

DIFERENTES MODELOS DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA Y JURISDICCIONAL DE LA INSTITUCIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO: FRANCIA, BÉLGICA, PORTUGAL Y COLOMBIA

DIFFERENT MODELS OF THE ADVISORY AND JUDICIAL FUNCTIONS OF THE INSTITUTION OF THE COUNCIL OF STATE: FRANCE, BELGIUM, PORTUGAL AND COLOMBIA

ORLANDO TRIGUERO ORTIZ*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS. III. EL CONSEJO DE ESTADO BELGA. VI. EL CONSEJO DE ESTADO PORTUGUÉS. V. EL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO. VI. CONCLUSIONES

Summary: I. INTRODUCTION. II. THE FRENCH COUNCIL OF STATE. III. THE BELGIAM COUNCIL OF STATE. VI. THE PORTUGUESE COUNCIL OF STATE. V. THE COLOMBIAN COUNCIL OF STATE. VI. CONCLUSIONS

Resumen. En este artículo, se describen las características del Consejo de Estado desde una perspectiva comparada. En algunos países dispone de una función de asesoramiento y en otros países tiene una función judicial como un tribunal administrativo supremo.

Primeramente se estudia el Consejo de Estado francés y los Consejos de Estado con competencias similares, entre otros, el Consejo de Estado de Bélgica y el Consejo de Estado colombiano (como uno de los países de América Latina inspirado en la tradición jurídica europea), los cuales tienen un Consejo de Estado con una doble función, consultiva y judicial. Estos Consejos tienen generalmente el papel de asesor del gobierno y de ser la más alta jurisdicción de la rama administrativa.

Seguidamente se estudia el Consejo de Estado portugués, que sólo dispone de una función de asesoramiento, de conformidad con la Constitución portuguesa. El Consejo de Estado portugués asesora al Presidente de la República en el ejercicio de la mayor parte de sus poderes de reserva.

Abstract. In this article, are outlined the characteristics of the Council of the State in comparative perspective. In some countries it has an advisory function, in other countries it has a judicial function as a supreme administrative court.

First, it is studied the french Council of State, and Councils of State with similar competences, amongst others, the belgium Council of State and the colombian Council of State (as one of the countries of Latin America inspired by the european legal tradition), which have a Council of State with a dual function,

* Doctor en Derecho por la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional y Coordinador de Relaciones Internacionales de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

advisory and judicial. These Councils usually have the role of advisor to the government and the role of the highest jurisdiction of the administrative branch.

Following, is studied the Portuguese Council of State, that only has an advisory function in accordance with the Portuguese Constitution. The Portuguese Council of State advises the President of the Republic in exercise of most of his reserve powers.

Palabras clave. Función consultiva y jurisdiccional; consulta preceptiva; dictamen; iniciativa legislativa.

Keywords. Advisory and judicial functions; mandatory consultation; opinion; legislative initiative.

I. Introducción

El punto de partida de este estudio, es, la monografía que sobre el Consejo de Estado español¹, se publicó en el 2014. El objeto de estudio es el análisis de otros modelos de Consejos de Estado actuales, especialmente de sus respectivas funciones, consultiva y jurisdiccional.

Cualquier estudio sobre las funciones de una institución como la del Consejo de Estado, en el ámbito jurídico, exige, necesariamente, una visión global de la misma en el entorno más cercano, a fin de enriquecer, el análisis y prospección que se pretende llevar a cabo. Es por ello, que resulta de gran interés conocer, con cierto detenimiento, la regulación del Consejo de Estado de aquellos países en nuestro entorno más cercano, y más concretamente los estudiados en el presente artículo.

Todo ello, además, nos ayudará a comprender en mejor medida la actual configuración de la mencionada institución.

Entendemos conveniente estudiar en primer lugar el modelo francés, por ser la Institución de referencia de la mayor parte de los Consejos de Estado actuales. Y a continuación, aquellos modelos con una doble función consultiva y jurisdiccional como el modelo belga y colombiano, este último por su influencia por el modelo francés. Igualmente se estudia el modelo portugués, si bien este último modelo sólo ejerce funciones consultivas, de conformidad con su Constitución.

II. El Consejo de Estado en Francia²

¹ TRIGUERO ORTIZ, O. *El Consejo de Estado y los órganos consultivos autonómicos*, Madrid, Dykinson, 2014.

² Vid. Sobre el Consejo de Estado francés, KESSLER, M.C. *Le Conseil d'État*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des sciences politiques, 1968; PICAUD, J. *Le Conseil d'État: organisation, rôle, méthodes de travail*, París, Conseil d'État, 1978; COSTA, J.P. *Le Conseil d'État dans la société contemporaine*, París, Economica, 1993; VV.AA. *Conseil Constitutionnel et Conseil d'État*, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence Montchrestien, 1988; MOUASNIER, R. *Les institutions de la France sous la Monarchie absolue, 1958-1789, tomo II (Les organes de L'État et de la société)*, París, P.U.F., 1980, págs. 147 y ss; ESCOBAR KIRKPATRICK, J.I. (Marqués de las Marismas), "La institución del Consejo de estado en la actualidad", *Revista de Administración Pública* nº1, 1950, págs. 11 y ss.; MARTÍNEZ MARÍN, A. *Sistema político-administrativo y Administración Consultiva en Francia*, Madrid, IEAL, 1986, págs. 97 y ss.; PAREJO ALFONSO, L. "La función consultiva en Europa: los Consejos de Estado francés e italiano", *Documentación Administrativa*, nº 226, 1991, págs. 33 y ss. BALLÉN MOLINA, RAFAEL, "El Consejo de Estado francés después de la Revolución", *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, Nº. 27, 2007. BALLÉN MOLINA, RAFAEL, "El Consejo

La importancia del Consejo de Estado francés, fue destacada hace más de sesenta años por el que fuera entonces su Vicepresidente, René Cassin, en su discurso de clausura de los actos de celebración de los primeros ciento cincuenta años de vida de dicho órgano, al señalar que dicho Consejo es la institución que más y mejor ha contribuido a uno de los mayores logros de la historia jurídica reciente, es decir, la conquista del Estado por el Derecho y el sometimiento del poder al control jurisdiccional – hitos que, en palabras de Prosper Weil³, supone el milagro que encarna el derecho administrativo- y en el que Francia ha encontrado “uno de sus mejores artículos de exportación”.

La preminencia del Consejo de Estado en la Francia contemporánea aparece singularmente destacada en las siguientes palabras del Marqués de las Marismas:

“Se preparan mejor las decisiones administrativas cuando se tiene la experiencia de las dificultades contenciosas a que podrían dar lugar; se resuelven mejor las dificultades contenciosas cuando se conoce el espíritu de las decisiones administrativas. La tendencia natural de la Administración es la de tratar cada asunto en sí mismo, anteponer los hechos a los principios, preferir una fácil solución de expediente a una difícil solución de derecho. La tendencia natural de una jurisdicción al contrario es la de mirar cada asunto desde el aspecto de la regla general, de pensar en la norma de derecho antes que en los intereses particulares del caso, de someter la práctica de la Administración a la exactitud de las teorías jurídicas. Cada una de estas tendencias tiene sus peligros. Llevadas al extremo conducirían: la una, a una Administración sin normas; la otra, a una Administración sin actividad. Pero se corrigen mutuamente al unirse. Con el acercamiento del administrador que obra y el administrador que delibera la acción se hace más regular, es decir, de una mayor corrección jurídica, y la jurisdicción se inspira mejor en las necesidades positivas⁴”.

En opinión de Cordero Torres⁵, el modelo de referencia de todos los Consejos de Estado modernos de régimen administrativo francés es, sin duda, el Consejo de Estado francés. Dicho Consejo, ha servido en gran escala como modelo inspirador a los

de Estado francés en el antiguo régimen”, *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, Nº. 25, 2006. BERNARD, M., “Le renouveau de la fonction consultative du Conseil d'Etat sous la V République”, en *Conseil d'Etat*, Rapport Public, 1994. BOILEAU, CLAUDIE, “La legitimación en el procedimiento de urgencia precontractual L'Arrêt "Smirgeomes" del Consejo de Estado Francés”, *Revista de administración pública*, , Nº 181, 2010. FRANK MACERA, BERNARD, “El Consejo de Estado francés y la aplicabilidad directa de las directivas comunitarias: la confirmación del rechazo de la "invocabilidad de sustitución””, *Noticias de la Unión Europea*, Nº 121, 1995. GIQUEL J. y HAURIOU, A. *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Cartonaje de l'éditeur. HAURIOU, M. *Précis de Droit Administratif Publique*, 1ª Edición, París, 1892. MASSOT, J., y GIRARDOT, T., *Le Conseil d'Etat*, (Paris, DF, 1999). PUGET, H., *Tradition et progrès au sein du Conseil d'Etat*, en *Livre Jubilaire du Conseil d'Etat*. SAUVEL, T. *Libre Jubilaire du Conseil d'Etat*, París, Sirey, 1952, pág.31.

³WEIL, P. *El derecho administrativo*. Taurus, Madrid, 1966.

⁴ Tal y como recoge el Marqués de las Marismas en “La Institución del Consejo de Estado en la actualidad”, *Revista de Administración Pública*, nº 1, 1950, p. 11, como palabras pronunciadas, en 1843, ante la Cámara de los Diputados franceses, para justificar la creación de un Consejo de Estado en representación de la suprema garantía de la justicia en su función de asesor técnico del Gobierno y de la Administración, y como Tribunal dotado de jurisdicción propia en la materia contencioso-administrativa.

⁵ CORDERO TORRES, J.M., *El Consejo de Estado. Su trayectoria y perspectiva en España*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1944.

legisladores de varios países, e incluso fue trasplantado directamente a algunos por la acción de las armas napoleónicas, como el caso del Consejo italiano, y también por la aceptación de una institución francesa que tiene una función importante y adecuada y necesaria en un Estado de Derecho.

Antes de pasar a la configuración del Consejo de Estado en la Francia contemporánea, cabe precisar la figura histórica del Consejo del Rey, que en el Antiguo Régimen de Francia era un organismo asesor del monarca derivado de la *curia regia* medieval, encargado de asesorar y ayudar a la Monarquía “a administrar Francia y a pronunciar la justicia real”.

En este sentido podemos manifestar que el Consejo de Estado francés tiene asimismo remotos antecedentes históricos que se remontan a la época romana y se concretan en el Consejo Real de los monarcas franceses, Consejos que ejercieron indistintamente funciones judiciales, políticas y financieras y que por iniciativa de Felipe IV “el Hermoso” recibió funciones políticas. Durante el siglo XVI el Consejo del Rey abarcaría toda una serie de organismos y cuerpos con funciones precisas, pasando a denominarse “Consejo de Estado” bajo el reinado de Enrique III, como nombre genérico que se daba al organismo central del que partía el resto de organizaciones y donde se trataban los grandes temas del gobierno, en especial la política exterior. A partir de Enrique IV y Luis XIII, dicha denominación se amplió a la Sección de Finanzas de dicho cuerpo y en los tiempos de Luis XIV y Luis XV también incluía la Sección Política.

Con Luis XIV dicho Consejo se convirtió en privado del Rey en materia de finanzas y dirección del Reino, encargándole también la tarea de “arreglar los problemas administrativos y del contencioso”. Bajo Luis XIV se produce el esplendor del Consejo de Estado, participando en el mismo personajes relevantes como Colbert, Lionne, Le Tellier, Louvois, Vauban, Pontchartrain y Desmarests.

En el reinado de Luis XV se registraron ciertos cambios de importancia, siendo destacable que el canciller Maupeou suprimió el Parlamento de París y lo reemplazó por 6 Consejos Superiores. Los antiguos ministros de Luis XVI serían destituidos en el reinado de Luis XVI en el que las Instituciones corrompidas no pudieron reestablecer un equilibrio institucional y fueron realmente uno de los elementos fundamentales de la propia Revolución.

Durante el Antiguo Régimen, el Consejo de Estado, a cuyos miembros se les exigía prudencia, sigilo frente a terceros y reconocida honestidad, era una institución asesora, órgano de consulta del gobierno en asuntos políticos y administrativos, que participaba en un principio de la “omnipotencia del gobernante”, concentrando en él todos los poderes: como suprema corte de justicia albergaba el derecho a anular las sentencias de todos los tribunales ordinarios, y como tribunal administrativo dimanaban en última instancia todas las jurisdicciones especiales. Igualmente, como consejo de gobierno ejercía, con el consentimiento del Rey, el poder legislativo, discutía y proponía la mayor parte de las leyes y fijaba y repartía los impuestos.

En palabras de Tocqueville, “él mismo decide sobre todos los asuntos importantes, supervisa los poderes secundarios. Todo viene a confluir en él, y de él

parte el movimiento que se comunica a todo. Sin embargo, carece de jurisdicción propia. Sólo el Rey decide, aún cuando parece que es el consejo quien se pronuncia⁶.

Con la aprobación, el 13 de diciembre de 1799, de la Constitución de XXII de frimario del año VIII y la declaración introducida por su autor en el Preámbulo de la misma⁷, junto al Reglamento de 5 de nivoso, cuyo objetivo era acabar con los desórdenes sociales y organizar los poderes sobre bases políticas estables, el artículo 52 de dicho texto constitucional previó la creación del Consejo de Estado “adjunto” a las Asambleas y al Consulado, con el fin de “redactar los proyectos de ley y de reglamentos de la Administración pública y de resolver las dificultades que se susciten en materia administrativa”, bajo la dirección de los Cónsules, además de defender los textos y cuerpos legales, si había lugar a ello, en la Asamblea, y resolver los asuntos contenciosos⁸.

Napoleón Bonaparte diseñaría su Consejo de Estado como instrumento al servicio del acrecentamiento de su poder personal, por cuanto que no quería un órgano que actuase como contrapoder del Ejecutivo, sino que dependiese del mismo en su totalidad, por el modo de nombramiento de sus miembros y por su carácter consultivo y consecuente incapacidad para actuar por sí mismo.

En este sentido, el Consejo de Estado se configuró como un instrumento de la preeminencia del entonces primer Cónsul en el seno del poder ejecutivo, y sobre las Asambleas Legislativas, al ser los consejeros de Estado los encargados de redactar y defender los proyectos ante el Cuerpo Legislativo, que no podía por sí mismo formular proposiciones de ley. Sus funciones se correspondían con el estudio y preparación de reformas, que de ese modo no se sometían al Ejecutivo, y su existencia se hacía necesaria por cuanto que Bonaparte carecía de la preparación técnica en materias administrativas, fiscales o de Derecho Privado. Bien puede afirmarse, siguiendo a Gerardo García Álvarez, que el Consejo napoleónico fue concebido para armonizar una visión política general con los conocimientos técnicos de sus miembros en materias como Derecho, Administración, finanzas u organización militar. Igualmente, el Consejo de referencia tenía como misión paralela el reforzamiento del mencionado poder Ejecutivo frente a las Asambleas creadas por la Constitución del año VIII, el Senado, el Tribunalado y el Cuerpo Legislativo.

