos en todas las CA). Además, en segundo lugar, tam-

4. Ruiz Miguel, *Consejo de Estado y Consejos Consultivos autonómicos*, cit., p. 258-259.

bién deja claro que las competencias de estos órganos pueden ser muy amplias en tanto en cuanto no infrinjan las previsiones constitucionales. En este sentido podemos interpretar que se admite la posibilidad de que un consejo consultivo emita dictámenes sobre la «estatutoriedad» de una norma autonómica.

V.4. STS (Sala 3ª) de 23 de abril de 2007

En esta sentencia el TS desestima el recurso de casación promovido frente a la sentencia del TSJ de Galicia que anuló el Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 30 de julio de 2002 por el que se aprobaba la modificación de la relación de puestos de trabajo del Consejo Consultivo de Galicia. Ambas sentencias (la del TSJ y la del TS) anulan dicho acuerdo en cuanto al apartado que establece el sistema de libre designación para la provisión de los cuatro nuevos puestos de secretarios/as de *conselleiros*. Es un caso con bastantes similitudes, en cuanto al fondo, con el supuesto juzgado en la STC 4/1993: allí la norma impugnada era un decreto del Gobierno de Canarias, aquí un acuerdo del Ejecutivo gallego.

Se trataba, como en aquel caso, de aplicar la doctrina de la STC 204/1992, al exigir que los consejos consultivos estuviesen «dotados de las características de organización y funcionamiento que aseguren su independencia, objetividad y rigurosa cualificación técnica», aunque la STS no aluda a la misma ni utilice sus términos.

VI. Los consejos consultivos como guardianes del Estatuto de Autonomía (y la Constitución) después de 2004

El proceso de elaboración de nuevos estatutos desencadenado tras la llegada de Rodríguez Zapatero a la presidencia del Gobierno ha ofrecido la posibilidad de ver cómo los consejos consultivos llevaban a cabo su tarea de «guardianes del Estatuto de Autonomía» y de la Constitución.

La práctica consultiva nos lleva a distinguir dos tipos de supuestos. En primer lugar, el caso de los dictámenes en los que un consejo consultivo tiene ocasión de examinar un estatuto que afecta a su propia Comunidad Autónoma. Y, en segundo lugar, el supuesto en el que el dictamen de un consejo consultivo argumenta sobre la defensa del Estatuto de Autonomía de su CA frente al Estatuto de Autonomía de otra CA que se halla en proceso de elaboración. Los prime-

ros son dictámenes «previos» y, por eso mismo, «preventivos». Los segundos son dictámenes *a posteriori* y tienen un objetivo «depurativo».

VI.1. La práctica desigual de los consejos consultivos como guardianes del propio Estatuto (y la Constitución)

Los consejos consultivos han tenido ocasión de pronunciarse sobre el nuevo proceso estatutario. En unas ocasiones se han pronunciado sobre los nuevos estatutos de autonomía que se estaban tramitando en sus propias comunidades autónomas (Cataluña, Andalucía); en otros casos, sobre reformas de los estatutos existentes (Castilla y León); y, finalmente, sobre cuestiones suscitadas ante una eventual reforma (Galicia, Asturias, Canarias). La competencia para pronunciarse era discutible en algún caso. La *Revista Española de la Función Consultiva*, en un número extraordinario del año 2007, reproduce el texto íntegro de todos estos dictámenes, que son los siguientes, por orden cronológico:

Dictamen 269/2005, de 1 de septiembre, del Consejo Consultivo de Cataluña, sobre la propuesta de proposición de Ley orgánica por la que se establece el Estatuto de Autonomía de Cataluña y se deroga la Ley orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

Dictamen 782/2005, de 26 de enero de 2006, del Consejo Consultivo de Galicia, consulta facultativa sobre determinados aspectos atinentes a la reforma del Estatuto de Galicia.

Dictamen 72/2006, de 10 de marzo, del Consejo Consultivo de Andalucía, Proposición de reforma (*sic*) del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

Dictamen 68/2006, de 30 de marzo, del Consejo Consultivo de Canarias, sobre la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias.

