

LA INSTITUCION DEL CONSEJO DE ESTADO EN LA ACTUALIDAD

Por el MARQUÉS DE LAS MARISMAS
Consejero Permanente de Estado

«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 positivas.»

Con estas bellas palabras se defendió en 1843, ante la Cámara de los Diputados francesa, la justificación de un Consejo de Estado que representara la suprema garantía de la justicia en esta doble función: como asesor técnico del Gobierno y de la Administración, y como Tribunal dotado de propia jurisdicción en la materia contencioso-administrativa.

Nunca han faltado tratadistas que han sostenido la conveniencia de la separación de una y otra función. La consultiva es, al fin y al cabo, una parte de la administrativa, se ha invocado, y en tal concepto debe quedar perfectamente delimitada de la jurisdiccional. El hecho de que la verdadera distinción deba establecerse entre la Administración actuante y

la vigilante, no es advertido por quienes así razonan, como tampoco la notoria conveniencia de una cierta ligazón entre las dos formas de ejercerse aquella vigilancia: con el consejo técnico antes de recaer la decisión administrativa y con la anulación del acuerdo contrario a derecho.

Obsérvese bien que con ninguna de ambas actividades la Administración vigilante invade en lo más mínimo funciones de la Administración actuante. Esta es siempre libre de atenerse o no al dictamen recibido, y la anulación del acto contra *jure* no va necesariamente acompañado de la promulgación de otro nuevo sustitutivo del anterior.

La jurisprudencia del Consejo de Estado francés ha tenido un exquisito cuidado de delimitar bien ambas cosas. La anulación de un Decreto jubilando indebidamente a un funcionario no significa de por sí la reintegración de dicho funcionario a su puesto, aunque esta reintegración sea la consecuencia natural de la anulación del Decreto jubilatorio. Pero nunca dicta por sí mismo el Consejo de Estado francés las medidas de ejecución de sus decisiones, ni mucho menos reforma el acto atacado, limitándose a anularlo total o parcialmente.

La conveniencia, por otra parte, de reunir en un solo organismo todos los conocimientos que se requieren para elaborar una recta doctrina administrativa, es evidente. Sobre todo, si, como ocurre de hecho en todas partes, esa unificación no significa en ningún caso confusión, manteniéndose de hecho entre la sala contenciosa y las consultivas una separación en su funcionamiento que permite la necesaria especialización sin mengua de la armonía entre ambas actividades.

Una y otra se resumen en una vigilancia de no diversa naturaleza tanto en el momento de la preparación y formación del acto en función consultiva como después de su ejecución en función contenciosa o jurisdiccional. Sea, por tanto, que exprese un parecer requerido por la Ley, o que pronuncie su decisión en un recurso, el Consejo persigue siempre la misma finalidad: la observancia de las leyes para mejor salvaguardar el interés público, así como la tutela dentro de este marco de los intereses individuales. En el Consejo de Estado italiano, constituido sobre las líneas del francés pero que presenta en la actualidad, después de una larga evolución legislativa, rasgos de originalidad que acusan el profundo sentido jurídico de los hombres de Estado de aquel país, la vigilancia se extiende, como es sabido, hasta el buen uso de las normas legales en los actos de discrecionalidad administrativa examinando en

vía contenciosa, no sólo su legalidad y legitimidad sino también si responden o no a los intereses públicos, si son, en suma, convenientes (recurso de mérito). Pero debe observarse que la misma autoridad, independencia y competencia jurídico-administrativa en quien es llamado a ejercerla, exigen los dos aspectos de esta labor de vigilancia, este refrendo de los actos administrativos, antes y después de su promulgación. Son funciones complementarias la una de la otra; la primera, intentando impedir el acto *contra jure*; la segunda, restableciendo el imperio del derecho si, a pesar de todo, hubiera sido violado, asegurando de este modo una administración legal, justa y armonizadora de los intereses públicos y privados.

Quizás a esta orgánica combinación de elementos que tienen una misma naturaleza sustancial y convergen hacia un mismo fin, se debe el prestigio de que goza el Consejo de Estado en los países que han sabido conservarlo en su estructura fundamental. Así, en Italia, por ejemplo, donde el Consejo de Estado ha sido en el año 1948 insertado en el nuevo ordenamiento constitucional como órgano de consulta y de vigilancia general jurídica administrativa del poder ejecutivo. Y en Francia, donde después del vendaval producido por la guerra y sus consecuencias, no sólo ha permanecido incólume el Consejo de Estado, sino que aun ha aumentado su autoridad.

Claro es que a este resultado no se ha llegado sin dificultades, ni sin que la existencia del alto organismo haya sufrido variadas peripecias. Al crearlo Napoleón en la forma que en lo fundamental había de subsistir, le había atribuido cinco misiones de desigual importancia, pero que en su conjunto le colocaban en el primer plano de la vida jurídico-administrativa: 1.ª, preparación y redacción de los textos legales; 2.ª, confección de los reglamentos; 3.ª, consejo supremo de la Administración; 4.ª, examen de las reclamaciones dirigidas contra la Administración y redacción de los proyectos de decreto en lo contencioso; 5.ª, escuela de administración, por la formación e iniciación en los asuntos administrativos de los auditores del Consejo destinados a ocupar después altos puestos en el Estado.

Participaba, pues, en las tres funciones del Estado: legislativa, administrativa y de hecho, si no de derecho, en la jurisdiccional, ya que sus proyectos de resolución en los recursos contenciosos fueron siempre respetados.