En cuanto a la composición, el primer cónsul nombró miembros del Consejo de Estado a todas las personas influyentes que se habían destacado durante la Revolución Francesa, a quienes les exigió un trabajo considerable y una obediencia ciega, introduciendo, también, la figura de los letrados, mediante Decreto de 11 de junio de 1806, fecha en la que se crea una Comisión de lo Contencioso⁹ en el seno del Consejo. La denominación de “letrados” se debe al hecho de que sus funciones iniciales estuvieron relacionadas con los asuntos contenciosos, de los que estaban encargados de

⁶ *El antiguo Régimen y la Revolución*, pp.120-121.

⁷ Dicha declaración, introducida por Napoleón Bonaparte, decía literalmente: “*Ciudadanos, la Revolución se sostiene en los principios que la han iniciado. La revolución ha terminado*”.

⁸ Literalmente el artículo mencionado establecía: “*sous la direction des Consuls, un Conseil d’Etat est chargé de rédiger les projets de loi et les réglaments d’administration publique, et de résoudre les difficultés qui s’élèvent en matière administrative*”.

⁹ Encargada de instruir los asuntos contenciosos y preparar una relación de cada uno para la Asamblea General del Consejo.

instruir. En este sentido, el procedimiento contencioso surgiría con el Decreto de 22 de julio de 1806.

Respecto a su estructura, Napoleón estableció en el Consejo de Estado una magistratura jerárquica, inamovible y a su servicio, basada en un modelo de organización militar, en cuyo vértice se situaba el Primer Cónsul, el cual tenía la última palabra y ejercía la presidencia de dicho órgano de acuerdo con el artículo 52 de la Constitución del año VIII, que exigía el rango de cónsul para ocupar la presidencia del Consejo. Al mismo tiempo, la institución se organizaba en Secciones especializadas, teniendo como contrapesos la Asamblea General y la participación de Bonaparte. Entre tales secciones, destacaba por su importancia la Comisión de Legislación¹⁰, que giraba alrededor de la fundamental función de redactar y proponer leyes al cuerpo legislativo, así encomendada originariamente al Consejo Napoleónico, circunstancia esta que pone de manifiesto la intervención del Consejo de Estado francés, desde su origen, junto al Gobierno, en el procedimiento legislativo, mediante la posibilidad de proponer su propio texto alternativo. De hecho, la consulta al Consejo francés ha pervivido hasta nuestros días, modificada sólo en cuanto a su obligatoriedad y relevancia.

En cuanto a las funciones encomendadas, además de la posibilidad de propuesta legislativa, el Consejo de Estado napoleónico aparece como doble actor: como consejero técnico del gobierno en materia legislativa y reglamentaria ejerciendo como portavoz de dicho gobierno ante el cuerpo legislativo, y, de otro lado, como encargado de resolver las dificultades que se susciten en materia administrativa, proponiendo al Gobierno las soluciones a las controversias surgidas entre los particulares y la Administración¹¹. Además, debía autorizar el enjuiciamiento de funcionarios públicos por irregularidades que cometieran en el ejercicio de sus funciones, conforme el artículo 75 de la Constitución del año VIII.

Debe destacarse que durante el Consulado de Napoleón, se redacta el Código Civil, una de las grandes obras del general, el cual, además, procedió a dividir en cinco secciones el Consejo de Estado, tales como Legislación, Guerra, Marina, Hacienda e Interior, y a distinguir entre consejeros ordinarios y extraordinarios. Con el tiempo, no obstante, se permitirá a los ministros asistir con voz a las sesiones del Consejo de Estado, se crearán los auditores y, finalmente, los maîtres de requêtes como seguidamente veremos¹².

Sin embargo, a pesar de mantener el doble cometido consultivo y jurisdiccional, será este segundo encargo el que reciba un mayor impulso debido a la peculiar interpretación del principio de división de poderes en el contexto histórico de referencia, por cuanto que dicho principio se entendió como separación de poderes en el Estado surgido de la Revolución Francesa, de forma que el poder ejecutivo no podía ser enjuiciado por ningún otro poder, si quiera el judicial ya que tales poderes se entendían

¹⁰ Dicha Comisión fue suprimida en 1824, integrándose en la Sección de lo Contencioso, si bien en 1839 fue recreada, mediante Ordenanza de 18 de septiembre, encomendándosele además la tarea de coordinar las leyes anteriores que debían mantenerse y determinar, en su caso, las que hiciera falta eliminar, con el fin de su sometimiento a las Cámaras.

¹¹ La Ley de 6-7-11 de septiembre de 1790, atribuía a la Administración el conocimiento del contencioso-administrativo, y la Ley de 7-14 de octubre de 1790, al Rey la resolución de los conflictos de competencias.

¹² Años X, XI y 1806, respectivamente.

separados, debiendo ser el propio ejecutivo el que se juzgara a sí mismo, lo que dio lugar a la instauración de un sistema de justicia retenida o del “Ministro-juez”, como expresión del principio “juzgar a la Administración también es administrar¹³”.

Durante el Primer Imperio se advierte una especialización de dicho sistema al preverse la creación de órganos y mecanismos dirigidos, en el seno de la Administración, a dirimir los asuntos contenciosos. Durante los primeros años del siglo XIX, dicha función va a incrementarse considerablemente, debido a la creación de una Comisión de lo Contencioso, en el seno del propio Consejo de Estado, y debido, también, a la generalización de la práctica según la cual el Jefe del Estado se limitaba a confirmar pura y simplemente la propuesta de resolución que en cada caso le elevaba el Consejo de Estado, consagrando un sistema de justicia delegada que precedió a la constitución de una Sección especializada de lo Contencioso en el Consejo de Estado, mediante Ley de 24 de mayo de 1872, con nueve Consejeros para ejercer la jurisdicción administrativa superior, y que estatuye en nombre del pueblo francés y no del Jefe del Estado.

Dicha Ley también crea un Tribunal de Conflictos, compuesto por igual número de miembros del Consejo de Estado y el Tribunal de Casación civil para dirimir conflictos de competencia entre los dos órdenes jurisdiccionales, el contencioso-administrativo y el ordinario¹⁴.

Si bien la Revolución de 1848 restaura el carácter preceptivo del informe del Consejo de Estado respecto de los proyectos de ley, la Ley Orgánica de 9 de marzo de 1849 dispensó al Gobierno de consultar algunos proyectos de ley en materia financiera, militar o internacional, imponiendo a la Asamblea Nacional la devolución al Consejo de Estado de los proyectos de ley gubernamentales que no hubieran sido objeto de consulta. En su dictamen se incluía, no sólo los proyectos del Gobierno sino también los de iniciativa parlamentaria cuando la Asamblea o el Gobierno lo solicitasen.

Tras el Golpe de Estado de 2 de diciembre de 1851, la Constitución francesa de 1852 recuperó al Consejo de Estado napoleónico, manteniendo su competencia para redactar proyectos de ley, si bien a partir de 1869 comenzó a ampliarse de manera significativa la competencia legislativa a favor de la Cámara lo cual supuso el inicio de una decadencia del Consejo de Estado francés que llegó a cuestionarse hasta su subsistencia, tras la caída del segundo Imperio, si bien una Ley de 24 de mayo de 1872 lo reorganiza configurando el modelo que perdura hasta 1940, con algunas modificaciones introducidas en 1879, manteniendo las competencias en materia de legislación si bien a través de consulta potestativa.

A partir de 1879, la evolución del Consejo de Estado francés se caracteriza por el desarrollo de la función jurisdiccional y por la disminución progresiva de su función en materia de consulta de proyectos legislativos, reduciéndose la consulta a los

¹³ Regla que ya venía de la Ley revolucionaria de 16-24 de agosto de 1790, en cuanto que “las funciones judiciales son distintas y permanecen siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán (...) alterar en ninguna manera las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a sus funcionarios por razón de sus cargos”, y que también apareció después en el Decreto fructidor del año III, que señaló que “prohibiciones reiterativas son hechas a los Tribunales de conocer de los actos de la Administración, cualquiera que sea su naturaleza”.

¹⁴ La redacción de la norma era la siguiente, en relación a las nuevas funciones del Consejo de Estado: “statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative, et sur les demandes d’annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes de diverses autorités administratives”.

proyectos relacionados directamente con la actividad administrativa, y ello frente a la creciente importancia de la intervención del Consejo en la elaboración de reglamentos y al definitivo distanciamiento del Parlamento, circunscribiéndose su relación ya sólo con el Gobierno.

Para J. Massot y J. Marimbert¹⁵, el Consejo de Estado francés supone la síntesis de dos herencias: la del Antiguo Régimen y la de la Revolución, por cuanto que de la primera se toman el vocabulario (la denominación de las categorías superiores de sus miembros: Maitres de Requetes y Conseillers d'Etat), los métodos de trabajo (el doble examen para la instrucción y una instancia de decisión), el lugar (primero, en las Tullerías, junto a los Cónsules, siendo presidido primero por el Primer Cónsul y Emperador después), y la encomienda al mismo órgano, próximo a la jefatura de Estado, de la triple misión de asesorar al Gobierno en todas las materias, juzgar en sede contencioso-administrativa y servir de cantera de administradores.

De la Revolución extraen la construcción interna racional de secciones, el boceto de una jurisdicción articulada sobre dos instancias (los Consejos de Prefectura y el propio Consejo de Estado), la encomienda al nuevo órgano de la elaboración de los grandes nuevos textos legales, la separación estricta con relación a la función judicial ordinaria (reservando al Consejo de Estado el pronunciamiento sobre los conflictos de competencia) y la exigencia de motivación incluso de las decisiones en sede jurisdiccional.

Durante la III República, el Consejo de Estado francés conserva la función, si bien con carácter eventual, de participación en el proceso de elaboración legislativa, si bien con carácter marginal, por cuanto en 1934 había sido suprimida la Sección de Legislación. Todo lo anterior vino a contrastar con el incremento de su intervención en cuanto al dictamen de leyes de delegación, incrementando su papel en la elaboración de normas gubernativas de rango legal. No obstante, la competencia "legislativa" del Consejo de Estado francés vuelve a incrementarse con la Ley de 18 de diciembre de 1940, incluyendo la posibilidad no sólo de participar en la elaboración de leyes, previa solicitud o emisión de dictamen, sino también de llamar la atención a los poderes públicos sobre reformas de orden legislativo o reglamentario de interés general¹⁶.

En esa etapa el Consejo de Estado francés se componía de consejeros de Estado que discutían y decidían, procedentes de maîtres de requêtes, altos funcionarios, directores generales, y técnicos profesionales, que eran los maîtres de requêtes y los

¹⁵ *Le Conseil d'Etat, colección Notes et Etudes Documentaires*, Ed. La Documentation Française, París, 1988, p.10.

¹⁶ García de Enterría, E., y Fernández, T.R., *Curso de derecho administrativo I y II*. Civitas, Madrid, 2013. García de Enterría, E., "Aspectos de la Administración consultiva", *Revista de Administración Pública*, Nº 24, 1957. García de Enterría, E., "Estructura orgánica y administración consultiva", incluido en su libro *La Administración Española*, 3ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 1972. García de Enterría, E., en "La administración española. Estudios de Administración", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961. García de Enterría, E., *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999. Véase también cómo recoge la *Memoria Consejo de Estado*, 1997, pp.103 y 104, el auge de la competencia legislativa del Consejo de Estado francés dio lugar a la creación, nuevamente, de una Comisión de Legislación que luego fue sustituida por un Comité jurídico, presidido por René Cassin, para la emisión de los dictámenes consultivos encomendados antes de 1940 al Consejo de Estado. En 1944 coexistieron, no obstante, tanto el Comité Jurídico como el Consejo de Estado, el cual terminó por integrarse en dicho Consejo, con el consiguiente afianzamiento de sus competencias.

auditeurs. Además estaba compuesto de un presidente nato, el ministro de Justicia-Guardasellos, que no asistía nunca a las sesiones, un vicepresidente y cinco presidentes de Sección, pudiendo actuar en Pleno, Secciones o como Tribunal de lo Contencioso.

Sus principales atribuciones se correspondían con intervención elaborativa de carácter legislativo, en cuanto decretos y reglamentos, si bien también podía elaborar proyectos de leyes y ser consultado por el parlamento francés. Sus Secciones eran de Legislación, Justicia y Exterior (con asuntos de Presidencia); Interior e Instrucción, Hacienda, Guerra, Marina y Aviación y Colonias (con los asuntos de Pensiones); Agricultura, Abastecimientos, Producción, Trabajo y Comunicaciones. Además, la Sección de lo Contencioso estaba dividida en ocho subsecciones, compuesta cada una de dos consejeros ordinarios. Existía, finalmente, un procedimiento especial para el enjuiciamiento de los asuntos sobre pensiones, empleo a combatientes, elecciones, contribuciones y tasas.

La contribución del Consejo de Estado francés a la creación y desarrollo del derecho administrativo es indiscutible¹⁷. Partiendo de la premisa fundamental de la imposibilidad de aplicar el derecho común a la Administración, que actúa sustraída a los tribunales ordinarios, e investida de poder para ejercer la policía sobre el orden público y económico, y a la que posteriormente se le encomendó la misión de servicio público, el Consejo de Estado francés fue sentando las grandes premisas del derecho administrativo. Entre otras premisas, el recurso por exceso de poder, la garantía de las libertades públicas, la extensión de la responsabilidad de los poderes públicos y examen de los principios generales del Derecho Público. Hoy en día, son considerados grandes dogmas del derecho administrativo, como la primacía del individuo frente al poder, traducida en la defensa de los derechos y libertades públicas, y el dogma del servicio público, donde la transformación del Estado policía al Estado providencia convierte a este en un gran prestador de servicios públicos. Dicho Estado, sometido al imperio de la ley que, no obstante, le reconoció importantes prerrogativas en orden a cláusulas exorbitantes o potestades de policía, sobre la base del interés general.

Con todo, el mérito del Consejo de Estado francés ha sido mantener la faceta consultiva y la jurisdiccional en un solo órgano, paradoja esquizoide de tener que asesorar y controlar al tiempo al poder ejecutivo que en palabras de Saintmarc, Vicepresidente del Consejo de Estado en 1999, no obstante, “la historia ha mostrado que esta dualidad corresponde a dos maneras complementarias de ejercer el control sobre la Administración, una preventiva y otra curativa. Las dos exigen la misma independencia, tan necesaria para el que aconseja como para el que juzga. Gracias a este doble papel, y no a pesar de él, el Consejo de Estado ha podido desarrollar el Derecho Público durante tantos años y someter al Poder Ejecutivo al control del juez¹⁸”.