Dictamen 93/2006, de 15 de junio, del Consejo Consultivo de Asturias, evacuando consulta facultativa sobre reforma del Estatuto de Autonomía.

Dictamen 713/2006, de 14 de septiembre, del Consejo Consultivo de Castilla y León, en relación con la reforma de la Ley orgánica 4/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

VI.1.A. En los casos en los que han tenido ocasión de pronunciarse sobre los *nuevos* estatutos (ha sido en Cataluña y Andalucía, pues en el nuevo Estatuto de Aragón no me consta que haya habido pronunciamiento de la Comisión Jurídica Asesora y tampoco lo ha hecho el Consejo Consultivo valenciano en el «nuevo-reformado»⁵ Estatuto valenciano), a mi juicio, la tarea de los consejos consultivos, en cuanto «guardianes» de la «autonomía» y de la Constitución, puede calificarse como decepcionante.

Por un lado, los consejos consultivos no supieron ser verdaderos guardianes del Estatuto. Y es que, en estos supuestos, no estábamos ante auténticas «reformas» de los estatutos de autonomía. Que no se trataba de reformar el Estatuto existente, sino de derogarlo para elaborar uno nuevo, estaba claro en el título original de la iniciativa catalana (que se modificó en el curso del procedimiento). En el caso andaluz, aunque el contenido era inequívoco, el nombre de la iniciativa no se correspondía con el mismo. En su momento tuve ocasión de explicar algo, a mi juicio, elemental: que en técnica normativa «derogar» no es lo mismo que «reformar». En consecuencia, no es lo mismo elaborar un nuevo estatuto derogando el anterior, que «reformar» un estatuto subsistente.⁶ La conclusión es que, en estos casos, los consejos consultivos no quisieron (sería más exacto que decir que no supieron) defender el Estatuto de Autonomía entonces vigente, que no preveía otra cosa que no fuera su *reforma*.⁷ Por ello resultan más que cuestionables, a mi juicio, los dictámenes de estos consejos consultivos que, en este punto, creo que no llevaron a cabo la oportuna defensa de un estatuto –el vigente– que los nuevos textos se proponían derogar.

Pero es que, además, opino que tampoco consiguieron ser guardianes de la Constitución pues, como he argumentado, el art. 152.2 CE sólo permite «modi-

5. El caso de Valencia puede calificarse como de «esquizofrenia legislativa». La LO 1/2006, en su título y en su contenido, dice que es de «reforma de la Ley orgánica 5/1982», pero resulta que contiene una disposición derogatoria que dice: «Queda derogada la Ley orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana».

6. Me remito a lo que dije en mi trabajo «El Estatuto de Galicia: ¿reforma? ¿necesaria?», en Vicente Garrido Mayol (dir.), *Modelo de Estado y Reformas de los Estatutos*, Valencia, Fundación Manuel Broseta, 2007, p. 351-356.

7. En su análisis del dictamen, no repara en este punto Ferran García i Mengual, «La constitucionalidad de la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña: consideraciones del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya», *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 4 (2005), p. 275 y ss.

ficar» los estatutos, pero no elaborar nuevos estatutos por un procedimiento que no sea el del art. 151.1.⁸

Por lo que respecta a Cataluña, el Consejo Consultivo, competente para conocer sobre «proposiciones de leyes del Parlamento de Cataluña» y velar por la «estatutoriedad» de las leyes «del Parlamento de Cataluña», no tuvo empacho en declararse competente para conocer de una iniciativa que ni era una proposición de «ley del Parlamento de Cataluña» (puesto que era una proposición de ley orgánica de las Cortes Generales), ni respetaba el Estatuto (puesto que se proponía derogarlo).

A este respecto, en primer lugar, resulta especialmente llamativo que el FJ 1º del dictamen del Consejo catalán establezca como premisa sobre la que debe elaborar su consulta:

«La propuesta de proposición de Ley orgánica por la que se establece el Estatuto de Autonomía de Cataluña y *se deroga* [cursiva mía] la Ley orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, del Estatuto de Autonomía de Cataluña (en lo sucesivo Propuesta de reforma)».