Este estado de cosas no podía, naturalmente, subsistir después de la caída del Imperio. En primer lugar, el Consejo de Estado había sido una creación suya, y, como tal, sospechosa a los siguientes regímenes. En segundo lugar, tanto las asambleas legislativas como los tribunales judiciales, aspiraban a la exclusividad en sus funciones, sin quererla compartir de ningún modo con la intervención del Consejo. Toda la corriente de ideas liberales hasta mediados del siglo XIX fué, en general, hostil al Consejo de Estado en Francia, como en el resto de Europa. Se veía en él una supervivencia del absolutismo, opuesto a las nuevas tendencias. Se le discutió su intervención en lo contencioso por cuestión de principios; el duque de Broglie, uno de los campeones del liberalismo, lanzó la tesis de la distinción entre derecho e interés, para proponer que toda lesión de un derecho fuese de la competencia de los Tribunales judiciales. Se recelaba, incluso, de sus informes en materia administrativa, por suponerlos siempre inclinados del lado de la Administración.

El hecho de que frente a estas corrientes hostiles el Consejo de Estado se impusiera y se consolidara, acabando por alcanzar el gran prestigio de que goza en la actualidad, revela, en primer término, el acierto jurídico de su actuación, pero también el carácter imprescindible de sus actividades en un país como Francia donde tienen tal fuerza las normas de derecho que no sería concebible una organización del Estado que no diese lugar a una aplicación rigurosa de ellas.

En la actualidad, según la Ordenanza de 31 de julio de 1945, el Consejo de Estado se compone de un vicepresidente, cinco presidentes de Sección, cuarenta y dos Consejeros de Estado en servicio ordinario, doce Consejeros de Estado en servicio extraordinario, cuarenta y cinco «maîtres de requêtes», uno de los cuales desempeña las funciones de secretario general y es el jefe de los servicios del Consejo, y cuarenta y cuatro auditores, veinte de primera y veinticuatro de segunda.

La entrada en el Consejo se realiza por las plazas de auditores de segunda. Si dos años después del nombramiento el auditor no demuestra tener las aptitudes necesarias, puede ser trasladado a otra función pública. Todas las vacantes de auditor de primera, son cubiertas entre auditores de segunda. Las tres cuartas partes de las de «maîtres de requêtes» están reservadas a los auditores de primera. Los dos tercios de Consejeros ordinarios son nombrados entre los «maîtres de requêtes». Los

presidentes de Sección son nombrados entre Consejeros en servicio ordinario. El vicepresidente, entre presidentes de Sección o Consejeros en servicio ordinario. Las vacantes de libre nombramiento recaen en personas de reconocida competencia en materia de derecho público o de señalados méritos al servicio del Estado. Su cooperación con el personal técnico que hace de su actividad en el Consejo su profesión permanente, así como con los Consejeros en servicio extraordinario está cuidadosamente calculado para reunir en el alto organismo las mejores inteligencias de diversas formaciones. Pero obsérvese la proporción en la que se respetan los puestos en todos los grados —hasta el de vicepresidente— al personal de la casa. Al que habiendo entrado por el grado inferior de auditor de segunda se ha ido formando y especializando a través de los años de una dedicación permanente a su labor. Este elemento profesional o técnico constituye, pues, la gran mayoría del personal del Consejo a la que se van sumando en cada uno de los grados de la escala pequeñas aportaciones de elementos formados en otros campos, que enriquecen de esta manera con sus orientaciones el caudal de experiencia necesario para mantener la actuación del Consejo en el nivel requerido por su importante misión.

Del acierto del sistema dan fe sus frutos. Quizá nadie pensara a la caída de la administración napoleónica que aquel Consejo de Estado tan ambicioso, con intervención en las tres esferas legislativa, ejecutiva y judicial, podría subsistir. Pero lo cierto es que no sólo capeó victoriosamente el temporal de doctrinarismos y celos que intentaron recortar tan vasta intervención sino que en la actualidad se ha convertido en una pieza reguladora de los negocios públicos aun más activa que entonces, ya que no sólo participa en la confección de las leyes y ordenanzas, emitiendo su dictamen sobre los proyectos elaborados por los Ministros, proponiendo las modificaciones que juzga necesarias y redactando los textos que le fueren solicitados (art. 21 de la Ordenanza de 31 de julio de 1945), siendo consultado obligatoriamente sobre los decretos con fuerza legislativa, reglamentos y decretos reglamentarios (art. 22 de la Ordenanza de 31 de julio de 1945) así como sobre todas las cuestiones en las cuales su intervención estuviera prevista por disposiciones legislativas o le fueran sometidas por el Gobierno (art. 23 de la Ordenanza de 31 de julio de 1945), sino que ha conservado en materia contenciosa la jurisdicción delegada que le atribuyó la Ley de 24 de mayo de 1872.

En realidad, tal Ley no hizo otra cosa sino dar estado de derecho a una situación de hecho. Aun con jurisdicción retenida, los proyectos de decisión elaborados por el Consejo de Estado, eran siempre aceptados por la Administración activa, dando con ello muestras los titulares del Poder, a través de peripecias y vicisitudes políticas, de un sentimiento común de respeto hacia el Derecho.

Lo más difícil fué la batalla contra los doctrinarismos, que veían mal esa confusión de actividades en el Consejo de Estado, y pretendían una separación absoluta, tanto entre la Administración activa y la consultiva, sin presencia, por tanto, en los órganos de ésta de ninguna persona representante de aquélla, como entre la consultiva y la jurisdiccional. La supervivencia del Consejo de Estado en su actual estructura puede considerarse en este aspecto como un triunfo del buen sentido sobre los dogmatismos. Se ha visto que lo importante en la separación no era tanto la cuestión de principios como la cuestión de especialización. Era evidente que el Derecho administrativo requería para su recta aplicación una técnica distinta de la que se adquiere con el manejo del Derecho común. El Derecho civil, como el penal, suele estar recogido en Códigos. Sus exegetas se acostumbran a una labor de interpretación de la letra escrita de la Ley. El Derecho administrativo es mucho más fluído y hasta inaprensible. De aquí la necesidad de unos Tribunales administrativos distintos de los ordinarios. Como del principio de que nadie debe ser juez y parte se deduce que los órganos de la Administración jurisdiccional deben ser distintos de los de la activa.