¹⁷ Según se recoge en la *Memoria del Consejo de Estado*, 1997, p.99, no debemos olvidar, que paradójicamente, el modelo napoleónico francés, ha tenido enormes dificultades de adaptación a los modelos normativos prevalentes en Europa, circunstancia por la cual es un modelo “desviado” respecto a éstos, aunque haya devenido un punto de referencia para los otros Consejos por haberlos precedido en su configuración moderna y por haber sentado unos principios básicos de organización sobre los que se han construido los otros Consejos de Estado que, no obstante, no han seguido fielmente ese modelo, que es, por tanto, “único”.

¹⁸ CARRILLO DONAIRE, J.A., “Consideraciones en torno al bicentenario del Consejo de Estado Francés (1799-1999)”, *Revista de Administración Pública*, nº 153, septiembre-diciembre, 2000, pp. 527-528.

Con la creación en 1953 de los Tribunales Administrativos y las *Cours Administratives d'appel* en 1987, el Consejo de Estado, que conserva la competencia en única instancia sobre los asuntos más importantes, se ha consolidado como órgano de casación, al encomendarse a los primeros la primera instancia para la materia contencioso-administrativa, y a los segundos la apelación, si bien el Consejo de Estado sigue manteniendo una reducida competencia para determinadas materias y su aforamiento para conocer en única instancia los asuntos más importantes adoptados por el Gobierno, sus Ministros y ciertas autoridades administrativas con competencia en todo el territorio nacional. Dicho Consejo, en fin, se sitúa en la cúspide de la jurisdicción contencioso-administrativa, con el prestigio de muchos años de enjuiciamiento de actos de la Administración Pública francesa.

Respecto a la función consultiva también encomendada en sus orígenes al Consejo de Estado francés, si bien fue decisiva para culminar con éxito la brillante obra codificadora emprendida en el país galo a principios del siglo XIX, se vio truncada en el período de la Restauración Monárquica, siendo rara vez consultado en la elaboración de las leyes adoptadas en esa época, ya que sus reuniones plenarias se limitaron considerablemente, articulándose su funcionamiento ordinario en Comisiones destacadas en los diferentes Ministerios. Si bien se mantuvo su función jurisdiccional (mediante la Comisión de lo Contencioso), sin embargo fue objeto de numerosas críticas por los excesos en cuanto al desapoderamiento de actuación de los Tribunales ordinarios (especialmente en materia electoral y penal) mediante decisiones de conflictos de competencia. Dichos excesos acabaron con la Ordenanza de 1 de junio de 1828, regulando un nuevo procedimiento para la solución de conflictos.

Con la Revolución de 1830 se introduce la publicidad de las audiencias (mediante Ordenanza de 2 de febrero de 1831), y un ministerio público ejercido por los Maitres de Requetes (a través de la Ordenanza de 12 de marzo de 1831), alcanzando la denominación de Comisarios del Gobierno con un papel cada vez más importante en el funcionamiento del Consejo de Estado; al mismo tiempo, en 1832, comienza el desarrollo legislativo del recurso por exceso de poder.

La Segunda República confirió, por primera vez, rango constitucional al Consejo de Estado, e introdujo numerosas reformas fundamentales: otorgamiento a dicho Consejo del enjuiciamiento de la jurisdicción delegada (mediante Ley de 3 de marzo de 1849), creación de un Tribunal de Conflictos (de composición paritaria junto a la jurisdicción ordinaria, mediante Ley de 28 de octubre de 1849), y, establecimiento de un sistema de concurso para el reclutamiento de los Auditores. Al mismo tiempo, con la Constitución de 4 de noviembre de 1848 se impulsaron notablemente sus funciones consultivas, respecto a preparación de leyes, salvo finanzas, y en supuestos de proyectos de iniciativa parlamentaria no presentados por el Gobierno. La excesiva politización del Consejo de Estado llevó a su disolución por Decreto de 5 de diciembre de 1851.

La Constitución del Segundo Imperio, de 14 de enero de 1852, restableció el disuelto Consejo y vino a recuperar parte de su protagonismo en cuanto a la función consultiva obligatoria para conocer de todos los proyectos de ley sin excepción, extendiéndose el carácter preceptivo de su dictamen sobre los Decretos que “reglamenten a la Administración Pública”. No obstante, esta etapa supone la supresión del Tribunal de Conflictos, si bien se restablece el reclutamiento mediante concurso de los Auditores en 1853.

La Ley de 24 de mayo de 1872 vino a reorganizar el Consejo de Estado, restableciendo el Tribunal de Conflictos y asentando las bases para el reclutamiento por concurso de más de la mitad de los miembros del Consejo, junto a la totalidad de los auditores, si bien dicha norma vuelve a rebajar nuevamente la intervención consultiva del Consejo, declarándola facultativa para los proyectos de ley y preceptiva para los reglamentos, situación que se prolonga hasta después de la segunda mundial, con la Ordenanza de 1945 del general de Gaulle, que devuelve el carácter preceptivo del dictamen del Consejo de Estado en el ejercicio de iniciativa legislativa por el Gobierno, según recoge la vigente Constitución de la Quinta República, de 4 de octubre de 1958.

Tras la II Guerra Mundial, se llevó a cabo la centralización en la ENA de la selección de los funcionarios de élite, incluidos los del Consejo de Estado junto a la recuperación de la plenitud de la función consultiva (con la reintroducción del dictamen preceptivo sobre los proyectos de Ley por la Ordenanza de 31 de julio de 1945).

La Constitución vigente de 1958 sólo constitucionaliza el sistema de designación de los Consejeros de Estado, en cuanto son nombrados por el Presidente de la República, a partir de un Decreto aprobado en Consejo de Ministros, además de definir la intervención consultiva preceptiva en los supuestos previstos en los artículos 37, 38, 39 y 92, respectivamente, y establecer que los proyectos de ley se deliberarán en el Consejo de Ministros previa consulta al Consejo de Estado, lo cual incluye todos los proyectos de ley, de iniciativa gubernamental, sin distinción de objeto o de procedimiento, lo cual no se extiende ni a las proposiciones parlamentarias de ley ni a las enmiendas introducidas en el procedimiento legislativo, incluso a iniciativa del Gobierno. En la actualidad, el Consejo de Estado francés no sólo emite dictamen sobre proyectos de ley gubernamentales, sino también puede proponer modificaciones de redacción que considere oportunas. No obstante, la vigente Constitución francesa de 1958 no define el Consejo de Estado francés, ni precisa su posición en el ámbito de las instituciones del Estado, y, tampoco recoge su función jurisdiccional.

No obstante, el Consejo de Estado francés es un órgano encuadrado en el poder ejecutivo, adscrito al Primer Ministro, que es el presidente de su Asamblea Nacional¹⁹, configurándose como primera institución administrativa del Gobierno galo, cuya presidencia nominal corresponde al Primer Ministro y, en su ausencia, al Ministro de Justicia, si bien dicha presidencia se ejerce muy escasamente y siempre con carácter protocolario, de forma que la presidencia efectiva corresponde al Vicepresidente²⁰ que, al igual que los Presidentes de Sección y el Secretario General²¹, es nombrado por

¹⁹ PAREJO ALFONSO, L., “La función Consultiva en Europa: Los Consejos de Estado francés e italiano”, *Documentación Administrativa*, nº 226, abril-junio 1991.

²⁰ Que es el órgano unipersonal central de gobierno del Consejo de Estado, y al que le corresponde la potestad de reglamentación interna, la organización de los servicios, la ordenación de pagos en ejecución del Presupuesto, la potestad disciplinaria en cuanto imposición de sanciones menores y la autorización preceptiva a los miembros del Consejo para asumir tareas y cometidos administrativos o de interés general fuera del Consejo.

²¹ Le corresponde la doble tarea de Secretario de la Asamblea General y de dirección de los Servicios Administrativos del Consejo. Su nombramiento corresponde al Gobierno, a propuesta del Vicepresidente y previo informe del “Bureau”, que es un órgano colegiado que auxilia al Vicepresidente, que lo preside, integrado por todos los Presidentes de Sección, y que tiene como misión la formulación y propuesta de candidatos para el ascenso de los Auditores y de Maitres de Requetes, elaboración de informes en cuanto nombramiento de Secretario General, formulación de propuestas para nombramiento de Presidentes de

Decreto del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Justicia. El cese también debe cumplir los mismos requisitos.

El personal del Consejo de Estado es personal administrativo, con una importante dotación, diferenciado del personal de la Corporación consultiva en sí misma, dividido en cuatro categorías o grupos (jefes de secretaría y agentes de alto nivel, secretarios administrativos, funcionarios auxiliares y, finalmente, funcionarios subalternos).

El Consejo de Estado francés está dividido en cinco Secciones, Interior, Hacienda, Obras Públicas, Social y de la administración, creada en 2008, a las que se une la Asamblea General, que reúne el conjunto de consejeros de Estado bajo la presidencia del Vicepresidente, que necesariamente debe conocer de la mayor parte de proyectos de ley y de ordenanzas. Igualmente, y además de las secciones de consulta, encargadas de examinar los textos preparados por el Gobierno, se ha unido recientemente la sección de informes y estudios encargada de elaborar el informe anual, coordinar los estudios, llevar a cabo labores de vigilancia jurídica en Derecho comunitario y seguir las cuestiones relativas a la ejecución de las decisiones del Consejo de Estado.

A las secciones anteriormente descritas se une la delegación de Relaciones Internacionales, con la atribución de coordinar las acciones de cooperación iniciadas por el Consejo de Estado francés, y la jurisdicción de lo Contencioso. Todas las secciones, por lo demás, están dirigidas por un Presidente, conforme al Decreto de 30 de julio de 1963, y compuestas por un mínimo de siete Consejeros de Estado en servicio ordinario, que pueden suplir, cualquiera de ellos, en casos de ausencia o impedimento, al Presidente de la Sección, normalmente por designación del Presidente del Consejo oído el Bureau, un determinado número de Maîtres de Requetes (en la práctica entre 12 y 15), aunque sólo pueden intervenir en las deliberaciones cuando asuman funciones de ponentes, y un cierto número de auditores (o muy reducido o inexistente). Para la válida adopción de decisiones se requiere, al menos, la asistencia de cuatro Consejeros incluido el Presidente.

Al mismo tiempo, el Consejo también dispone de una Comisión Permanente y de una Asamblea General, ésta última ya mencionada anteriormente. La primera, se creó en 1945, y es presidida por el Vicepresidente del Consejo e integrada por diez Consejeros de Estado, junto a algunos Maîtres de Requetes y Auditores (estos con derecho a participar en deliberaciones si son ponentes en algún asunto). Su intervención, sólo en proyectos de ley, depende de la calificación de urgencia del Gobierno, cuestión esta que responde a la causa de su origen, en cuanto facilitar un despacho más rápido del dictamen en asuntos calificados de urgentes por dicho órgano ejecutivo, si bien en la práctica dicha circunstancia ha sido especialmente criticada por la utilización de dicha calificación cuando el Gobierno desea la intervención en todo caso del Consejo de Estado francés, como asuntos en los que tiene un particular interés político.

En cuanto a la segunda, se distingue una Asamblea General Plenaria, con todos los Consejeros de Estado, y una ordinaria, con los miembros del Bureau, tres

Sección, y emisión de parecer sobre cuestiones de importancia relacionadas con la organización y funcionamiento del Consejo.

representantes de cada Sección administrativa y trece representantes de la Sección de lo Contencioso. Es el órgano del Consejo que realiza el examen final de los asuntos encomendados al mismo, aunque su intervención se ha ido reduciendo con el tiempo, limitándose en la actualidad a proyectos de ley y de ordenanzas, proyectos de Decretos adoptados vía artículo 37 de la Constitución y Reglamentos de Administración Pública, aunque el Vicepresidente puede excluir la intervención de la Asamblea en este caso, asuntos que por su importancia lo solicite el Ministro interesado, la Sección o Comisión correspondiente o por el Vicepresidente, Presidente de Sección o de la Comisión correspondiente. También existe una Asamblea de lo Contencioso, para el enjuiciamiento y decisión de un asunto contencioso-administrativo.

Su intervención se limita a asuntos con especiales dificultades y gran trascendencia administrativa o política. Se compone del Vicepresidente que la preside con voto de calidad, todos los Presidentes de Sección, incluidas las administrativas, los Presidentes Adjuntos de la Sección de lo Contencioso, el Presidente de la Subsección de lo Contencioso a partir de cuyo informe se vaya a juzgar (o, en su caso, el Presidente de la Subsección la que hubiera sido asignado inicialmente el asunto si su instrucción se hubiera llevado a cabo directamente por la Sección de lo Contencioso) y el Ponente.

En cuanto a las funciones del Consejo de Estado, la vigente Constitución de 1958, tal y como ya he señalado, sólo refleja la función consultiva en el ejercicio de ciertas potestades normativas del Gobierno, si bien es generalmente admitido que el desarrollo de dicho Consejo se ha basado en el ejercicio de su función jurisdiccional²², compartida, desde ese mismo año, con el Consejo Constitucional, encargado de vigilar la constitucionalidad de las leyes antes de su aprobación, y cuya interpretación de la Constitución y de las leyes sometidas a su examen vincula al Consejo de Estado por el artículo 62 de la Constitución vigente.

Sea como fuere, la competencia del Consejo de Estado francés en la actualidad es muy amplia.

Faceta contenciosa y jurisdiccional del Consejo de Estado francés actual:

En el ámbito contencioso, el Consejo de Estado francés tiene una triple competencia; primero, como juez de casación, enjuicia los excesos de poder de sentencias emanadas de tribunales administrativos de apelación, así como decisiones emanadas de las jurisdicciones administrativas especializadas y de tribunales administrativos establecidos en primera y última instancia. Además, como tribunal de apelación, puede conocer de recursos contra decisiones judiciales en materia de elecciones municipales y cantonales y en apreciación de la legalidad; y, en tanto juez de primera y última instancia, puede enjuiciar demandas contra decretos, actos reglamentarios emanados de ministros, decisiones de organismos colegiados con competencia nacional y contiendas sobre elecciones regionales o europeas²³.

²² SÁNCHEZ NAVARRO, Á., “Consejo de Estado. Función Consultiva. Reforma Consultiva”, Madrid, Reus, 2007 págs. 68 y 69.

²³ En nuestros días, el Consejo de Estado francés tiene a su cargo 40 tribunales administrativos, 8 cortes administrativas de apelación así como ciertas jurisdicciones especializadas, como la Corte Nacional del derecho de asilo. Para llevar a cabo dichas tareas, le asiste el Consejo superior de los tribunales administrativos y las cortes administrativas de apelación, que conforman lo que en Francia se conoce como CSTA, el cual está presidido por el Vicepresidente del Consejo de Estado, e integrado por los miembros de dicho Consejo, por directores de la administración central, representantes elegidos por los

Faceta consultiva del Consejo de Estado francés actual:

En cuanto al ámbito consultivo, trae causa de una Ordenanza de 31 de julio de 1945, cuyo artículo 23 preceptúa que el Consejo de Estado francés dictamina “sobre todas las cuestiones en las que su intervención está prevista por disposiciones legales o reglamentarias, o que le sean sometidas por el Gobierno”, de lo que se desprende que al margen de los supuestos en que resulte preceptivo el dictamen del Consejo (consulta preceptiva u obligatoria), el Gobierno siempre puede consultar al Consejo (consulta facultativa). Dicha Ordenanza, además, determina que la deliberación del Consejo de Ministros aprobando un proyecto de ley debe estar precedida de un dictamen del Consejo de Estado.