Digo que esto resulta especialmente llamativo porque el Consejo Consultivo, como he dicho, no se cuestiona en ningún momento si es posible *derogar* el Estatuto de 1979.

En segundo lugar, por otro lado, y como acertadamente expuso en su voto particular el consejero Vernet i Llobet, resultaba más que cuestionable la competencia del Consejo Consultivo para emitir el dictamen, puesto que este texto sometido a consulta es una «proposición de ley de las Cortes Generales» y no una «proposición de ley del Parlamento de Cataluña». Con lo cual existe otro motivo para cuestionar la actuación del Consejo Consultivo como «guardián» de la «estatutoriedad».

En cuanto al Consejo Consultivo de Andalucía, el reproche es similar. Su dictamen dice (FJ II.1):

8. *Ibidem*. El ATC 44/2005 no resuelve la cuestión que se plantea aquí, a saber, si hubiera sido constitucional volver a hacer un nuevo estatuto (por tanto, no proceder a una falsa reforma) siguiendo el procedimiento del art. 151.1 CE.

«Al versar la consulta sobre una proposición de *reforma* estatutaria, no cabe obviamente un examen de legalidad, ni tampoco existen parámetros estatutarios que observar (salvo los preceptos que tienen que ver con el procedimiento de *reforma*), pues lo que se *reforma* es justamente el Estatuto de Autonomía. Por ello, el presente dictamen tiene como objetivo básico e ineludible la verificación de la constitucionalidad de las disposiciones contenidas en dicha propuesta, puesto que como ha sentado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 99/1986, de 11 de julio, el único parámetro para enjuiciar la validez constitucional de una disposición incluida en un Estatuto de Autonomía es la propia Constitución».

En efecto, si el Consejo andaluz tenía como misión velar por el cumplimiento, no sólo de la «Constitución», sino también del «Estatuto de Autonomía» (art. 1 de la Ley 8/1993, del Consejo Consultivo de Andalucía), debía verificar si la iniciativa sometida a su consideración era verdaderamente una «reforma» que, por tanto, respetaba la esencia del «Estatuto de Autonomía» que, reformado, debía subsistir. No lo hizo así el Consejo andaluz.

VI.1.B. Contrasta esto con lo que ocurre en los lugares en los que lo que se sometía al Consejo Consultivo era una verdadera *reforma*. Este fue el caso de *Castilla y León* y *Canarias*.

En el caso de Canarias, el Consejo Consultivo censura una de las disposiciones que se someten al mismo en el proyecto de reforma precisamente por intentar reformar el precepto por el que se rige la propia reforma. El art. 64.2 del vigente Estatuto de Canarias, que regula el procedimiento de reforma, dice que «si las Cortes Generales, durante la tramitación parlamentaria, modificaran sustancialmente la reforma propuesta, se devolverá al Parlamento de Canarias para nueva deliberación». El art. 2 de la Propuesta de reforma presentada intentaba definir, por parte del propio Parlamento canario que hace la propuesta, los aspectos de la misma que deben considerarse «sustanciales».

El Consejo Consultivo canario, con buen criterio y en su función de guardián del Estatuto, declaró (fundamento III.5) que este precepto no era procedente ya que:

«La Propuesta de reforma no puede ordenar la tramitación de la misma ni puede contener una norma dirigida a regular su propio procedimiento de aprobación».

VI.1.C. A estos casos cabe añadir los de *Galicia* y *Asturias*. Allí no se presentó formalmente una propuesta de «reforma» del Estatuto, sino que lo que se hizo fue preguntar al Consejo Consultivo sobre la constitucionalidad de eventuales contenidos. En el caso de Galicia y Asturias no hay pronunciamientos expresos sobre cuestiones de «estatutoriedad».