Pero estas razones no exigen una separación absoluta, la cual, en la práctica, tendría más inconvenientes que ventajas. Los partidarios de la separación atenuada —numerosos entre profesores y tratadistas— han visto confirmadas sus expectativas con el ejemplo del Consejo de Estado francés. Dentro de él la Sección de lo contencioso, con un presidente y dieciocho Consejeros, funciona con total independencia de las otras cuatro Secciones administrativas, como, a su vez, cada una de éstas, con un presidente y seis Consejeros, tiene su propia autonomía.

Diríase, a primera vista, que se trata de organismos distintos. Pero esto es precisamente lo contrario de la realidad. Existe, en primer lugar, como lazo de unión, una Comisión permanente compuesta de un presidente, elegido entre los de las Secciones administrativas; cinco Consejeros en servicio ordinario, de los cuales cuatro pertenecientes a las Sec-

ciones administrativas y uno a la contenciosa, y cuatro Consejeros en servicio extraordinario. Existe una Asamblea general del Consejo, con asistencia de veinte Consejeros cuando menos y participación de los de la Sección contenciosa. Existe la posibilidad de tomar, para constituir la Sección contenciosa, a los Consejeros de las Secciones administrativas. Existe una Asamblea plenaria de lo contencioso con participación de los Consejeros administrativos. Existe un presidente —el Jefe del Gobierno o, en su delegación el Ministro de Justicia— y un vicepresidente comunes. Y existe, sobre todo, una común procedencia de todo el personal nombrado en la forma que quedó expuesto. Las ventajas de la especialización, salvándose la unidad de criterio en todas estas materias tan indudablemente afines, quedan garantizadas. Aparte de ello todas las decisiones y consultas de cualquiera de las subdivisiones internas del Consejo tienen la misma autoridad jurídica, todas son decisiones o consultas del Consejo de Estado.

Este proceso, mediante el cual se sabe cada Sección mancomunadamente representativa del gran organismo, en el que se funde en los casos que así se requiere en una especie de verdadera ósmosis, es, quizá, uno de los factores que han contribuido a darle al Consejo de Estado francés esa fuerza que le ha permitido convertirse en un verdadero definidor del derecho, al menos como regulador de las relaciones existentes entre el individuo y las corporaciones públicas.

El recurso por exceso de poder, por ejemplo, es una verdadera creación del Consejo de Estado francés. Empezó a admitirlo en los tiempos napoleónicos cuando la justicia era retenida y resultaba, por tanto, normal que el Consejo propusiera al Jefe del Estado, juez supremo, la anulación de los actos administrativos ilegales. Cuando en 1872 se le confirió la justicia delegada, se le confirmó su facultad de fallar soberanamente en las demandas de anulación por exceso de poder entabladas contra los actos de las diversas autoridades administrativas. Pero ninguna pauta se le dió nunca sobre el modo de ejercer esta facultad. La copiosa doctrina que hoy existe sobre este importantísimo medio de regular las actividades de las autoridades administrativas ha sido toda ella elaborada por el Consejo de Estado.

En primer lugar, lo ha separado netamente del recurso de plena jurisdicción. Ya este es más amplio que nuestro recurso contencioso, por poderse basar no sólo en la violación de un derecho, sino en la de un

interés y admitir una mayor elasticidad de plazos y formalidades. Pero el recurso por exceso de poder, aun más simple y económico en su tramitación, persigue exclusivamente la declaración de nulidad de todo acto ilegal, en nombre de un interés en cuya apreciación ha llegado el Consejo de Estado a la máxima liberalidad.

Ha reconocido, por ejemplo, que lo es el del comerciante contra un acuerdo municipal reglamentando la circulación de los vehículos públicos; el del contribuyente contra los gastos ilegales de un Ayuntamiento; el del elector contra una decisión modificadora de las circunscripciones electorales; el de los titulares de un diploma contra los nombramientos hechos desconociendo los derechos reconocidos en general a los mismos; el de un propietario en una calle contra el establecimiento o la supresión de una línea de tranvías. Ha reconocido, incluso, intereses morales, como el de un sacerdote católico contra el cierre de una iglesia. Ha reconocido intereses colectivos, como el de los habitantes de un distrito dejados sin tranvía por una modificación del trayecto; o el de sindicatos, sobre cuestiones de descanso semanal. En España, en cambio, nuestro Consejo de Estado, al empezar a informar sobre los recursos de agravios, cuyo conocimiento le fué atribuído por la Ley de 18 de marzo de 1944, negó por mayoría, adaptándose al criterio en general sostenido por el Tribunal Supremo en los recursos contenciosos, que fuera suficiente el interés de un opositor a que el Tribunal que había de juzgar sus oposiciones estuviera constituido con arreglo a la legalidad vigente. Bien es verdad, que la doctrina del voto particular divergente de tal criterio ha sido posteriormente recogida por el Consejo; el cual ha acabado por admitir que el recurso de agravios es de naturaleza objetiva y, por tanto, puede fundarse en la lesión de un interés.