Las consultas que se pueden plantear ante el Consejo de Estado francés, pueden ser preceptivas o facultativas. Son preceptivas las consultas en que así lo establezca la Ley siendo facultativas todas las demás. Los dictámenes del Consejo sobre las consultas realizadas no serán vinculantes, salvo que la ley disponga lo contrario.

Supuestos de consulta preceptiva al Consejo de Estado, a petición del Gobierno o de cualquiera de sus Ministros, deben preverse por disposición legal expresa, y son, especialmente, conforme los artículos 37, 38 y 39 de la Constitución de la V República, de 4 de octubre de 1958, elaboración de proyectos de ley, proyectos de Ordenanzas y de Decretos de modificación de normas con valor o fuerza de Ley dictados con anterioridad a la Constitución en materia reservada al Reglamento. A ello se une, además, la necesidad de dictamen del Consejo de Estado respecto de propuestas de actos comunitarios que comporten disposiciones de naturaleza legislativa, con el objeto de informar acerca de si su adopción requeriría tales disposiciones de naturaleza legislativa junto con la intervención del Consejo en cuanto al dictamen sobre la compatibilidad de leyes con los Tratados Internacionales (a partir de una decisión del Consejo Constitucional de 15 de enero de 1975) y, desde 1992, respecto de los actos normativos que traspongan normas de Derecho Comunitario.

Con carácter general, y al margen de los supuestos antes enumerados, se regula la intervención preceptiva del Consejo de Estado en la elaboración de disposiciones reglamentarias (Decretos), que impongan deberes o cargas a los ciudadanos, tengan clara incidencia en situaciones individuales o afecten al ejercicio de derechos constitucionales. Si se ha producido la intervención preceptiva del Consejo de Estado francés, la norma correspondiente sólo podrá ser modificada o derogada en adelante por otro Decreto dictado con idénticos requisitos, salvo disposición legal en contra.

Para el caso de actos concretos, se contempla la intervención preceptiva del Consejo de Estado en materias de nacionalidad y estado civil, propiedad (expropiación) y ejercicio de derechos constitucionales, siendo fundamental la omisión o requerimiento inadecuado o deficiente del preceptivo dictamen del Consejo en estos casos, por cuanto comporta la nulidad del acto o medida en cuestión, por incompetencia del órgano

magistrados, y tres personas cualificadas. Dicho órgano, de consulta independiente, está llamado a pronunciarse sobre la carrera de los magistrados administrativos y sobre el conjunto de los proyectos de textos que conciernen la justicia administrativa, constituyendo una importante garantía para la independencia judicial. El Consejo de Estado galo, además, gestiona el presupuesto nacional destinado a los tribunales administrativos y cortes administrativas de apelación.

correspondiente (decisiones de 23 de enero de 1953, asunto Courajoux y 9 de junio de 1978, asunto SCI du 61-67 boulevard Arago, respectivamente)²⁴.

El dictamen del Consejo de Estado salvo raras excepciones, no vincula al Gobierno francés, si bien de hecho son ampliamente acogidos por el Gobierno.

Los supuestos de dictamen vinculante del Consejo galo se refieren, ya que no existe disposición que lo recoja en su totalidad, al reconocimiento, modificación de estatutos y disolución de las congregaciones, creación de bancos de datos informáticos en contra de la Comisión Nacional correspondiente, ocupación inmediata de terrenos en procedimientos expropiatorios, declaración de interés general de obras de construcción de conductos para el transporte de productos químicos y cuestiones relacionadas con la nacionalidad y el estado civil.

En supuestos concretos, al margen de la elaboración de leyes y reglamentos, se exige el acuerdo del Consejo para que el Gobierno pueda adoptar su decisión. Además, la opinión del Consejo de Estado francés tiene un peso muy especial, si el Consejo se pronuncia total o parcialmente en contra del texto presentado por el Gobierno, o adopta una redacción diferente al texto del Gobierno, éste sólo puede, además de renunciar a la iniciativa legislativa, aprobar su proyecto originario o el texto propuesto por el Consejo, pero nunca combinar las dos redacciones en el seno de un mismo texto o adoptar una tercera solución²⁵. En todo caso, la omisión de su Dictamen preceptivo acarrea la nulidad del acto producido, si bien no por la existencia de un simple vicio formal de procedimiento, sino por incompetencia de su autor, evidenciando la coautoría que se le atribuye a dicho Consejo en la adopción de tales actos administrativos, por el derecho francés²⁶.

En los últimos tiempos se ha planteado el papel del Consejo de Estado en el control jurídico de las normas, teniendo en cuenta que en este caso vela porque el texto proyectado no sea contrario a la Constitución, a los principios generales del Derecho ni a las garantías fundamentales de las libertades públicas. En este sentido, la creación del Consejo Constitucional ha reforzado la función del control constitucional del Consejo de Estado, incluyendo su papel consultivo, lo que le permite examinar con mayor detenimiento “la adaptación de sus decisiones al fin perseguido, al equilibrio de su disposiciones, a la armonización de éstas con el conjunto del sistema legislativo, y eventualmente a su oportunidad²⁷.”, tratándose de evitar la emisión de opiniones políticas de partido centrándose en un análisis técnico-jurídico de la cuestión.

El Consejo de Estado francés goza de una amplia autonomía funcional y sus miembros se benefician de un estatuto garantizador de su independencia. Siguiendo a J. Massot y J. Marimbert²⁸, el órgano de referencia tiene una triple naturaleza: primer

²⁴ La intervención preceptiva del Consejo de Estado se refleja en la fórmula recogida en sus dictámenes “le Conseil d’Etat entendue” o “le Conseil d’Etat (section d’interieur) entendue”, frente a la expresión “après avis du Conseil d’Etat”, cuando la consulta es facultativa.

²⁵ MASSOT, J., y GIRARDOT, T., *Le Conseil d’État*, (Paris, DF, 1999), p.75.

²⁶ También cuando la consulta es demasiado tardía para que el dictamen pudiese ser tenido en cuenta, o no se ha acompañado de los documentos necesarios o cuando el Gobierno ha vulnerado la regla según la cual debe limitarse a elegir entre su texto y el aprobado por el Consejo, como bien recuerda Sánchez Navarro, en “Consejo de Estado...”, o.c., p. 78.

²⁷ MASPETIOL, cit., en MASSOT, J. y MARINBERT, J., “*Le Conseil d’Etat*”, Notes e etudes Documentaires, nº 70, 1988, p.76.

²⁸ *Le Conseil d’Etat...*, o.c., p. 19.

“cuerpo” administrativo del Estado (en cuya calidad es el asesor general del Gobierno); jurisdicción administrativa suprema (en cuya condición decide de forma independiente sobre los contenciosos de orden administrativo) y cuerpo selecto de funcionarios (pues sirve al Estado de cantera de colaboradores para una amplia gama de tareas).

Como ya hemos adelantado, el Consejo de Estado francés se configura como la jurisdicción administrativa suprema del país, lo que garantiza su independencia y refuerza su posición frente al Gobierno. Esta institución está formada por unos 300 miembros, que acceden, o bien a través de un concurso de selección, o bien por vía externa.

A través de concurso de selección, se accede desde la Escuela Nacional de Administración (ENA). Para acceder a dicha escuela, se requiere título de grado o bien ser funcionario público con diez años de experiencia y treinta años de edad. De entre los mejores expedientes de los egresados, cada año, se eligen aproximadamente a cinco para entrar a formar parte del Consejo de Estado. Los cinco egresados elegidos entran a formar parte del Consejo de Estado como Auditores de segundo grado y tras su ascenso y promoción interna pasan a ser Auditores de primer grado. Tras cuatro años, los auditores de primera clase pasan a ser Relatores y al cabo de doce años en dicho cargo son ascendidos a Consejeros de Estado. La promoción de los mismos se debe exclusivamente a la antigüedad, lo que constituye una importante garantía de independencia.

En cuanto al acceso por la vía externa, ha de señalarse que una cuarta parte de relatores del Consejo de Estado y una tercera parte de Consejeros de Estado son elegidos por el Gobierno entre personalidades externas a la corporación. Por esta vía se reserva una parte a los miembros de los tribunales administrativos y de las cortes administrativas de apelación a propuesta del Vice-presidente del Consejo de Estado.

Además, el Consejo de Estado cuenta con consejeros de Estado en servicio extraordinario, nombrados por cuatro años y que son miembros de las secciones administrativas únicamente.

En cuanto a los parámetros de examen y enjuiciamiento utilizados por el Consejo de Estado en el ejercicio de su función consultiva, siempre ha entendido que dicho examen debe extenderse a “todos los aspectos” del texto, incluyendo los relativos a su oportunidad, hasta el punto de poder tomar “una posición negativa” sobre un texto “exclusivamente por razones de esta última índole²⁹”, aunque siempre respetando las opciones políticas plasmadas en el texto que se somete a examen.

El Decreto de 30 de julio de 1963 establecería la obligación de elaborar una Memoria o Informe anual de actividades, ya previsto en la Ordenanza de 1945 pero no utilizada hasta entonces, entre cuyas funciones estaría la de formular al Gobierno “las propuestas de reforma de orden legislativo, reglamentario o administrativo” que estimase oportunas. Para ello se creó una “Comisión del Informe” (*Commission du rapport*), que se corresponde con la quinta Sección administrativa (*Section du rapport et des études*), y que en la actualidad se denomina “Comisión del Informe y del Estudio”, encargada de la elaboración de estudios por iniciativa propia o del Gobierno, aunque siempre responde de hecho a un previo acuerdo con éste. La finalidad es llevar a cabo un estudio práctico con conclusiones que, a modo de recomendaciones, pueden ser

²⁹ MASSOT, J., y GIRARDOT, T., *Le Conseil...*, o.c., p. 82-83.

asumidas por la Administración activa. Los estudios se publican en la revista *Etudes et Documents*.

II. El Consejo de Estado en Bélgica

Aunque con antecedentes consultivos desde 1531, Bélgica, país que se separa de Francia tras la caída del Imperio napoleónico, sentía, como todos los países de independencia reciente, una animadversión hacia las instituciones que pudieran evocar al país opresor, siendo una de ellas la del Consejo de Estado. Con anterioridad, en tiempos de la Monarquía Hispánica, y hasta el Tratado de Utrech, por el que se desvincula dicha Monarquía, existió un Consejo de Flandes. Su actual Constitución, de 1831, de corte liberal, no mencionó la institución del Consejo de Estado³⁰, si bien tampoco lo prohibía, dejándose a la iniciativa del legislador ordinario el establecimiento de la misma. Tal ausencia de mención se debía no sólo a los recuerdos negativos de los abusos del Consejo de Estado francés sino también al de los Países Bajos cuando Bélgica formó parte de la corona holandesa.

No obstante, y aunque existieron iniciativas legislativas y doctrinales desde 1832, dirigidas al restablecimiento de dicho órgano, fue la Ley de 23 de diciembre de 1946³¹, publicada en la Gaceta Oficial de 9 de junio de 1947 (y sus posteriores modificaciones), la que vino a restablecer la institución de referencia en dicho país, cuya puesta en marcha se efectuó con fecha 23 de agosto de 1948. Y ello porque, de un lado, acabaron por imponerse las necesidades prácticas, de otro lado, debido al desarrollo de la vida administrativa de posguerra, que evidenciaba cada vez más la necesidad de un organismo regulador de las relaciones entre el individuo y el Estado

³⁰ Es más, responde al pensamiento constituyente belga de excluir la consulta o referéndum popular como fórmula o institución de su Derecho público.

³¹ MARTÍNEZ MARÍN, A., en “Sistema Político-Administrativo y Administración Consultiva en Bélgica”, *Documentación Administrativa*, nº 195, 1982, pp. 227, 228 y 230, pone de manifiesto que André Mast sintetiza las causas de su institucionalización de la siguiente manera: “Hacia el fin de período de entreguerras y con más fuerza todavía después de la Liberación de 1944, apareció la evidencia que, frente, de una parte, la enorme extensión de los poderes de la administración pública y habida cuenta, de otra parte, del crecimiento desmesurado de las tareas que incumben al legislador y al gobierno, era preciso, para la creación de una institución nueva, proveer a la vez a la necesidad (besoin) de una mejor protección jurisdiccional del administrado y a la necesidad (nécessité) de mejorar las leyes y los decretos. El Consejo de Estado belga nace de esta falta (besoin) y de esta necesidad (nécessité). Armados principalmente del poder de anulación, las cámaras de la sección de administración tienen la tarea de perfeccionar la protección jurídica que las audiencias (tours) y tribunales aseguran al ciudadano. Incumbe a la sección de legislación el asistir vía consultiva (voie d’avis) a las Cámaras, al rey y a los ministros en el ejercicio de sus funciones normativas. A esta doble misión se añade la tarea que, en las miras (vues) del constituyente belga de 1970, debía ser la de prevenir y regular los conflictos entre la ley, que es la norma nacional, y el decreto que expresa la voluntad normativa de las Asambleas que representan a las comunidades flamencas y valonas de las que Bélgica está hecha”, en. Dicho autor, justifica en definitiva, el nacimiento del Consejo Belga, bajo el Estado de Derecho, “en la exigencia de una Administración centralista desarrollada y agobiada por una copiosa legislación gubernamental que necesita de un órgano jurídico que le advierta de los errores de derecho y le perfeccione, formalmente los textos; de otro lado, por los problemas de competencias entre los organismos descentralizados y posteriormente, también, por los conflictos surgidos de la soberanía legislativa del Estado y de los consejos culturales que exigen del Consejo de Estado, en cuanto se carece de un Tribunal Constitucional que, como Estado policéntrico - “sui generis”- Bélgica está llamada a institucionalizar en un futuro, ya que en el momento presente no lo tiene”.

además de configurarse como asesor del mismo en muchas de sus actividades necesitadas de la técnica, todo lo cual acabó por justificar la creación de un Consejo de Estado en el país de referencia.

El Consejo de Estado en Bélgica surge en diciembre de 1946, organizado en dos Secciones: la Administrativa, en la que se funden las funciones consultiva y contenciosa, con justicia delegada en cuanto a los recursos de anulación por exceso de poder, y sin más distinción que la de que no podrán intervenir en el fallo de un recurso los Consejeros que hubieran emitido su parecer sobre el mismo asunto, y una Sección Legislativa, encargada de preparar y redactar los textos legales que los presidentes de las Cámaras quieran someterle, siendo obligatoria la consulta previa respecto del Gobierno en relación a proyectos de ley o decretos generales o reglamentarios.