Sin embargo, en ambos casos, se produce un problema interesante que permite cuestionar el papel de este órgano como guardián de la «autonomía». La legislación autonómica sobre el Consejo Consultivo (Ley 9/1995, de creación del Consejo Consultivo de Galicia; Ley del Principado de Asturias 1/2004) establece que el órgano consultivo debe emitir un dictamen preceptivo sobre «proyectos de reforma del Estatuto de Autonomía» (art. 11.a de la Ley gallega) y «anteproyectos de reforma del Estatuto de Autonomía» (art. 13.1.a de la Ley asturiana). Pero también permite que se solicite un dictamen facultativo sobre cualesquiera otros «asuntos no incluidos» en la lista que requieran un dictamen preceptivo (art. 13 de la Ley gallega; art. 14 de la Ley asturiana).

El Consejo Consultivo gallego se planteó este problema pero rechazó que no tuviera competencia por existir una causa de inadmisibilidad de la solicitud con el argumento de que el Consejo es un órgano de «garantía» (consideración 1ª del dictamen). Creo que este argumento no es convincente precisamente porque si se puede hablar de alguna vertiente de «garantía» en la actividad consultiva es cuando éste efectúa un juicio sobre actos o propuestas normativas, no sobre principios abstractos e hipotéticos.

El Consejo Consultivo asturiano no se planteó la cuestión de si era competente pero, en un voto particular al dictamen, el consejero Fernández Noval cuestiona la admisibilidad de la consulta facultativa planteada «acerca de la reforma del Estatuto de Autonomía» pues la consulta facultativa presentada podría comprometer «de modo objetivo el ejercicio regular de la función consultiva por parte del Consejo Consultivo». Comparto esa tesis porque, una de dos: si no se quiere presentar una iniciativa de reforma, resulta absurdo solicitar un dictamen facultativo sobre las posibilidades de reformar el Estatuto; y si se quiere presentar la iniciativa de reforma, el Consejo ya se pronunciará cuando se presente el texto concreto.

VI.1.D. No me consta que existan dictámenes de los consejos consultivos de la Comunidad Valenciana, Baleares y Aragón sobre los estatutos de autonomía de

sus respectivas comunidades autónomas, sean nuevos (Aragón), reformados (Balears) o «nuevo-reformados» (Valencia). Tampoco de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno Vasco en relación con el nuevo «Estatuto político de la Comunidad de Euskadi» (el llamado «plan Ibarretxe»). Sí que se pronunció ésta, sin embargo, sobre el llamado «plan Ibarretxe II», esto es, la Ley vasca 9/2008, de 27 de junio, de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política.

VI.2. Los consejos consultivos como guardianes del Estatuto de Autonomía propio frente a los ajenos

La defensa del Estatuto resultaba más sencilla y, sobre todo, menos comprometida para los consejeros ante los órganos que les eligieron cuando de lo que se trataba era de hacer frente a la «invasión» de otros estatutos en cuestiones que afectan a más de una comunidad autónoma (la cuestión hídrica es el ejemplo más claro). Los dictámenes en los que los consejos consultivos han actuado como «guardianes» de la autonomía «propia» frente a los nuevos estatutos de autonomía «ajenos» están recogidos en la *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 7 (2007) y 8 (2007). Todos estos dictámenes (menos uno) tienen en común el ser dictados para ilustrar sobre la eventual posibilidad de interponer recursos de inconstitucionalidad contra estatutos de autonomía que se habían aprobado para otras CA. La mayoría se elaboran sobre el texto definitivo del nuevo estatuto aprobado, lo cual es una diferencia sustancial respecto al primer grupo, que nunca se pronuncia sobre el texto definitivo.

Los dictámenes que se reproducen en esa revista son los siguientes:

Dictamen 87/2006, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, sobre la posibilidad de interponer recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 20 de la Ley orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley orgánica 5/1982, de 1 de julio, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

Dictamen 156/2006, del Consejo Consultivo de las Islas Baleares, relativo a la adecuación a la Constitución española de la disposición adicional 13ª de la Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio, de «reforma» del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

Dictamen 633/2006, del Consejo Consultivo de la Comunidad Valenciana, sobre el recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos del Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio.