En cuanto a su contenido, examina el Consejo de Estado francés los motivos en que se funda una decisión para comprobar su realidad o anular aquella en otro caso. Así, por ejemplo, las medidas de policía sólo autorizadas bajo determinadas condiciones, siempre, naturalmente, que no pertenezca al poder discrecional su adopción. Puede también juzgar hechos como si tal conjunto de edificios constituye o no una «perspectiva monumental»; si determinados actos son o no contrarios al honor o la moralidad; si el mantenimiento en un lugar determinado de un establecimiento de bebidas es o no contrario al interés general; si un terreno puede ser legalmente calificado de abandonado.

También puede una autoridad haber usado unos poderes para un fin distinto de aquel para el que fueron legalmente conferidos, lo cual constituye la noción de desviación de poder, con la que se entra de lleno dentro de las motivaciones de los actos de los funcionarios para declarar nulos todos aquellos que no están inspirados en el interés público, único fin para el que fué conferida la autoridad. Con esto se alcanza la fiscalización de los actos discrecionales.

Un interés personal del autor del acto, un rencor, un deseo de venganza, el interés de un tercero, un móvil político, una intención fraudulenta, han sido repetidas veces invocados por el Consejo de Estado francés como determinantes del desvío de poder. Incluso en ciertos casos ha definido el Consejo cuál era la finalidad única para la que la Ley confirió poderes al funcionario.

Respecto a plazos, admite el Consejo de Estado francés su interrupción por la interposición de cualquier otro recurso jerárquico, «incluso aunque fuera improcedente», sin empezarlos a contar más que desde la fecha en que fuera notificada la resolución «aunque el interesado hubiera tenido de otro modo conocimiento de ella», y sin que la convalidación del acto por expiración del plazo impida el recurso contra las medidas particulares para su aplicación fundado en la irregularidad del acto que las sirvió de base, doctrina generosa toda ella bastante en pugna con la seguida en España.

Se comprende fácilmente, dada la variedad de actos susceptibles de recurso y el amplio criterio en la admisión de los mismos, el gran número que se han producido después de la guerra. Al empezar el curso 1947-48, más de diez mil esperaban su tramitación. La reparación de daños de guerra así como de los perjuicios ocasionados por las medidas de excepción han dado, como es de rigor, un gran contingente. Dos leyes del año 1946 reconocieron en principio el derecho a la indemnización por dichas causas, pero la jurisprudencia del Consejo de Estado ha entendido que las referidas disposiciones legales no agotaban todos los posibles casos de indemnización, sino que existían otras con fuente en el Derecho común administrativo. Es decir, que aquellas leyes sólo tenían un carácter extensivo y no sustitutivo de éste. Y debido, además, a que en Francia el principio de irresponsabilidad del Poder Público dominante hasta el último tercio del siglo pasado ha sufrido una paulatina evolución hasta convertirse, aproximadamente, en su contrario, han sido

numerosos los casos en que sin atenerse a la indemnización específica señalada en las leyes de 1946, ha reconocido el Consejo de Estado otra superior.

En España, donde apenas unos tímidos intentos rodeados de precauciones han introducido unas leves fisuras en aquel principio decimonónico de la irresponsabilidad estatal, debe ofrecer el estudio de esta evolución del derecho en el país vecino un particular interés. Reciente está en la memoria el caso de la explosión de Cádiz que tan cuantiosos daños ocasionó. Se eludió entonces declarar el principio de la responsabilidad del Estado por el hecho de haber ordenado la colocación de un peligroso depósito de sustancias explosivas en el recinto de una populosa ciudad, aun cuando luego se intentara paliar parcialmente los efectos prácticos de la irresponsabilidad a través del arbitrio de la extensión de las pólizas de seguros de daños al riesgo catastrófico. La solución no salvaba más que los supuestos de daños en las cosas, y en las cosas precisamente aseguradas por póliza, y aun todavía para este caso así limitado no reconocía indemnizaciones totales. Así, cuando se presentó algún caso de daños sobre cosas no sólo no aseguradas sino de imposible aseguramiento por no afectarles los riesgos ordinarios, nuestro Consejo de Estado se vió incapacitado para formular un principio general de responsabilidad —que sólo hubiera podido derivarse de una demostración de culpa, por no haberse aquí adoptado la doctrina de la responsabilidad fundada en el reparto de riesgos— no pudiendo informar en otro sentido que en el de absolver jurídicamente al Estado, aunque se añadiera la invocación a unos vagos principios de equidad, en nombre de los cuales se aconsejaba la concesión graciosa de algunas indemnizaciones desprovistas de este nombre.

Pero no es mediante una serie de difíciles modificaciones de nuestras leyes y códigos, concebidas sobre el papel, como tal inadaptación podría remediarse, sino sólo mediante la existencia de un órgano dotado de la autoridad suficiente para ir, a medida que las circunstancias se presentaran, elaborando la doctrina precisa, *creando* el orden jurídico en una palabra, sobre cada caso concreto. Un organismo meramente consultivo reducido al papel de dar la adecuada interpretación de los textos legales difícilmente podría asumir tal función. De ahí otra razón en favor de la reunión en un solo organismo de una amplia función consultiva, extendida a la preparación de leyes y reglamentos, y la función

contenciosa, aunque solo fuera por la mayor autoridad que este conjunto de atribuciones da al Consejo de Estado así constituido, obligando, por otra parte, a poner el más exquisito cuidado en el modo de designación de sus miembros.

Las requisas han suministrado otro importante capítulo en la actividad del Consejo de Estado francés de la postguerra. Las atribuciones legales de las autoridades decretantes han sido cuidadosamente perfiladas, y en cuanto a las de viviendas se han delimitado con todo rigor las tres condiciones señaladas por la ley para permitirla: local vacante, inocupado o insuficientemente ocupado.