Desde 1970, no obstante, la Sección de Legislación o Legislativa, se encarga de la resolución de conflictos entre el Estado central y las regiones, además de ejercer funciones consultivas facultativas y obligatorias. Son facultativas, a petición de los ministros y los miembros de los Gobiernos regionales, las consultas a proposiciones de Ley, Decretos, de Ordenanzas y enmiendas a los mismos; igualmente, a petición de los presidentes de las Cámaras legislativas y de los Parlamentos regionales, las consultas sobre todos los proyectos y proposiciones de Ley, de Decreto y de Ordenanza, así como las enmiendas a los mismos. De otro lado, son obligatorias las consultas, en primer lugar, a petición de ministros y miembros de los Gobiernos regionales, sobre todos los anteproyectos de Ley, de Decreto o de Ordenanza, excepto proyectos de urgencia y relativos a presupuestos, a cuentas, a créditos, a operaciones demaniales y al contingente del Ejército; en segundo lugar, los Presidentes de las Asambleas Legislativas deben someter al dictamen de la Sección de Legislación del Consejo de Estado las proposiciones de Ley, de Decreto o de Ordenanza así como las enmiendas a proyectos o proposiciones de los mismos cuando un tercio de los miembros de la Asamblea correspondiente así lo requiera o lo solicite la mayoría de los miembros de un grupo lingüístico de la Asamblea regional de Bruselas.

La Sección de Legislación también conoce de los conflictos de competencia que se susciten entre las leyes estatales y los decretos de los Consejos Culturales y de los conflictos entre Decretos emanados de éstos últimos³².

Por su parte, la Sección de Administración ejerce funciones jurisdiccionales, resuelve conflictos de atribuciones y desarrolla tareas consultivas, consistentes en el asesoramiento jurídico del Gobierno en asuntos de orden administrativo no litigioso que consulten los ministros.

En la actualidad, el Consejo de Estado belga dicta sentencias y emite dictámenes, se compone de 44 miembros, nombrados con carácter vitalicio, con un primer Presidente, Presidente, 14 Presidentes de Sala y 28 Consejeros de Estado, nombrados por el Rey de entre dos listas con ternas, presentadas por la Asamblea general del Consejo de Estado y, alternativamente, por la Cámara de Representantes o por el Senado. Los consejeros son inamovibles y gozan de fuero privilegiado ya que sólo pueden ser separados por el Pleno del Tribunal de Casación.

³² El Consejo de Estado belga asume, así, competencias de un Tribunal Constitucional del que dicho país carece.

Las decisiones del Consejo de Estado, en su sección de contencioso-administrativo, son inapelables, salvo en materia de competencia del propio Consejo frente al Poder judicial, en cuyo caso se pronuncia el Tribunal de Casación, para resolver el conflicto de competencias planteado.

El Consejo de Estado Belga no se inserta en el Poder judicial, sino bajo la dependencia del Ministro del Interior, y como institución consultiva y jurisdiccional en la unión de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, el Consejo de Estado Belga debe esencialmente su existencia al deseo del legislador de ofrecer la posibilidad de recurso a personas físicas y jurídicas frente a normas administrativas irregulares. En consecuencia, la competencia más importante del Consejo de Estado se conecta con su potestad de suspender y anular actos administrativos contrarios al ordenamiento jurídico belga, aunque también ejerce la función consultiva en asuntos legislativos y estatutarios, tal y como ha sido expuesto.

El Consejo de Estado belga, actúa como juez de casación en los recursos interpuestos contra las resoluciones de los órganos jurisdiccionales administrativos inferiores.

III. El Consejo de Estado en Portugal

El Consejo de Estado portugués³³ se creó en 1569, si bien fue institucionalizado en 1562, dotándole de regimiento el Rey Sebastián, con fecha 8 de septiembre de 1569. Su estructura organizativa era muy flexible sin un número de consejeros fijo. Dicho Consejo, a veces también llamado “Consejo”, era el principal órgano de gobierno del monarca, pues desempeñaba funciones consultivas y decisorias. De acuerdo con un manuscrito de mediados del siglo XVII, titulado “Cuándo tuvo su origen el Consejo de Estado”, se nos manifiesta que en él tenían asiento los llamados “*fidalgos* del Consejo”, o sea, un número restringido de dignatarios que, de alguna manera, representaban las diferentes corrientes existentes en el seno de la aristocracia y del estado eclesiástico de aquel momento en el país luso. Durante mucho tiempo, este órgano fue conocido como “Consejo del Rey”.

En cuanto a la expresión “Consejo de Estado”, bien puede señalarse que la misma data de 8 de septiembre de 1569 –por tanto, durante el reinado de Sebastián I– uno de los primeros albalá que se refieren de manera explícita a la existencia de un Consejo con esa denominación³⁴. Este documento define de un modo bastante vago las atribuciones de este órgano, y, entre otros aspectos, indica que el Consejo tenía la obligación de reunirse en el Palacio Real, al menos tres veces a la semana, y que esta reunión debería durar, como mínimo, dos horas. El mismo albalá establece, también, que el proceso decisorio a adoptar en el seno del Consejo debía de ser por votación, la cual, de acuerdo con la costumbre, los consejeros deberían efectuar en presencia del Rey, en conjunto y oralmente. Para el caso en que el Rey no estuviese presente, el Secretario de Estado quedaba encargado de recoger las opiniones de cada uno de los asistentes, transmitiendo posteriormente esta información al monarca.

³³ Prestage, E., *Memorias sobre Portugal no reinado de D. Pedro II*, Archivo Histórico de Portugal, 1935.

³⁴ Sobre los orígenes del Consejo de Estado en Portugal, véanse los interesantes comentarios de Francisco Manuel de Melo, *Tacito Portuguez. Vida, e Morte, Dittos e Feytos de El-Rei Dom João IV*, según apógrafo inédito de la Biblioteca Nacional, con introducción, información y notas de Afrânio Peixoto, Rodolfo Garcia y Pedro Calmon, Río de Janeiro, Centenário da Restauração, 1940, pp. 103-104.

Poco después, en el año 1582, nacía el “Consejo de Portugal”, radicado en Castilla y encargado de tratar todos los asuntos relacionados con el gobierno del reino luso, en este tiempo agregado a la Monarquía Hispánica. A partir de esta fecha, pasó a existir un Consejo en Castilla y otro en Lisboa, siendo este último tutelado por su congénere madrileño³⁵.

Tras la Restauración, el Rey Juan IV reafirmó las disposiciones de 1569, y durante este periodo el monarca gobernó con la asistencia de un grupo de notables. El *Regimento do Conselho de Estado*, de 31 de marzo de 1645, reproduce, en lo esencial, lo que había sido definido en tiempos de don Sebastián³⁶, determinando, también, que todos los consejeros de Estado participasen, inherentemente, en el Consejo de Guerra³⁷, precediendo a todos los que solamente eran consejeros de éste último, y estableciendo que el Consejo era el principal órgano de gobierno, encargado de despachar “todas las semanas, en ciertos días y a horas limitadas, a la manera y semejanza de un Tribunal”³⁸. De acuerdo con el *Regimento do Conselho de Estado* de Juan IV, el número de miembros de este órgano no era fijo, aunque, en cualquier caso, tenían la obligación expresa de “ayudar, servir y aconsejar” al Rey, “con tal cuidado, celo y amor, que el gobierno sea mucho y que convenga al servicio de Dios, conservación de mis Reinos y beneficio común y particular de mis vasallos...”.

De el Consejo de Estado se decía que era el organismo donde “asisten los mayores hombres del Reino”³⁹, y, valiéndose de esta reputación, a lo largo de los años que siguieron a la Restauración, este Consejo exigió que todas las cuestiones de gobierno pasasen por él. En cuanto principal órgano consultivo, el Consejo de Estado era el principal foro de debate sobre el gobierno, y sus miembros eran de tal manera preponderantes que llegaban, incluso, al extremo de criticar las decisiones del propio monarca. El Consejo de Estado se presentaba constantemente como la única y legítima sede de decisión, invocando no solo su inserción en la esfera doméstica del Rey, sino también la antigüedad de su unión orgánica con la realeza. Como señala Robert Descimon, para la sensibilidad coetánea el Consejo era visto como una especie de

³⁵ Cfr. Santiago Luxán-Meléndez, *La Revolución de 1640 en Portugal, sus fundamentos sociales y sus caracteres nacionales. El Consejo de Portugal: 1580-1640*, Madrid, Tesis de doctorado, Universidad Complutense de Madrid, 1988 (policopiada). El Consejo sufrió varios cambios y reformas, conociendo su disolución durante algunos periodos.

³⁶ Véase la «Copia authentica do alvará, que El Rey D. Sebastião passou pertencente ao Conselho de Estado, o qual está na Secretaria de Estado», en *Provas Genealógicas da Casa Real Portuguesa...*, tomo III, 1ª, p. 291. Cfr. «Regimento do Conselho de Estado», en J.J. de Andrade e Silva (org.), *Collecção Chronologica da Legislação Portuguesa...*, 1640-1647, Lisboa, Imprensa de F. X. de Souza, 1856, pp. 269 ss.

³⁷ BA, cód. 49-X-12, fol. 490.

³⁸ Es importante no confundir el título de «miembro efectivo» del Consejo de Estado – que era concedido a un número restringido de miembros de la nobleza–, con la distinción honorífica «del Consejo de su Majestad», la cual era ostentada por un grupo bastante amplio de personas a las que el Rey, de manera ocasional, solicitaba su opinión sobre asuntos concretos y que no pertenecían al Consejo de Estado. Los Desembargadores de Palacio formaban parte de este grupo. Cfr. Pedro Pinto dos Reis, *Conselheiros e Secretários de Estado de Portugal, de D. João IV a D. José I (Subsídios para o seu estudo sócio-jurídico)*, dissertação de mestrado, Universidad de Coimbra, 1987 (policopiada).

³⁹ «Consulta do Conselho da Fazenda», 2 de enero de 1657, publicada por Edgar Prestage en «Três Consultas do Conselho da Fazenda de 1656 a 1657», *Revista de História*, 34 (1920) p. 14.

apéndice de la figura real: se decía que el Rey actuaba por su consejo, es decir, era el Rey, y luego, también el Consejo, quien tomaba las decisiones⁴⁰.

Las reuniones del Consejo obedecían a un ceremonial que establecía, con criterio, una jerarquía entre los asistentes: “*Dans le lieu où se tient le Conseil d’Etat, est une table longue, au bout de laquelle est le fauteuil du Roy, des deux côtés sont les bancs à des couverts de cuir sur lesquels les Conseillers d’Etat son assis, suivant l’ordre de leurs Titres, le Cardinal avant le Duc, et le Duc avant les Marquis, et les Marquis avant les Comtes, aubout d’enbas le Secretaire d’Etat, assis sur un siège pliant*”⁴¹.

En cuanto al proceso de toma de decisiones, las resoluciones eran habitualmente realizadas a través de la votación en conjunto y oralmente de los consejeros, como hemos señalado anteriormente. El Rey, por lo general, seguía el parecer de su Consejo. No obstante, en determinados periodos, se tendía a adoptar un método diferente: la votación escrita y por separado. El famoso jurisconsulto Antonio de Sousa de Macedo, uno de tantos autores que trató el tema, en su obra *Armonía Política...*, publicado en 1651, manifestaba las ventajas y desventajas de la consulta por escrito. Sousa de Macedo reconoce que, cuando los consejeros votaban por escrito, el proceso decisorio era sin lugar a dudas “más libre” y rápido.

Con todo, la identidad letrada de Sousa de Macedo no podía dejar de marcar su visión sobre esta materia, y luego, a continuación, afirmaba que el voto secreto era algo que volvía las decisiones demasiado rápidas, lo que solía ser perjudicial para el “buen gobierno”. Dicho autor, además, vino a remarcar que la modalidad decisoria más conveniente para el “bien común” era la votación en conjunto, pues de este modo se llegaba siempre a una mejor resolución⁴². Es interesante verificar que el jurisconsulto Sousa de Macedo asociaba el voto por escrito y la votación por separado a la actuación de los “príncipes absolutos” y al gobierno autoritario, pues en una clara defensa del gobierno por consejo hace la siguiente advertencia: “Responde la Política Divina [al príncipe]: Nada hagáis sin consejo, y después de hacerlo así, no os arrepentiréis...”⁴³.

⁴⁰ Robert Descimon & Christian Jouhaud, *La France du premier XVIIe siècle, 1594-1661*, París, Belin, 1996, p. 182.

⁴¹ Descripción anónima de la corte de Lisboa en la década de 1680, editada por Edgar Prestage en «Memórias sobre Portugal no reinado de D. Pedro II», *Arquivo Histórico de Portugal*, 1935, p. 21.

⁴² Francisco Manuel de Melo fue otro autor que trató el tema, en su *Aula Política*, se manifestó como un gran crítico de las votaciones por escrito. Afirmaba que esta costumbre había sido introducida por los validos, principalmente por el conde-duque de Olivares, «hum abuso para ser mais Senhor dos negocios...». Para Francisco Manuel de Melo de esta medida solo habían resultado injusticias, pues el rey despachaba sin hablar personalmente con los consejeros. Además, otro inconveniente de la votación por escrito era la gran cantidad de papel que resultaba de esta práctica: «alguns largos, & os mais, de muyto ruyns letras, de Ministros velhos, & pessoas grandes, que de ordinario escrevem mal; o que chegava a ser em tal maneyra, que se affirmou por certo, que no aposento donde El Rey despachava, & na alcoba do Conde Duque topavão pela manhã os varredores muytos papéis destes serrados, donde se comprehendião as consultas dos mayores pontos da Monarchia» - *Aula Política, Curia Militar: Epístola Declamatoria ao Serenissimo Principe D. Theodozio: & Política Militar...* (Lisboa, Mathias Pereira da Sylva, 1720) pp. 62-63.

⁴³ António de Sousa de Macedo, *Armonía Política. Dos Documentos Divinos com as conveniencias d’Estado. Exemplar de Principes No governo dos gloriosissimos Reys de Portugal. Ao Serenissimo Principe Dom Theodosio nosso Senhor...* (Haya, Samuel Brown, 1651), pp. 218 ss.

Independientemente del proceso decisorio adoptado, lo cierto es que el Consejo de Estado era un órgano no permanente y que apenas era convocado por el Rey y por el secretario, lo que hacía que la gestión de muchos de los asuntos de gobierno acabasen por escapar a su control. En la gestión corriente del “gobierno del reino” la Corona contaba con otros órganos de carácter más permanente, como era el caso de los consejos especializados en ciertas materias – al principio el Consejo de Hacienda, y más tarde el Consejo de Guerra (1640) y el Consejo Ultramarino (1643)-, e incluso, por las diversas Juntas.