Dictamen 64/2006, del Consejo Consultivo de La Rioja, sobre la posible inconstitucionalidad del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña.

Dictamen 543/2007, del Consejo Consultivo de la Comunidad Valenciana, sobre el recurso de inconstitucionalidad contra la disposición adicional 3ª del Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por Ley orgánica 2/2007, de 19 de marzo.

Dictamen 127/2007, del Consejo Consultivo de Extremadura, sobre planteamiento de recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 51 de la Ley orgánica 2/2007, de 19 de marzo, que aprueba el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía, así como de cualquier otro que, por conexión, se considere objeto de impugnación.

Dictamen 543/2007, del Consejo Consultivo de la Comunidad Valenciana, sobre el recurso de inconstitucionalidad contra la disposición adicional 3ª del Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por Ley orgánica 2/2007, de 19 de marzo.

Dictamen 61/2007, del Consejo Consultivo de La Rioja, sobre la posible inconstitucionalidad de algunos preceptos del nuevo Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley orgánica 5/2007, de 20 de abril, de «reforma» del Estatuto de Autonomía de Aragón.

Dictamen 21/2008, de 24 de enero, del Consejo Consultivo de Extremadura, sobre el artículo 75 y concordantes de la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, aprobada el 22 de noviembre de 2007, en el Senado.

En estos dictámenes, los consejos consultivos han operado como «guardianes del Estatuto» pero no frente a ataques internos, sino frente a eventuales ataques de fuera de la CA.

VII. Perspectivas. El nuevo Consejo Catalán de Garantías Estatutarias: del consejo al control

El nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 (NEAC), entre sus numerosas innovaciones, incluye la supresión del «Consejo Consultivo» y su sustitución por un «Consejo de Garantías Estatutarias». El cambio no es, ni muchísimo menos, nominal. El procedimiento de elección del nuevo órgano (art. 77.1 NEAC) no difiere gran cosa del procedimiento establecido para el anterior (art. 3.1 de la Ley 1/1981, de creación del Consejo Consultivo de Cataluña). Ahora bien, el cambio trascendental se opera en el terreno de las competencias.

Por un lado, existe una ampliación del ámbito normativo objeto de consulta al incorporarse, por ejemplo, la «adecuación a la Constitución de los proyectos y proposiciones de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña antes de su aprobación por el Parlamento» (art. 76.2.a NEAC), así como la adecuación a la Constitución y el Estatuto de «decretos-leyes» (art. 76.2.b NEAC) y «decretos legislativos» (art. 76.2.c NEAC).

Sin embargo, por otro lado existe una mutación de la función que se opera sobre algunas de esas normas. El art. 76.4 NEAC dice que «los dictámenes del Consejo de Garantías Estatutarias tienen *carácter vinculante* con relación a los proyectos de ley y las proposiciones de ley del Parlamento que desarrollen o afecten a derechos reconocidos por el presente Estatuto».

La atribución de carácter «vinculante» a los dictámenes del Consejo Consultivo respecto a las iniciativas legislativas que afecten a los derechos reconocidos en el Estatuto lo aproxima funcionalmente, de forma clarísima, al modelo del Consejo Constitucional francés, aun cuando esa aproximación funcional sea sólo en materia de derechos (materia, por lo demás, de extraordinaria fuerza gravitatoria normativa). El problema es que esta transformación del «Consejo Consultivo» en un órgano de control no tiene cobertura constitucional.