* * *

Se ha visto cómo el Consejo de Estado francés, si siempre tuvo desde su creación por Bonaparte grandes atribuciones y estuvo rodeado de gran prestigio, ha aumentado aun unas y otro desde la terminación de la segunda guerra mundial. Otros países que no habían conocido antes la institución del Consejo de Estado, lo han creado en esta misma época. Tal es el caso de Bélgica y Egipto.

Es interesante en especial su establecimiento en el primero de dichos países, separado de Francia después de la caída del Imperio napoleónico, y que sentía, como todos los países de independencia reciente, una animadversión hacia todas las instituciones que les recuerdan el país opresor. La actual Constitución belga es del año 1831, época del apogeo del liberalismo, enemigo de los Consejos de Estado. Se unían, pues, ideas doctrinarias y nacionalistas para rechazar la institución.

Hace unos cuantos años, sin embargo, que se hacía notar la falta de un cuerpo consultivo cerca del Gobierno que le sirviera tanto para el ejercicio racional del poder reglamentario como para preparar o pulir los textos legales. A pesar de las posibilidades de filtraje y reflexión que da el bicameralismo belga eran numerosos los casos de leyes poco claras, y en cuanto a los decretos hubo alguno cuya pintoresca redacción provocó un día una enorme hilaridad en el Senado. Se pretendió disimular que se iba hacia la creación de un Consejo de Estado, calificándolo durante las sesiones legislativas en las que se discutió su conveniencia de «Instituto de belleza legislativa». Pero el hecho es que en Diciembre de 1946 ha surgido un Consejo de Estado belga dividido en

dos Secciones; una llamada administrativa, en la que se funden las funciones consultiva y contenciosa 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 para el Gobierno en cuanto a proyectos de ley o de decretos generales o reglamentarios. La Sección contenciosa era tanto más necesaria, y ha supuesto una innovación tanto más profunda su establecimiento cuanto que anteriormente no existía confiada a ningún otro Tribunal especial. Por el predominio de las corrientes liberales a que se ha aludido, los jueces de Derecho común eran los únicos que podían entender en materia de violación de derechos.

Ocurrió, sin embargo, que por el influjo quizá de su propio doctrinarismo, incapaz de acomodarse a las evoluciones de los tiempos, sólo entendían que había un derecho cuando existía una obligación a cargo de la Administración en vista de la satisfacción de un interés particular. La obligación establecida en vista de un interés general no daba ya competencia al juez y mucho menos la existencia de un simple interés sin categoría de derecho. Algo así, en definitiva, como nuestro propio contencioso-administrativo, sólo que confiado a las autoridades judiciales. Pero esto, aun con la extensión que se le fué dando en las últimas décadas por una serie de disposiciones entre las que destacó la de 16 de enero de 1939, atribuyendo carácter de derecho a todo interés cierto y respetable de carácter civil, se consideró que dejaba todavía improtectados una gran cantidad de casos como aquellos, por ejemplo, en que el interés es sólo de carácter administrativo. Además de ello, en materia de legalidad, el juez belga se atenía estrictamente a su aspecto material o formal. El concepto de desviación de poder le era tan desconocido como al juez español.

En cuanto a responsabilidad del poder público el derecho belga se había quedado en la teoría, poco superior a la nuestra del agente especial, de la distinción entre actos de poder no sujetos a responsabilidad, y actos de gestión en los que podía nacer ésta. A partir del año 1920 se produjo, sin embargo, un cierto viraje en la sala de casación belga en el sentido de renunciar a esa distinción y reconocer el derecho a indemnización siempre que se pudiese probar la culpa de la Administración y

resultase lesionado un derecho. Pero siguieron quedando improtectados todos los casos en que la lesión fuera sólo de intereses o no se pudiese probar la culpa administratitiva.

La aspiración hacia una reforma existió prácticamente desde la entrada en vigor de la Constitución de 1831, aunque sólo después de 1930 fué cristalizando en una serie de proyectos que tampoco, por unas razones u otras, lograron pasar de tales. El crecimiento de los problemas después de la última guerra fué lo que hizo imperativa la solución, pareciendo ya insuficiente la que se había estado intentando con anterioridad de limitarse a crear un Tribunal contencioso.

Varias dificultades hubo, sin embargo, que resolver antes de poderse llegar a la creación de un Consejo de Estado. La primera, la de si podría una ley ordinaria investirle de la temible facultad de anular Reales Decretos o aun disposiciones administrativas de inferior rango. Juristas eminentes lo negaron con énfasis. Pero su tesis no prevaleció.

Mayor enjundia tuvo la objeción relativa a la posibilidad de reconocerle al contencioso el derecho a conceder indemnizaciones, ya que, según el art. 114 de la Constitución, ninguna pensión o gratificación a cargo del Tesoro público puede ser concedida sin una ley. También en los Estados Unidos se planteó este problema antes de la institución del «court of claims». Se entendió aquí como allí, que la prohibición constitucional tenía un extricto sentido que no impedía el establecimiento de Tribunales facultados para acordar indemnizaciones.

Pero el verdadero caballo de batalla lo constituyó la cuestión de la justicia retenida o delegada. Hubo, al final, que llegarse a una transacción. El Consejo de Estado resolvería con justicia delegada en el contencioso de la anulación. Para el de plena jurisdicción o para el otorgamiento de indemnizaciones, emitiría sólo consultas. Pero como éstas son comunicadas a los interesados, le será difícil a la Administración apartarse de ellas. Ha retenido una facultad teórica.