Inicialmente pensada como una manera de clarificar esferas de competencia y como una respuesta a los desafíos colocados por la cada vez más compleja actividad gubernativa, esta creciente especialización del gobierno acabó por quitar peso a aquel que era el más antiguo y prestigioso órgano consultivo: el Consejo de Estado. En la búsqueda de formas más expeditivas para lidiar con los problemas que cotidianamente afectaba a sus dominios, la Corona recurrió no solo a los consejos especializados, sino también a las juntas y a los grupos restringidos. Como señala Jean-Frédéric Schaub⁴⁴, las juntas surgían normalmente en momentos de crisis y tenían como principal característica el hecho de tener áreas específicas de intervención, refiriéndose, por lo general, a cuestiones muy sensibles. Al mismo tiempo, estas juntas, además de disfrutar de una jurisdicción bastante amplia, actuaban con una cierta independencia de los órganos preexistentes, admitiendo el ingreso de oficiales de carácter comisarial, y siendo consideradas, cada vez más, como la mejor manera de agilizar el gobierno y la administración, sobre todo en los ámbitos fiscal y comercial.

Las juntas también se distinguían por su peculiar composición. En el caso de los consejos, se intentaba que éstos estuviesen compuestos por una mayoría de consejeros nobles – “de capa y espada”-, aunque contando, igualmente, con uno o dos “consejeros letrados” para tratar los papeles que requiriesen una formación jurídica. Las juntas, a su vez, solían tener una composición marcadamente letrada, y en la selección de sus miembros las lógicas clientelares eran habitualmente preponderantes. Asimismo, la opción por comisarios intentaba romper con los inconvenientes inherentes a la patrimonialización de los oficios, garantizando a la Corona un mayor control sobre estos oficiales.

El antiguo Consejo Real Portugués fue regulado mediante la Carta Constitucional de D. Pedro, de 29 de noviembre de 1826, bajo el nombre de *Conselho de Estado*, cuyos miembros eran designados con carácter vitalicio y en número de doce, con un miembro nato, esto es, el heredero al Trono a los dieciocho años. Sus funciones tenían un acusado matiz político: “negocios graves y medidas generales de Administración Pública”, incluyendo declaraciones de guerra y tratados de paz u otra clase, ejercicio de las facultades moderadoras del Rey, nombramiento de pares, convocatoria extraordinaria de las Cortes, sanción de sus resoluciones, prórroga o suspensión de las Cortes y disolución de la Cámara de Diputados, además de suspensión de magistrados, amnistías e indultos.

La Ley de 3 de mayo de 1845 reorganizó el Consejo portugués, trasladando sus funciones contenciosas al Tribunal Supremo administrativo, si bien mediante Decreto

⁴⁴ Jean-Frédéric Schaub, *Le Portugal au Temps du Comte-Duc de Olivares, 1621-1640. Le Conflit de Jurisdiction comme Exercice de la Politique*, Madrid, Casa de Velázquez, 2001, pp. 99 ss.

de 9 de junio de 1870, se le restablecieron tales funciones, ejerciendo por el sistema retenido la jurisdicción contencioso-administrativa.

A partir de 1870 existen dos Consejos de Estado: el político, privado de la Corona y el administrativo, si bien, al proclamarse la República, la Constitución de 1911 prescindió del Consejo de Estado.

En nuestros días, y con el “Estado Novo”, se restableció el Consejo de Estado luso, gracias a la Constitución de 19 de marzo de 1933, enmendada, segunda parte, título II, capítulo III, a través de sus artículos 83 y siguientes, de forma que el artículo 83 de dicha Constitución fue desarrollado mediante Ley Orgánica del Consejo de Estado del mes de abril de 1933, distinguiendo entre sus competencias aquellas que podían ser facultativas y aquellas que resultaban obligatorias.

Ante todo, el Consejo de Estado portugués no era, ni sigue siendo, órgano consultivo del Gobierno sino de su Jefe de Estado, teniendo en cuenta que la institución de referencia podía ser convocada por el Presidente de la República cuando lo juzgara conveniente. Con carácter preceptivo, debía ser convocado por el Jefe del Estado “en todas las circunstancias graves de la vida del Estado”, y, especialmente, “antes de ejercitar cualquiera de las atribuciones siguientes: 1º. Otorgar a la Asamblea Nacional poderes constituyentes a tenor del art. 134 de la Constitución. 2º. Proceder a la convocatoria extraordinaria, por causa de urgente utilidad pública, de la Asamblea nacional, para que delibere sobre determinados asuntos, y también a fin de suspender las sesiones; 3º. Disolver la Asamblea nacional cuando así lo exigieren los altos intereses nacionales; 4º. Diferir por plazo no superior a seis meses, si así lo aconsejan los altos intereses del país, la celebración de nueva elección para la Asamblea Nacional, cuando esta hubiere sido disuelta”, a lo que se une la competencia para declarar la imposibilidad física permanente del Presidente de la República o de cualquiera de los miembros del Consejo para el ejercicio de sus respectivas funciones, conforme los artículos 80.1 de la Constitución y 11.1 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado.

En sus orígenes, el Consejo luso estaba compuesto por cinco miembros natos⁴⁵, cinco miembros vitalicios, designados libremente por el Presidente de la República con refrendo de todo el Gobierno, seleccionados “entre personas de alta competencia”, conforme el artículo 83 de la Constitución y 1.2 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado. El Presidente del Consejo de Estado era el Presidente de la República, siendo sustituido por el Presidente del Consejo de Ministros, al tiempo que los consejeros tenían un estatuto personal muy similar al de los parlamentarios, lo que evidenciaba el predominio político en la naturaleza del órgano de referencia.

En la actualidad, el Consejo de Estado portugués está regulado por el artículo 144 de la Constitución portuguesa de 2 de abril de 1976, que establece que “el Consejo de Estado es el órgano consultivo político del Presidente de la República”. En cuanto a sus funciones, debe dictaminar, conforme el artículo 145 de dicho texto constitucional, sobre la disolución de la Asamblea de la República y de los órganos de la autoadministración de las regiones autónomas; sobre el cese del Gobierno en el supuesto previsto en el artículo 198.2 de la Constitución, es decir, cuando sea imprescindible para garantizar el funcionamiento democrático de las instituciones

⁴⁵ Que eran los Presidentes del Consejo de Ministros, de la Asamblea Nacional, de la Cámara Corporativa, del Tribunal Superior de Justicia y el Procurador General de la República.

democráticas; sobre el nombramiento y cese del Ministro de la República para las regiones autónomas; sobre la adopción del estado de sitio, y los tratados de paz; sobre las medidas que, conforme la Constitución, pueda adoptar el presidente interino de la República; y, finalmente, en todos los casos que prevea la Constitución y siempre que sea requerido para ello por el Presidente de la República. Salvo el último supuesto, en los restantes la consulta es obligatoria.

El Consejo de Estado portugués se compone en nuestros días, según el artículo 142 de la Constitución portuguesa, de 20 miembros, incluyendo el Presidente de la República, el de la Asamblea de la República, el Primer Ministro, el Presidente del Tribunal Constitucional, el Mediador, los Presidentes de los Gobiernos regionales de Azores y Madeira, los antiguos presidentes de la República elegidos conforme la Constitución que no hayan sido destituidos, cinco ciudadanos designados por el Presidente de la República por cinco años, y cinco ciudadanos designados por la Asamblea de la República por cuatro años. Está presidido actualmente por el Presidente de la República, conforme los artículos 136 a) y 145.1 de dicha Constitución.

Al mismo tiempo, dicha institución tiene autonomía para aprobar su propio Reglamento. Sus opiniones pueden ser escritas o verbales, siendo necesariamente por escrito la emisión de parecer en los supuestos de las letras a) a e) del número 1 y número 2 del artículo 3 de su Reglamento, además del caso en que así lo solicite el Presidente de la República. Igualmente, sus dictámenes serán publicados en los supuestos previstos en las letras a) a d) del n° 1 y n° 2 del artículo 3 de su Reglamento si el Presidente de la República ejerce los actos objeto de dicho requisito, así como en los supuestos de la letra e) del número 1 del artículo 3, del mismo Reglamento. Sus sesiones tienen carácter secreto salvo en los dictámenes que afectan a la disolución de la Asamblea nacional o los órganos de autoadministración de las regiones autónomas, o a las medidas adoptadas por el Presidente interino, fundamentalmente.

Por lo demás, el estatuto de miembro del Consejo de Estado portugués es compatible con el ejercicio de cualquier otra actividad, pública o privada y su figura resulta inviolable salvo en el caso de flagrante delito, teniendo en cuenta que, además, tales miembros no están sujetos a responsabilidad civil, criminal o disciplinaria por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de sus funciones.

IV. El Consejo de Estado en Colombia⁴⁶

Debe recordarse la participación de americanos y peninsulares, para redactar la Constitución de Cádiz, con la cuál los españoles buscaron hacerse al apoyo de los americanos, ya que éste resultaba indispensable para sostener la guerra contra Francia. Reestablecido el absolutismo, el rey actuó contra los criollos, concluyendo con una serie de hechos liderados por Antonio Nariño y Camilo Torres y más tarde con Simón Bolívar y Francisco de Paula Santander que encabezaron la lucha, que se desarrolló en una serie de batallas, iniciadas en 1810 y concluidas en 1819, con la batalla de Boyacá (7 de agosto de 1819) y el Congreso de Angostura, que condujeron a que el territorio

⁴⁶ Escobar, L.M., *La actividad constitucional del Consejo de Estado colombiano*, Universitas, Bogotá (Colombia), n° 111, 65-94, enero-junio 2006. Malagón-Pinzón, M., y Miguel, J., *Colonialismo cultural francés y la creación del Consejo de Estado en el Derecho Administrativo Colombiano*, Universitas, Bogotá (Colombia), N° 115, enero-junio de 2008.

ocupado por el virreinato de la Nueva Granada, se convirtiera en una República Federal, conocida como la Gran Colombia, cuyo primer Presidente sería Simón Bolívar.

En el periodo comprendido entre 1810 a 1816 hubo grandes conflictos internos que surgieron por opiniones encontradas entre los federalistas y centralistas, y estos a su vez contra realistas, acerca de la forma de organizar el nuevo gobierno. La Batalla de Boyacá librada el 7 de agosto de 1819 selló la defensa de la causa independentista.

El Consejo de Estado colombiano fue creado mediante Decreto de 30 de octubre de 1817, expedido por Simón Bolívar⁴⁷, basándose en el modelo del Consejo de Estado francés que estableció Napoleón Bonaparte en 1799, configurándolo como un organismo consultivo que sirviera de contrapeso a su limitada autoridad, y con el fin de que sus grandes actos “sean discutidos y aprobados en una asamblea digna y pública⁴⁸”. Dicho Consejo se configuró como un órgano político administrativo, que vino a sustituir en alguna medida a la representación ciudadana en los cuerpos de elección y contribuyó a la toma de decisiones administrativas, legislativas y de gobierno propias del Estado.

Tras la configuración de un Cuerpo semejante con cambio de denominación, por la Constitución de 1821⁴⁹, el Decreto Orgánico de 27 de agosto de 1828, viene a encomendar al Consejo de Estado colombiano funciones consultivas y asesoras, preparación de decretos y reglamentos y emisión de dictámenes en casos de declaración de guerra, preliminares de paz y ratificación de tratados, además de informar sobre las personas más aptas para desempeñar diversos cargos dentro del aparato estatal⁵⁰.

Dicho Consejo se mantiene tanto en la Constitución de la República de Colombia de 1830, que le encomienda el auxilio al Poder Ejecutivo “con sus luces en los diversos ramos de la administración pública”, configurándolo como organismo consultor y de preparación de proyectos de ley, incluyendo en su composición al Vicepresidente de la República, los Ministros secretarios de despacho, el Procurador General de la Nación y doce consejeros elegidos de entre los ciudadanos del común, como en la Constitución del Estado de Nueva Granada de 1832, que le asigna las funciones de dictamen para la sanción de leyes “y en todos los negocios graves y generales de la administración pública”, la preparación, discusión y formación de

⁴⁷ Mediante el cual, Simón Bolívar, en calidad de “Jefe Supremo de la República de Venezuela y Capitán General de sus ejércitos y de los de la Nueva Granada”, dispuso: “Establecer por ahora un buen gobierno representativo y una Constitución eminentemente liberal (...) y el deseo de que las providencias importantes, las leyes, los reglamentos e instrucciones saludables que deben entre tanto publicarse para la administración y organización de las provincias y libres o que se liberten, sean propuestas, discutidas y acordadas en una Asamblea que por su número y por la dignidad de los que la compongan merezca la confianza pública”.

⁴⁸ La corporación se integró por magistrados de la alta Corte de Justicia, secretarios de despacho y jefes militares entre otros, previamente designados por el Gobierno y presididos por el Jefe Supremo, y en su ausencia por el consejero en quien se hubiera delegado dicha función. Se componía, además, de tres secciones, las de Estado y Hacienda, Marina y Guerra, e Interior y Justicia, de forma que cualquier integrante de sección podía proponer todo tipo de disposiciones que estimaran oportunas, pero únicamente el presidente de cada sección era el encargado de llevarlas al Consejo en pleno, y solo cuando previamente hubiesen sido aprobadas en la sección.

⁴⁹ Al que llamó Consejo de Gobierno.

⁵⁰ Dicha norma vino a establecer, además, que estaría conformado por el Presidente del Consejo de Ministros, los ministros secretarios de despacho, y por lo menos un consejero para cada uno de los departamentos.

proyectos de ley y códigos que hayan de presentarse al Congreso así como la consulta, dictamen y consentimiento en los casos determinados por la Constitución. A ello se añadió una nueva función: la de presentar a la Cámara de Representantes una terna para elegir a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia. En su composición se incluía a siete consejeros nombrados por el Congreso.

Durante el período de 1843 a 1863, el Consejo de Estado colombiano es suprimido por la Constitución Política de la República de Nueva Granada, de 1843, al igual que la Constitución de 1853, y la Constitución Política de la Confederación Granadina de 1858 además de la de los Estados Unidos de Colombia de 1863, que no contemplaron la existencia del Consejo de Estado ni de Cuerpo similar, debido al debilitamiento del ejecutivo, ya que en la práctica el Congreso ejercía de consultor del Gobierno⁵¹.

Dicho Consejo sería reestablecido por la Constitución de la República de Colombia de 1886, como Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno en asuntos de administración, encomendándole las funciones de preparación de proyectos de ley y de códigos y propuestas de reformas en cualquier rama de la legislación. Sus dictámenes no serán obligatorios para el Gobierno⁵², señala el artículo 141 de dicha Constitución, salvo cuando se vote la conmutación de la pena de muerte, que, además, añade que dicho Consejo habrá de “decidir sin ulterior recurso las cuestiones contencioso administrativas si la Ley estableciera esta jurisdicción”, abriendo de ese modo al Consejo de Estado el carácter de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, pero de forma condicionada a la regulación legal, esto es, configurándole como máximo juez de la Administración Pública⁵³.