Desde un punto de vista sustantivo, como ya se ha argumentado anteriormente, la emisión de dictámenes «vinculantes» es algo ajeno a la esencia de la función «consultiva» y supone una función «codecisoria». Desde este punto de vista, está claro que una tal competencia transforma la naturaleza de este órgano, pues ya no estamos ante un puro órgano *consultivo* (como lo era el «Consejo

jo Consultivo») sino ante un órgano de *control*. A este respecto, conviene recordar con Galeotti que el concepto de control se compone de dos elementos: el «juicio» (acerca del modo en que la norma examinada respeta la norma que se quiere salvaguardar) y la «medida» de tipo *obstativo* del objeto controlado. Es justamente el elemento «medida» el esencial en la noción de control.⁹

Pues bien, a nuestro juicio, resulta abiertamente inconstitucional privar a un órgano previsto por la Constitución (el Parlamento autonómico de las CA del art. 152 CE) de las competencias que le atribuye la Constitución (que habla de Asamblea *legislativa*) y que sólo tienen el límite que establece la propia Constitución, a saber, el control de la constitucionalidad de «leyes» y «disposiciones normativas con fuerza de ley» que se confiere al Tribunal Constitucional (art. 161.1.a y 163 CE). Una norma inferior a la Constitución (el NEAC) no puede, en ningún caso, privar a un órgano previsto en la propia Constitución (la Asamblea legislativa, art. 152.1 CE) de la competencia («legislativa») que la propia Constitución le confiere.

VIII. Conclusión

Las semejanzas y diferencias entre el consejo y la jurisdicción están claras. Ciertamente, hay una línea muy porosa entre ambos, pero no tanto como para difuminar la distinción. Un examen del desarrollo de la función consultiva en el ámbito autonómico nos permite constatar que la centrifugación de la función consultiva, sin embargo, no ha acelerado esta transformación de la función consultiva en jurisdicción. Por lo demás, esta «descentralización» consultiva a nuestro juicio no ha superado plenamente la prueba de fuego de los nuevos estatutos.

Podríamos, por tanto, extraer las siguientes conclusiones:

- *Primera*. La descentralización de la función consultiva, que parecía prohibida por la Ley orgánica del Consejo de Estado, fue objeto de un profundo debate doctrinal que quedó (aparentemente) zanjado por el Tribunal Constitucional al establecer unas condiciones de «calidad» en el proceso de descentralización consultiva.

9. Sergio Galeotti, «Controlli costituzionali», *Enciclopedia del Diritto*, Varese, Giuffrè, 1962, t. X, p. 319 y ss.

- *Segunda.* Tras la llegada al poder del presidente Rodríguez Zapatero se eliminan los requisitos de «calidad» para proceder a la descentralización consultiva. La descentralización se convierte en centrifugación consultiva.
- *Tercera.* Bajo la cobertura dada por el Tribunal Constitucional, los consejos consultivos asumieron, casi en su totalidad, la tarea de defender, no sólo la «Constitución», sino también los «estatutos de autonomía», lo cual, en un principio, permitía abrir un proceso de aproximación de la figura del «Consejo Consultivo» a la de un órgano de supervisión de la estatutoriedad.
- *Cuarta.* Cuando llegó el momento decisivo, los consejos consultivos no tuvieron determinación para defender los estatutos de autonomía por cuya observancia estaban obligados a velar, dando luz verde a iniciativas que liquidaban los estatutos de autonomía existentes para sustituirlos por otros nuevos.
- *Quinta.* La incapacidad para defender los propios estatutos de autonomía frente a los procesos de demolición internos contrasta con la actividad de los mismos para hacer frente a los estatutos de autonomía de otras CA que amenazaban la integridad del propio o amparaban lo que se estimaba injerencias en el propio espacio autonómico.
- *Sexta.* La transformación de los consejos consultivos en órganos de control, tal y como se produce en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, resulta contraria a la Constitución pues implica privar a un órgano previsto en la misma (la Asamblea legislativa autonómica) de competencias que la Constitución le confiere sin que esa privación esté contemplada en la propia Constitución.

RESUMEN

Revista catalana de dret públic, 39, ISSN 1885-5709, 2009

Fuente de la clasificación: Clasificación Decimal Universal (CDU)

Fuente de los descriptores: palabras clave facilitadas por los autores

342.58:353

Carlos Ruiz Miguel, catedrático de derecho constitucional, Universidad de Santiago de Compostela

es Los consejos consultivos como guardianes de la autonomía: bibliografía, jurisprudencia, doctrina legal y perspectivas

p. 209-240

Su ley orgánica de 1980 atribuyó al Consejo de Estado la competencia de examinar la legalidad de los reglamentos ejecutivos autonómicos.