Tampoco la cuestión del personal encargado de hacer funcionar este Consejo de Estado, tan trabajosamente elaborado, fué fácil de resolver. Los «maitres de requêtes», inicialmente aprobados, desaparecieron en los últimos forcejeos. Para ultimar una lista de Consejeros que fuera aceptada por todos los partidos políticos, hubo que corregirla y enmendarla sin descanso durante varios meses. Lo que había empezado por un debate de elevado tono doctrinal, que hizo honor al Parlamento belga, en

el que tomaron parte las figuras más eminentes del foro y de la cátedra, acabó por un acalorado pugilato de recelos e intereses. Se proclamó, al fin, el principio de la inamovilidad de los Consejeros; se determinaron las condiciones para serlo —treinta y cinco años de edad, el título de doctor en Derecho, diez años de funciones judiciales o administrativas o haber desempeñado una Cátedra de Derecho en una Universidad—; se convino su número —de once a trece, más un primer presidente y un presidente—; y se aprobó la lista, en la que inicialmente ha logrado una amplia representación la judicatura: seis magistrados o ex magistrados sobre doce Consejeros. Los auditores, o letrados, deberán tener veintiocho años, el título de doctor en Derecho, cinco años de práctica administrativa y triunfar en unas oposiciones. Las dos secciones, legislativa y administrativa, funcionarán con plena separación, reuniéndose sólo en una Asamblea general, que no guarda, sin embargo, analogía con la del Consejo de Estado francés, ya que su finalidad principal es la vida y organización interna del Consejo, algo así como la Sala de Gobierno de nuestros Tribunales judiciales.

«Una reforma esencial ha sido realizada —comentó sobre la creación de este Consejo de Estado belga el Consejero de Estado francés Mr. Puget— cuyo alcance no se limita a un solo país. Las modificaciones que Bélgica ha introducido en su orden jurídico, viejo de más de un siglo, forman parte de un movimiento general común a la mayor parte de los Estados y ligado al desarrollo de la Administración misma. Los servicios públicos se desarrollan; el judicial se ve desbordado e impotente. En la tierra clásica de la preponderancia de los Tribunales donde llevan peluca los Magistrados, en Inglaterra, se han multiplicado los casos en los que la Administración escapa a la censura de los Tribunales ordinarios; el administrador-juez florece; pululan y dan lugar a críticas pequeñas jurisdicciones administrativas especiales; «un lord chief justice» británico ha denunciado la «nueva tiranía», la de la Administración, que el juez judicial es incapaz de contener. Son precisas, por todas partes, verdaderas jurisdicciones administrativas, no como en otro tiempo para salvaguardar las prerrogativas de la Administración, sino para permitir a los administrados encontrar con facilidad un juez imparcial y competente ante el cual sea poco costoso el procedimiento y cuya decisión sea rápida. Los servicios se extienden y se complican, dando lugar a litigios; la tarea legislativa de los Estados modernos no deja de mul-

típicarse. Es preciso que un cuerpo de técnicos de la Administración y del Derecho trabaje al lado del Parlamento y del Gobierno para preparar los proyectos de ley y los textos reglamentarios.»

En definitiva, este es el hecho: en Bélgica, país donde un conjunto de circunstancias concurrían para mantener una corriente de opinión hostil a la institución de un Consejo de Estado, han acabado por imponerse las necesidades prácticas y ante el desarrollo de la vida administrativa de la postguerra, que hacía cada vez más sensible la falta de un organismo regulador de las relaciones entre el individuo y el Estado así como asesor de éste en muchas de sus actividades necesitadas cada vez más de la técnica, surgió al fin un Consejo de Estado investido de amplias atribuciones consultivas —las referentes a la preparación legislativa han sido estimadas las más necesarias— y funciones contenciosas con justicia delegada en cuanto a los recursos de anulación por exceso de poder.

* * *

Es curioso observar la coincidencia de que en el mismo año que en Bélgica —1946— surgía otro Consejo de Estado en un país donde igualmente era desconocida la institución y donde, por otra parte, la estructura política, las tradiciones y las costumbres eran totalmente distintas. No se trata en este caso siquiera de un país europeo. Pero han sido las mismas circunstancias del desarrollo administrativo impulsado por la postguerra las que han conducido al mismo resultado.

En Egipto, sin embargo, país al que nos estamos refiriendo, ha nacido el Consejo de Estado en cierto modo bajo un signo contrario al que presidió el nacimiento del belga. Aquí, como vimos, el Consejo de Estado significaba el recuerdo de la dominación extranjera al mismo tiempo que un instrumento al servicio de la Administración. La doble corriente nacionalista y liberal bajo la que nació la independencia belga, se juntaban para oponerse al establecimiento de una institución marcada con tales taras. En Egipto el proceso ha sido el inverso. La tendencia hacia un Consejo de Estado formaba parte de la corriente nacionalista que aspiraba a dotar al país de las instituciones políticas y administrativas más aptas para garantizar la independencia y soberanía nacionales. Inglaterra, el país que tenía a Egipto sujeto bajo su tutela,

contrarrestó siempre con toda su fuerza, mientras la tuvo, aquellos intentos. Un Decreto del Khédive Ismael había intentado ya en 1879 crear un Consejo de Estado dentro del cuadro de la reforma judicial y administrativa entonces en curso. Pero el veto británico impidió la entrada en vigor del Decreto. Sólo cuando las últimas tropas inglesas se preparaban para abandonar Egipto en 1946 fué posible dar cima a las reivindicaciones de independencia, traducidas en el orden de la reorganización gubernamental en el establecimiento de un Consejo de Estado.