⁵¹ Las Constituciones de 1843 y 1853, consagraron un Consejo de Gobierno que actuó como cuerpo consultivo del Gobierno. Los textos de 1858 y 1863, tampoco contemplaron la existencia del Consejo de Estado ni de institución semejante, hecho que se justifica en los cimientos liberales de tales textos, contrarios a la existencia de dicha institución por considerarla excesivamente centralista.

⁵² Los supuestos de consulta preceptiva al Consejo de Estado colombiano conforme los artículos 113, 117, 115.10 y 11 y 207 de dicha Constitución, eran los siguientes: convocar al Congreso a sesiones extraordinarias, declarar turbado el orden público, permitir el tránsito de tropas extranjeras y la estación de buques extranjeros en aguas de la nación, a fin de permitir que el Consejo de Ministros pueda proceder a la apertura de créditos extraordinarios.

⁵³ El artículo 164 de dicha Constitución establecía que la “ley podrá establecer la jurisdicción contencioso-administrativa, instituyendo tribunales para conocer de las cuestiones litigiosas ocasionadas por las providencias de las autoridades administrativas de los departamentos y atribuyendo al Consejo de Estado la resolución de las promovidas por los centros superiores de administración”. Miguel Malagón-Pinzón, y Julio Gaitán-Bohórquez, en “Colonialismo cultural francés y la creación del Consejo de Estado en el Derecho Administrativo Colombiano”, *Universitas*, Bogotá (Colombia), n° 115: 161-178, enero-junio de 2008, acuden en este punto al profesor Libardo Rodríguez, el cual sostiene que se le asignó al Consejo la función de ser el juez de la administración porque se llegó a la “consideración de que dichos asuntos (los administrativos) debían estar regidos por normas y principios especiales diferentes de los que regían la actividad de los particulares, explicando dicho profesor que el surgimiento en el contexto colombiano de la idea del establecimiento de un juez especializado para los asuntos de la administración pública “encontró soporte en el derecho comparado de la época en tanto el referido modelo institucional estaba de moda en Francia, en donde había aparecido, y por razones históricas diversas, habiendo sido creado el Consejo de Estado a finales del siglo XVIII con carácter consultivo del Gobierno, dentro de una dinámica expansiva de su propio poder, creando una serie de principios y reglas especiales para regular la actividad de la administración del Estado, lo que condujo a que a finales del siglo XIX se le reconociera como juez de esa misma administración”.

Para Cordero Torres, el Consejo de Estado que instituye dicha Constitución, tiene raíces franco-españolas mezcladas con fuentes propias, además de un triple carácter manifestado a mediados del siglo pasado: Cuerpo supremo consultivo del Gobierno, órgano que prepara los proyectos de ley o los códigos que deben presentarse a las Cámaras, y propuesta de reforma de legislación, además de Tribunal Supremo Contencioso Administrativo⁵⁴.

La Ley 163 de 1896, confirió al Consejo de Estado colombiano competencia para conocer de los recursos de alzada contra las resoluciones de una comisión especial encargada de reconocer los créditos frente al Gobierno y sus agentes civiles o militares por suministros, empréstitos o expropiaciones durante la guerra civil de 1895, además del conocimiento en grado de consulta de las condenas a la Nación en donde el Fiscal no hubiera interpuesto el recurso de apelación. Igualmente, la Ley 27 de 1904, confirió algunas funciones jurisdiccionales a dicho Consejo, en relación a las ordenanzas departamentales⁵⁵.

Nuevamente, el Consejo de referencia será suprimido mediante Acto Legislativo Número 10, de 1905, por considerar que era un “engranaje inútil en la administración pública⁵⁶”, si bien otro Acto Legislativo posterior, el Número 1, de 10 de septiembre de 1914, vuelve a restablecer dicho Consejo como Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno en asuntos de administración, recogiendo expresamente los supuestos de consulta preceptiva a dicho Consejo por parte del Gobierno, en los artículos 28 de la Constitución y 33 del Acto Legislativo de 1910, tales como decisiones relativas a la alteración del orden público y estado de sitio, a lo que la Ley 60 de 1914 añadió “sobre otros asuntos graves, que a juicio del gobierno deban ser conocidos por todos los Consejeros”.

Al mismo tiempo, se le configura como la cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa, creada un año antes en cumplimiento del artículo 42 del Acto Legislativo 3 de 1910, que vino a señalar que “la ley establecerá la jurisdicción contencioso-administrativa”, lo que efectivamente se llevó a cabo con la Ley 130 de 1913, cuyo artículo primero vino a establecer que la jurisdicción contencioso administrativa “tiene por objeto la revisión de los actos de las corporaciones o empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas, a petición del Ministerio Público, de los ciudadanos en general, o de las personas que se crean vulneradas en sus derechos⁵⁷”.

⁵⁴ *El Consejo de Estado...*, o.c., p. 158.

⁵⁵ Más concretamente dispuso la competencia del Consejo de Estado para conocer sobre la validez o nulidad de las ordenanzas de las Asambleas Departamentales cuando fueran atacadas por vulnerar la Constitución o las leyes o por incompetencia del órgano que las profería para regular el asunto del que se ocupaban.

⁵⁶ Bajo el gobierno del general Rafael Reyes, que tomó medidas con características dictatoriales, y que además cerró el Congreso y convocó una Asamblea Constituyente, asumiendo funciones de legislador y de constituyente.

⁵⁷ Para Miguel Malagón-Pinzón, y Julio Gaitán-Bohórquez, en “Colonialismo cultural francés...”, o.c., p. 171, citando a autores de la época, el propósito del Consejo de Estado “se funda en la imprescindible necesidad de establecer medios y sanciones que hagan efectivas las garantías sociales consagradas en la Constitución. Si se dan reglas y se organizan poderes encargados de proteger y amparar el patrimonio material de los ciudadanos, cabe también pedir otras reglas y organizar otros poderes que vigilen y hagan restar las garantías que cada hombre adquiere por el hecho de formar parte de una sociedad, los intereses colectivos, y en fin medios que aseguren la inviolabilidad del patrimonio moral de la ciudadanía. Para

Dicha Ley creó la jurisdicción de referencia con un Tribunal Supremo de lo contencioso-administrativo y unos tribunales “seccionales”, poniendo en práctica por primera vez en Colombia el sistema de dualidad de jurisdicciones al contener las normas necesarias sobre distribución de competencias y procedimiento para su ejercicio lo cual supuso el primer Código Contencioso-Administrativo, en la práctica.

A lo largo del siglo XX, el Consejo de Estado colombiano ha ido consolidando su posición institucional y sus funciones, tanto como Tribunal Supremo de lo Contencioso como Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno, creándose una Sala especializada, y luego independiente, de Consulta y de Servicio Civil, que habrá de rendir informe anual al Presidente de la República sobre sus labores, las cuales fueron clasificadas mediante Acto Legislativo, Número 1 de 1968, distinguiendo entre funciones consultivas de origen constitucional y funciones consultivas de carácter legal, tanto preceptivas como facultativas.

En cuanto a sus funciones consultivas, actúa como cuerpo consultivo del gobierno en asuntos de administración, debiendo ser oído necesariamente en los casos en que la Constitución y las leyes lo determinen. Al mismo tiempo, prepara y presenta proyectos de actos reformativos de la Constitución y proyectos de ley, y decide los supuestos de pérdida de investidura del Congreso.

En cuanto a su función jurisdiccional, de mayor trascendencia, en un principio la competencia se limitó a la revisión de los actos del Gobierno o Ministerios, que no fueran competencia de la Corte Suprema de Justicia en virtud de la aplicación del artículo 41 del Acto Legislativo 3 de 1910, cuando fueran contrarios a la Constitución, a la ley o lesivos de derechos civiles. La Ley 167 de 1941, en su artículo 62, que aprobaba el Código Contencioso Administrativo, dispuso la competencia del Consejo de Estado colombiano para conocer de las acusaciones contra decretos, resoluciones y otros actos de gobierno por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, si bien por Sentencia de 7 de julio de 1942, de la Corte Suprema de Justicia colombiana, se declaró la competencia de la misma para el conocimiento de acusaciones formuladas, respecto de decretos del Gobierno cuando se fundaran en inconstitucionalidad, y sólo a partir de la reforma constitucional de 1945 se adscribe al Consejo de Estado colombiano, la competencia para conocer de los juicios frente a decretos del Gobierno acusados de inconstitucionalidad, salvo los dictados mediante autorización al mismo para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales y ejercer otras funciones de amparo constitucional, además del caso en que el Presidente obra en virtud de

resolver las controversias surgidas por oposición entre los intereses privados existe el Poder Judicial; era indispensable crear una jurisdicción encargada de decidir las muy frecuentes entre la administración, es decir, las autoridades, y los individuos porque los actos de esa administración pueden lesionar los intereses individuales o el mismo interés colectivo. La jurisdicción de lo contencioso-administrativo se ejerce de esta suerte, por entidades que son el amparo de las garantías sociales consignadas en la Carta Fundamental, y que están investidas de la facultad de anular los actos públicos que sean violatorios de ella, llámense leyes, decretos, ordenanzas o acuerdos. Pudiera decirse que es una institución de defensa social. Como salvaguardia de la justicia y del derecho, es una jurisdicción distinta de la jurisdicción civil, especialista con autoridades inferiores y superiores, independiente y capaz de dictar disposiciones definitivas de obediencia obligatoria”.

facultades extraordinarias que el Congreso le otorgare junto a supuestos de estado de sitio⁵⁸.

El Acto Legislativo 1 de 1945, que inició la referida reforma, estableció, además, que los consejeros de dicho órgano (a los que atribuyó voz en los debates de las Cámaras o Comisiones en los casos establecidos por Ley) serían elegidos por las cámaras legislativas a partir de ternas presentadas por el Presidente de la República por un período de cuatro años, y que el Consejo de Estado se dividiría en Salas o Secciones para separar las funciones como Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de las demás atribuidas a dicho Consejo.

En 1964, el Consejo de Estado colombiano asume por primera vez el conocimiento para resolver los conflictos derivados de contratos estatales y para solucionar los litigios ocasionados por la responsabilidad extracontractual del Estado, si bien la Corte Suprema de Justicia de dicho país continua siendo el juez de la actividad administrativa en materia de bienes públicos y en los litigios societarios.

En 1967 nace la Sala de Consulta y Servicio Civil, integrada por cuatro consejeros y cuyos miembros no participan de las funciones jurisdiccionales.

En la actualidad, el Consejo de Estado de Colombia se encuentra regulado en la Constitución Política de la República de Colombia de 1991, a través de sus artículos 236 y 237, en relación con los artículos 156, 184, 266, 267, 274 y 276, respectivamente. Igualmente, en los artículos 89, 93, 94, 95 a 98, 100 a 102 y 128 a 130, del Código Contencioso Administrativo colombiano, modificado mediante Leyes 270 de 1996 y 446 de 1998, respectivamente; así como por los artículos 1, 30, 40, 50 y 60 de la Ley 954 de 2005, que modifica diferentes preceptos del Código Contencioso-Administrativo colombiano. Finalmente, el Consejo de Estado colombiano dispone de Reglamento, aprobado por el Pleno de sus Salas, en el año 1999, el cual ha sido modificado y ampliado posteriormente.

De acuerdo con la normativa recién expuesta, el Consejo de Estado colombiano es el cuerpo supremo consultivo del gobierno en asuntos de la administración y el Tribunal Supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a ello se añade su facultad de iniciativa legislativa, pudiendo presentar proyectos de ley y códigos⁵⁹.

La vigente Constitución Política de la República de Colombia de 1991, en su artículo 237, establece las funciones actuales del mencionado órgano, de forma que

⁵⁸ ESCOBAR MARTÍNEZ, L. M., en “La actividad constitucional del Consejo de Estado colombiano”, *Universitas*, Bogotá (Colombia), nº 111, 65-94, enero-junio 2006, p. 92, pone de manifiesto que la agitación institucional producida entre el Consejo de Estado colombiano y la Corte Suprema de dicho país, en cuanto que esta última era la única instancia con potestades constitucionales en orden a la declaración de la constitucionalidad de las normas, fue la misma que posteriormente se produjo con la creación, en el mismo país, de la Corte Constitucional, pues tanto aquéllas como ésta giran en torno al cambio de la concepción del Derecho, de la administración de justicia, del reconocimiento de derechos mediante providencias judiciales no contenidos en forma explícita en la ley, y, en definitiva, debido a la distribución de competencias de cada uno de los órganos que termina por enjuiciar asuntos jurídicos que derivan en asuntos políticos por la trascendencia de la decisión de constitucionalidad con carácter definitivo.

⁵⁹ En este último sentido, el artículo 156 de la Constitución Política de Colombia, de 1991, establece que: “La Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Nacional Electoral, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República, tienen la facultad de presentar proyectos de ley en materias relacionadas con sus funciones”.

distingue hasta seis apartados distintos⁶⁰, las cuales se concretan en la Ley 270, de 1996, en cuanto que la Sala de Consulta y Servicio Civil de dicho Consejo habrá de evacuar las consultas (jurídicas, generales o particulares) que le formule el Gobierno Nacional, preparar los proyectos de ley y de códigos que le encomiende el Gobierno Nacional, revisar contratos y resolver cuestiones jurídicas sobre servicio civil, “conceptuar sobre los contratos que se proyecte celebrar con empresas privadas colombianas, escogidas por concurso público de méritos, en los casos especiales autorizados por la ley, para efectuar el control fiscal de la gestión administrativa nacional”, verificar el cumplimiento de requisitos por los candidatos a la Presidencia de la República y expedir la correspondiente certificación, así como ejercer el resto de funciones establecidas por la Constitución y la Ley⁶¹.

Al mismo tiempo, la mencionada Ley de 1996, crea los jueces administrativos, integrándolos en la jurisdicción contencioso-administrativa pero sin asignarles competencias, las cuales fueron detalladas por el artículo 42 de la Ley 446 de 1998, asumiendo, finalmente procesos en primera y única instancia de forma que el Consejo de Estado deja de ser tribunal de apelación y se convierte en órgano límite de la jurisdicción contencioso-administrativa, con apoyo en el artículo 237 de la Constitución Política colombiana de 1991.

Hoy en día, el Consejo de Estado colombiano es el tribunal de mayor jerarquía en la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, además de prestar servicios como órgano asesor del Gobierno en cuestiones de derecho administrativo. Resuelve en última instancia los procesos que involucran al Estado y a los particulares, o a dos Entidades estatales.