Casi al mismo tiempo surgieron algunos consejos consultivos de ámbito autonómico con distintas configuraciones. En este artículo se revisa, en primer lugar, la polémica doctrinal suscitada acerca de las competencias del Consejo de Estado y de la constitucionalidad de la existencia y competencias de los consejos consultivos autonómicos. En se-

gundo lugar, se examina la jurisprudencia elaborada sobre esta cuestión, en especial la STC 204/1992. En tercer lugar, se analiza el modo decepcionante en que los consejos consultivos han desempeñado la tarea que se les asignó de velar por los estatutos y la Constitución.

Finalmente, en cuarto lugar, se critica el modo en que los últimos desarrollos normativos han reiterado un fenómeno antiguo: la transformación de la función de consulta en función de control.

Palabras clave: control; consulta (o función consultiva); autonomía; nuevos estatutos; jurisdicción constitucional.

RESUM

Revista catalana de dret públic, 39, ISSN 1885-5709, 2008

Font de la classificació: Classificació Decimal Universal (CDU)

Font dels descriptors: paraules clau facilitades pels autors

342.58:353

Carlos Ruiz Miguel, catedrático de derecho constitucional, Universidad de Santiago de Compostela

es Los consejos consultivos como guardianes de la autonomía: bibliografía, jurisprudencia, doctrina legal y perspectivas

ca Els consells consultius com a guardians de l'autonomia: bibliografia, jurisprudència, doctrina legal i perspectives

p. 209-240

La llei orgànica del Consell d'Estat de 1980 va atribuir a aquest òrgan la competència d'examinar la legalitat dels reglaments executius autonòmics.

Gairebé alhora van sorgir alguns consells consultius d'àmbit autonòmic amb diferents configuracions. En aquest article es revisa, en primer lloc, la polèmica doctrinal suscitada sobre les competències del Consell d'Estat i la constitucionalitat de l'existència i les competències dels consells consultius autonòmics. En segon

lloc, s'hi examina la jurisprudència elaborada sobre aquesta qüestió, especialment la STC 204/1992. En tercer lloc, s'hi analitza la manera decebedora com els consells consultius han dut a terme la tasca que se'ls va assignar de vetllar pels estatuts i la Constitució.

Finalment, en quart lloc es critica la manera com els últims desenvolupaments normatius han reiterat un fenomen antic: la transformació de la funció de consulta en funció de control.

Paraules clau: control; consulta (o funció consultiva); autonomia; nous estatuts; jurisdicció constitucional.

ABSTRACT

Revista catalana de dret públic, 39, ISSN 1885-5709, 2009

Classification source: Universal Decimal Classification (UDC)

Key words source: Key words are given by authors

342.58:353

Carlos Ruiz Miguel, chaired professor of Constitutional Law, University of Santiago de Compostela

es Los consejos consultivos como guardianes de la autonomía: bibliografía, jurisprudencia, doctrina legal y perspectivas

en The Advisory Councils as Guardians of Autonomy: Bibliography, Case Law, Opinion of Legal Scholars and Prospects
p. 209-240

The 1980 implementing act establishing the Council of State vested in the Council of State the power to examine the legality of the regulations of the governments of autonomous communities.

At just about the same time, various advisory councils having different forms appeared in autonomous communities. This article examines the controversy in legal opinion that arose regarding the powers of the Council of State and the constitutionality of the existence and powers of the advisory coun-

cils of the autonomous regions. It then examines the case law that has developed around this issue, especially the Constitutional Court's ruling 204/1992. Later, it analyzes the disappointing way in which the advisory councils have carried out the task with which they were entrusted: protecting the Statutes of Autonomy and the Constitution.

Finally, the article criticizes the way in which the latest regulatory developments have reiterated an old phenomenon: the transformation of the advisory function into one of oversight.

Key words: control; consultation (or advisory function); autonomy; new statutes; constitutional jurisdiction.