Como en todos los países, menos España, su competencia es doble: administrativa y contenciosa. En el primer plano ejerce una alta vigilancia sobre la vida administrativa egipcia y participa, incluso, en cierta medida, en la tarea gubernamental. En el segundo plano, es juez de atribución del contencioso-administrativo. En ciertos extremos, su competencia se combina con la de los Tribunales judiciales y especialmente con la de los Tribunales mixtos. Aparte de la legítima preocupación de no romper brutalmente con el pasado, hacían indispensable esta solución las convenciones internacionales que determina la existencia y competencia de los Tribunales mixtos egipcios, y en virtud de las cuales los extranjeros tienen derecho a plantear algunas de sus diferencias con la Administración egipcia ante estos Tribunales sin someterse al Consejo de Estado.

Claro que este último obstáculo había de ser sólo temporal, ya que la conferencia de Montreux puso fin al régimen de capitulaciones después de un período transitorio que ha terminado el 14 de octubre de 1949.

Por ello, así como para introducir en la citada Ley de 1946 ciertas modificaciones de detalle cuya necesidad demostró la práctica, se modificó dicha ley por otra de 1949, la cual divide al Consejo en cuatro formaciones: un Tribunal contencioso-administrativo, una Sección de legislación, una Sección consultiva y una Asamblea general.

La primera, o sea la contenciosa, es, sin duda, la que le ha parecido al legislador la misión más importante del Consejo de Estado. A ella empiezan refiriéndose las dos Leyes de 1946 y 1949, explicándose este interés quizá por el hecho de que en Egipto han existido siempre, en una u otra forma, cuerpos de consejeros administrativos, mientras que la creación de una jurisdicción administrativa era una innovación que iba a obligar, además, al legislador a resolver varios problemas de competencia para fijar los límites respectivos entre la nueva jurisdicción y

las antiguas judiciales, las cuales venían de tiempo atrás entendiendo en cierto modo en lo contencioso-administrativo, aunque solo fuera con el alcance de otorgar indemnizaciones a los perjudicados por un acto ilegal sin poder decretar la nulidad de dicho acto.

El Tribunal contencioso se divide en dos Salas, las cuales entienden, separadamente, del contencioso por exceso de poder y del contencioso de plena jurisdicción, sin que estas denominaciones tengan exactamente el mismo sentido que en el régimen francés. En éste se dice que hay recurso por exceso de poder, cuando se persigue la anulación; que hay recurso de plena jurisdicción, cuando el requirente solicita una indemnización. En Egipto se considera, por el contrario, la incidencia final de la demanda más importante que su objeto inmediato. Así, si en Francia un interesado pide la anulación del nombramiento o ascenso de un funcionario efectuado en contra de la Ley, se diría que hay recurso por exceso de poder. En Egipto, este recurso sería de contencioso pleno, porque el requirente persigue en realidad con su acción la protección de su propia situación administrativa; lo decisivo es el aspecto patrimonial.

Aparte de ello la distinción tiene en Egipto una importancia puramente de concepto, no de orden práctico para el litigante como en Francia, donde el recurso por exceso de poder tiene dispensa de abogado y de costas. Sin embargo, la distinción ha parecido tan importante en Egipto que no sólo están rigurosamente separadas las dos Salas encargadas de fallar uno y otro recurso, sino que están constituidas una y otra por un diferente número de jueces: cinco para las demandas de anulación y tres para las demandas de indemnización. En uno y otro caso, el fallo es un verdadero acto jurisdiccional con autoridad de cosa juzgada. El Consejo de Estado, en su función contencioso-administrativa, es un órgano de justicia delegada cuyas decisiones no tienen que ser aprobadas por ninguna otra autoridad.

La sección consultiva es aún más amplia que en los Consejos de Estado europeos. Funciona, como se ha dicho, dividida en dos formaciones: la administrativa y la legislativa. La primera está, a su vez, subdividida en direcciones para las diferentes clases de asuntos, en la mayor parte de ellos de consulta obligatoria antes de la resolución. Cada dirección es autónoma, y, en general, puede decirse que no puede formalizarse o ratificarse ningún contrato o transacción o ejecutarse ninguna sentencia arbitral cuyo interés sobrepase la suma de 5.000 libras egipcias sin la in-

tervención previa de una de estas direcciones. La sección consultiva reunida emite su dictamen sobre un cierto número de cuestiones importantes o delicadas, como concesiones que tengan por objeto la explotación de alguna de las fuentes naturales de riquezas del país o un servicio público o cualquier monopolio.

La sección de legislación está encargada, por una parte, de informar los proyectos de ley propuestos por el Gobierno, con la excepción de los que se refieren al Presupuesto del Estado o a la concesión de créditos suplementarios o extraordinarios, al revés en cuanto a estos últimos de lo que sucede en España; por otra parte, ha de dictaminar sobre los decretos y reglamentos dictados en aplicación de las leyes.

Aparte de esta misión normal, que se limita a emitir un dictamen sobre los proyectos de Ley o reglamentos consultados, existe una participación del Consejo de Estado más solemne en la actividad legislativa y reglamentaria, redactando por sí mismo los proyectos de Ley o reglamentos que le sometan el Presidente de una de las dos Cámaras del Parlamento o los Ministros, respectivamente, o preparando las interpretaciones legislativas que ha de dar el Consejo de Ministros en ciertos casos previstos por las Leyes. Para estos fines se reúne el Consejo de Estado en Asamblea general de las secciones de consulta y legislación.