En cuanto a su composición, el artículo 236 de la vigente Constitución colombiana establece que dicha institución tendrá el número impar de magistrados que determine la ley, de forma que es el Código Contencioso Administrativo colombiano el que determina que dicha Corporación estará integrada por un total de 31 miembros, repartidos en 27 miembros en la Sala de lo Contencioso Administrativo y 4 en la Sala de Consulta y Servicio Civil, integrando todos ellos la Sala Plena.

En este sentido, los magistrados son elegidos a partir de listas de candidatos presentadas por el Consejo Superior de la Judicatura, siendo nombrados por un período de ocho años⁶². Se reúnen en asamblea plenaria y en la cámara de lo contencioso-

⁶⁰ El artículo en cuestión establece que: “Son atribuciones del Consejo de Estado: 1. Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley. 2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. 3. Actuar como cuerpo supremo consultivo del gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos en que la Constitución y las leyes determinen. En los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la Nación, el gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado. 4. Preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución y proyectos de ley. 5. Conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas, de conformidad con esta Constitución y la ley. 6. Darse su propio reglamento y ejercer las demás funciones que determine la ley”.

⁶¹ En las que se incluyen el control previo de legalidad de Convenios de Derecho Público interno y en materias de vigilancia fiscal por empresas privadas colombianas, conforme los artículos 15 de la Ley 133, de 1994, y 267.2 de la vigente Constitución colombiana, respectivamente.

⁶² El artículo 34 de la Ley 270 de 1996, establece que “El Consejo de Estado es el máximo Tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y estará integrado por treinta y un (31) magistrados, elegidos

administrativo, la cual conoce de acciones de nulidad basadas en inconstitucionalidad de decretos dictados por el Gobierno nacional que no sean de competencia de la Corte Constitucional, además de casos de ilegalidad de actos administrativos nacionales dictados por cualquiera de los poderes del Gobierno o por entidades privadas que ejerzan funciones públicas. Finalmente, también se ocupa, a través de su tercera sección, de cuestiones de reparaciones directas por actos y omisiones gubernamentales que causen perjuicios a las personas, incluyendo denuncias contra el Estado por violaciones de derechos humanos cometidas por sus agentes. Existen, además, cámaras de asesoramiento y servicio civil.

La Jurisdicción Contencioso-Administrativa colombiana, en consecuencia, es ejercida por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos, de acuerdo a la Constitución de 1991 y la Ley.

Resulta de este modo, que el derecho administrativo colombiano contempla un control mixto de la actividad de la administración pública, frente al modelo francés que dispone de un modelo de control concentrado atribuido a un solo órgano. En Colombia, tanto el Consejo de Estado como la Corte Suprema de Justicia ejercen funciones de control administrativo, pues dicha Corte sigue siendo el juez de la actividad administrativa en materia de bienes públicos y en los litigios societarios.

Respecto a su actual organización, el artículo 236 de la Constitución colombiana de 1991 determina que el Consejo de Estado se dividirá en salas y secciones, para separar las funciones jurisdiccionales de las demás que le asignen la Constitución y la ley, añadiendo que la ley señalará las funciones de cada una de las salas y secciones, el número de magistrados que deban integrarlas y su organización interna.

Es el Código Contencioso Administrativo colombiano el que establece, en sus artículos 96 a 98, respectivamente, la configuración del Consejo de Estado colombiano en tres Salas y sus correspondientes atribuciones, distinguiendo entre una Sala Plena⁶³, compuesta por los 31 miembros del Consejo que nos ocupa, una Sala de lo Contencioso Administrativo⁶⁴, compuesta de 27 consejeros, y, finalmente, una Sala de Consulta y

por la misma Corporación para los períodos individuales que determine la Constitución Política, de listas superiores a cinco (5) candidatos, que reúnan los requisitos constitucionales, por cada vacante que se presente, enviados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. El Consejo de Estado ejerce sus funciones por medio de tres (3) Salas, integradas así: la Plena, por todos sus miembros; la de lo Contencioso Administrativo, veintisiete (27) consejeros y la de Consulta y Servicio Civil, por los cuatro (4) consejeros restantes.

⁶³ De acuerdo con el artículo 96 del Código Contencioso Administrativo colombiano tiene las siguientes atribuciones: conceptuar en los casos prescritos en los artículos 5, 28, 120 numeral 10, 121 y 122 de la Constitución Política; emitir los dictámenes a que se refiere el artículo 212 de la Constitución Política; expedir el reglamento de la corporación; elegir consejeros de Estado y magistrados de los tribunales administrativos de conformidad con la Constitución Política y la ley; elegir los empleados de la corporación, con excepción de las salas o secciones, los cuales serán designados por cada una de ellas; proponer, de conformidad con el artículo 141 numeral 2, de la Constitución Política, las reformas convenientes en todos los ramos de la legislación. Los proyectos, serán entregados a las autoridades correspondientes para los trámites de rigor; distribuir, mediante acuerdo, las funciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo que no deban ser ejercidas en pleno, entre las secciones que la constituyen, con base en un criterio de especialización; integrar las comisiones que deba designar, de conformidad con la ley o el reglamento; elegir los dignatarios de la corporación y, finalmente, las demás que le atribuyan la ley o su reglamento interno.

⁶⁴ Aunque ya hemos explicado, a grandes rasgos, las funciones atribuidas a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, no está nada de más conocer la regulación exacta de dichas

Servicio Civil⁶⁵, compuesta por los 4 consejeros restantes. Al mismo tiempo, la Corporación colombiana contará con un Presidente y un Vicepresidente, de forma que el presidente del Consejo de Estado será elegido por la misma corporación para el período de un año y podrá ser reelegido indefinidamente⁶⁶. Igualmente, el Consejo también elegirá un Vicepresidente, en la misma forma y para el mismo período del Presidente, encargado de remplazarlo en sus faltas temporales y de ejercer las demás

funciones, la cual se encuentra recogida en el artículo 97 del Código Contencioso Administrativo colombiano, el cual, además de determinar que dicha Sala se dividirá en cinco secciones, cada una de las cuales ejercerá separadamente las funciones que de conformidad con su especialidad y cantidad de trabajo le asigne la Sala Plena de dicho Consejo, atribuye a dicha Sala las siguientes competencias: resolver los conflictos de competencia entre las secciones del Consejo de Estado, los tribunales administrativos y las secciones del Tribunal Administrativo de Cundinamarca; conocer de todos los procesos de competencia del Consejo de Estado que no estén asignados a las secciones; elaborar cada dos años sus listas de auxiliares de justicia; resolver los recursos extraordinarios de revisión y de súplica incoados contra las sentencias dictadas por las Secciones o Subsecciones y los demás que sean de su competencia; resolver los asuntos que le remitan las Secciones, por su importancia jurídica o trascendencia social si por estimar fundado el motivo resuelve asumir competencia; conocer de los procesos que le remitan las secciones para cambiar o reformar la jurisprudencia de la Corporación; conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad que se promuevan contra los Decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional que no correspondan a la Corte Constitucional, cuya inconformidad con el ordenamiento jurídico se establezca mediante confrontación directa con la Constitución Política y que no obedezca a función propiamente administrativa; conocer de las acciones sobre pérdida de investidura de los congresistas de conformidad con el procedimiento especial establecido en la ley; conocerá, también, de los procesos de definición de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualesquiera de éstas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un sólo Tribunal Administrativo; finalmente, también del recurso extraordinario de revisión en los casos de pérdida de investidura de los Congresistas. En todo caso, la Corte Suprema de Justicia conocerá de las acciones impetradas contra los actos administrativos emitidos por el Consejo de Estado, señala el precepto de referencia. De otro lado, los artículos 128 129 del Código Contencioso Administrativo de Colombia establecen la competencia de la Sala que nos ocupa en primera o única instancia y en segunda instancia, respectivamente.

⁶⁵ El artículo 98 del Código Contencioso Administrativo colombiano establece que la Sala de Consulta y Servicio Civil estará integrada por cuatro consejeros, con sujeción a las normas de la paridad política, añadiendo que sus miembros no tomarán parte en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales que corresponden a la Corporación de referencia. Dicha Sala, por lo demás, y conforme el precepto mencionado, tiene las siguientes atribuciones: revisar los contratos y conceptuar sobre cuestiones relativas al servicio civil en los casos previstos en la ley; absolver las consultas jurídicas, de orden administrativo, generales o particulares, que le someta el gobierno a través de la secretaría jurídica de la presidencia de la República; preparar los proyectos de ley y de códigos que le encomiende el gobierno y, finalmente, ordenar y corregir las ediciones oficiales de códigos y leyes.

⁶⁶ En cuanto a sus funciones, el acuerdo 58 de 1999 establece que:

“Corresponde al presidente:

1. Orientar y coordinar las relaciones con las demás ramas y órganos del poder público.
2. Convocar a las sesiones de las salas que presida.
3. Presidir las sesiones de la Sala Plena, de la Sala de Gobierno y de la Sala de lo Contencioso Administrativo, cuando pertenezca a ésta. Señalar el orden en que deben considerarse los asuntos y dirigir los debates de acuerdo con el reglamento.
4. Tramitar y decidir los asuntos que sean de su competencia.
5. Velar porque los consejeros, los secretarios, y los demás empleados desempeñen cumplidamente sus funciones.
6. Verificar el reparto de los asuntos y el sorteo de conjueces”.

funciones que le asigne el Reglamento. Cada sala o sección elegirá un Presidente para el período de un año y pudiendo ser reelegido.

El Presidente, el Vicepresidente y los Presidentes de las salas o secciones formarán la Sala de Gobierno de la Corporación que ejercerá las funciones que determine el Reglamento.

V. Conclusiones

Tras el estudio de los diferentes modelos de la función consultiva y jurisdiccional del Consejo de Estado que hemos llevado a cabo, bien puede sostenerse que en todos los países de referencia, a excepción de Portugal, sus Consejos de Estado gozan de una doble función, consultiva y jurisdiccional. El Consejo de Estado colombiano, como hemos visto, junto a las dos funciones, consultiva y contencioso-administrativa, tiene atribuida una facultad prelegislativa en su ámbito funcional.

Hay que destacar, en todo caso la resolución de litigios en los que se encuentra involucrada la Administración Pública del país correspondiente, y donde la función consultiva, aunque de menor importancia, también contribuye al prestigio de la institución de referencia, el cual se engrandece con el carácter de jurisprudencia de la mayor parte de las resoluciones administrativas emanadas de los distintos Consejos de Estado.

En primer lugar hemos estudiado el Consejo de Estado francés, cuyos antecedentes remotos se concretan en el Consejo Real de los monarcas franceses. El Consejo de Estado francés, según su propia doctrina, es la institución que más ha contribuido a la conquista del Estado por el Derecho y el sometimiento del poder al control jurisdiccional. Este Consejo es modelo inspirador de gran parte de los Consejos modernos.

El Consejo de Estado francés, se caracteriza por: desempeñar tanto funciones consultivas como contencioso-administrativas; ser un órgano político, ya que sus miembros son nombrados por el Presidente de la República; gozar de una amplia autonomía funcional; sus miembros se benefician de un estatuto garantizador de independencia; y la profesionalización de sus miembros.

Se ha planteado el papel del Consejo de Estado en el control jurídico de las normas, teniendo en cuenta que en este caso vela porque el texto proyectado no sea contrario a la Constitución, a los principios generales del Derecho ni a las garantías fundamentales de las libertades públicas.

Sobre el Consejo de Estado belga, lo primero que hemos de destacar es la influencia de su homólogo francés. Sus orígenes se pueden encontrar en el Consejo de Flandes en tiempos de la Monarquía hispánica. Según sus características, como institución consultiva y jurisdiccional, se inserta en la unión de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial; desempeña tanto funciones consultivas como contencioso-administrativas, dependiendo del Ministerio del Interior.

El Consejo de Estado belga, entre otras, ejerce funciones jurisdiccionales, resuelve conflictos de atribuciones, revisa la legalidad interna y externa de las decisiones de las primeras instancias administrativas jurisdiccionales y conoce de los conflictos de competencia que se susciten entre las leyes estatales y los decretos de los Consejos Culturales y de los conflictos entre Decretos emanados de éstos últimos. En cuanto a las funciones consultivas, lleva a cabo un asesoramiento jurídico del Gobierno

en asuntos de orden administrativo no litigioso que consulten los ministros y en asuntos legislativos y estatutarios. En el ámbito contencioso, el Consejo de Estado belga, actúa como Corte de Casación, que revisa la legalidad interna y externa de las decisiones de las primeras instancias administrativas jurisdiccionales.

La competencia más importante del Consejo de Estado se conecta con su potestad de suspender y anular actos administrativos contrarios al ordenamiento jurídico belga. El Consejo de Estado belga, se encarga de la resolución de conflictos entre el Estado central y las regiones, además de ejercer funciones consultivas facultativas y obligatorias.

El Consejo de Estado actual, se organiza en dos Secciones:

1 Sección Administrativa, en la que se funden las funciones consultiva y contenciosa.

2. Sección Legislativa, encargada de preparar y redactar los textos legales que los presidentes de las Cámaras quieran someterle, siendo obligatoria la consulta previa respecto del Gobierno en relación a proyectos de ley o decretos generales o reglamentarios.

Una vez concluidas las referencias al Consejo de Estado francés y belga, pasamos al estudio del modelo portugués, que como ya hemos adelantado, a diferencia de estos, el Consejo de Estado portugués, goza de una única función, la consultiva. Dicho Consejo de Estado, si bien se creó en 1569, no se institucionalizó hasta 1562, dotándole de regimiento el Rey Sebastián, con fecha 8 de septiembre de 1569.

Como acabamos de ver, en Portugal, el Consejo de Estado, sólo ejerce funciones consultivas, de conformidad con la Constitución de 1976, si bien su *auctoritas* no se ve mermada por ello.

El modelo portugués, se caracteriza: por ser un órgano político de consulta del Presidente de la República; tiene autonomía para aprobar su propio reglamento; sólo tiene competencias consultivas; además, el estatuto de miembro del Consejo de Estado es compatible con cualquier otra actividad; siendo inviolables e irresponsables civil, penal o disciplinaria por los votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones.

En último término en cuanto al Consejo de Estado colombiano, es un modelo basado en su homólogo francés, establecido por Napoleón en 1799.

Como ya hemos adelantado, el Consejo de Estado colombiano, junto a las dos funciones, consultiva y contencioso-administrativa, tiene atribuida una facultad prelegislativa en su ámbito funcional.

Este Consejo, se caracteriza por: ser el cuerpo supremo consultivo del gobierno en asuntos de la administración; es el Tribunal Supremo de la jurisdicción contencioso-administrativa; y tiene facultad de iniciativa legislativa, pudiendo presentar proyectos de ley y códigos en materias relacionadas con sus funciones.

En Colombia, existe una dualidad de órganos de control de la actividad de la Administración, por un lado el Consejo de Estado y por otro la Corte Suprema de Justicia.

La jurisdicción contencioso-administrativa colombiana se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos, existiendo pues, un control mixto de la actividad de la Administración pública.