Puede reunirse también, por último, el Consejo de Estado en su Asamblea general, que no hay que confundir ni con la asamblea general del Tribunal contencioso-administrativo ni con la asamblea general de las Secciones de consulta y legislación. Esta es la Asamblea más solemne del Consejo de Estado que sólo se reúne en circunstancias excepcionales para emitir un dictamen sobre las cuestiones de orden internacional, constitucional y legislativo que le sean sometidas en razón de su importancia por el Presidente del Consejo de Ministros, por un Ministro, por el presidente de una de las Cámaras o por el propio presidente del Consejo de Estado.

Juez del contencioso-administrativo, asesor del Gobierno y aun excepcionalmente del Parlamento, el Consejo de Estado egipcio está ya desempeñando un papel importante en la vida del Egipto contemporáneo. Ello también es debido al cuidado con que han sido designados sus miembros, cuyo número no está exactamente determinado por la Ley, la cual se limita a decir que el Consejo se compondrá de un presidente, dos vicepresidentes y un número suficiente de Consejeros. Uno

de los vicepresidentes está afectado al Tribunal de lo contencioso y el otro a las secciones de consulta y legislación. Respecto a las condiciones para ser nombrado Consejero, la Ley exige cuatro: una de nacionalidad: ser egipcio; otra de moralidad: ser de buena conducta y reputación y gozar de todos los derechos civiles; una tercera de edad: tener, por lo menos, cuarenta años para ser Consejero, treinta y ocho para ser Consejero adjunto, treinta y cinco para ser sustituto, veinticuatro para ser auditor y veintiuno para ser auditor adjunto, y una última condición de capacidad técnica: ser licenciado en Derecho.

En el sistema egipcio son desconocidas las oposiciones para el nombramiento de cualquier clase de funcionarios. Sin embargo, parece ser que para todos los primeros nombrados se ha realizado un verdadero concurso de méritos. En lo sucesivo, la proporción de los nombramientos para los puestos del Consejo de Estado en personas que no hayan sido anteriormente miembros o funcionarios técnicos del mismo, no podrá sobrepasar del tercio en lo que se refiere a los Consejeros, y de la cuarta parte para los demás puestos. De esta manera, se da una garantía de permanencia y de ascenso a los funcionarios del Consejo, velando tanto por la independencia del Alto Cuerpo como por la formación técnica de sus servidores.

Pero-aun para entrar en el Consejo de Estado por el turno del exterior hay que reunir las mismas condiciones que para ser nombrado auditor adjunto; en principio, por tanto, el Consejo de Estado sólo contendrá licenciados en Derecho junto a algunos funcionarios públicos en actividad o jubilados del grado de director general o superior con veinte años de servicios al Estado en la Magistratura o en el foro o en uno de los puestos técnicos de la Dirección de lo contencioso del Estado, o en la enseñanza en una de las Facultades egipcias o en una labor asimilada a la del Consejo de Estado.

Para el nombramiento del presidente del Consejo de Estado o del vicepresidente del Tribunal contencioso, el Ministro de Justicia propone dos nombres y la Asamblea general del Consejo de Estado elige uno. Para el nombramiento de los Consejeros del Tribunal contencioso, el procedimiento legal es el inverso: proposición por la Asamblea general de un número de nombres doble del de los puestos vacantes y elección del Ministro de Justicia. Para el nombramiento de los miembros de las Secciones de consulta y legislación —vicepresidente, Consejeros y funcionarios técni-

cos— la libertad del Gobierno es más extensa; el Ministro de Justicia se limita a pedir la opinión previa de la Asamblea general del Consejo; si la opinión es favorable, no hay problema; en caso contrario, el Ministro expone en Consejo de Ministros el punto de vista de la Asamblea y los motivos que tiene para separarse de ella; después de lo cual la decisión se toma por Decreto. Por último, los auditores adjuntos se nombran por el Ministro de Justicia después de oír a la Asamblea general. El presidente, los vicepresidentes y los Consejeros prestan juramento al Rey en presencia del Ministro de Justicia de desempeñar bien sus funciones; los funcionarios técnicos, ante la Asamblea general. Su función es incompatible con el ejercicio del comercio, así como con todo otro trabajo en pugna con la dignidad e independencia de su cargo. El presidente, vicepresidentes y Consejeros son inamovibles, a menos «de perder la confianza y la consideración que sus funciones exigen», caso en el cual el Consejero «indigno», después de haber sido oído, es jubilado por Decreto, tomado a propuesta del Ministro de Justicia, después del dictamen conforme de la Asamblea general. Los demás funcionarios pueden ser revocados por Decreto a propuesta del Ministro de Justicia, después del dictamen conforme de la Asamblea general «por mayoría de los dos tercios de los miembros que la componen».

En definitiva, sin perjuicio de variaciones de detalle impuestas por las peculiaridades egipcias, el Consejo de Estado ha surgido allí sobre las líneas del francés investido de las más amplias facultades, tanto en el terreno consultivo, donde a semejanza de lo que ocurre en la mayoría de los países europeos, ejerce una función esencial en la preparación de las leyes, como en el terreno contencioso.

Por lo que a este último se refiere, ya las primeras decisiones del Consejo de Estado egipcio revelan la gran preparación de sus miembros, así como su cuidado en ajustarse a las doctrinas prevalecientes en Europa. En materia de motivación de los actos públicos, por ejemplo, ha anulado por desviación de poder requisas con las que se pretendía disimular sanciones, afirmando que «el abuso de poder envuelve una violación del espíritu de la ley», y llegando a considerar nula por vicio en el consentimiento la petición de retiro hecha por un funcionario bajo la amenaza de su traslación ilegal a otro lugar. En materia de régimen jurídico de funcionarios, ha adoptado la teoría hoy dominante del carácter estatutario, legal y reglamentario, y no contractual, de la rela-

ción existente entre el funcionario y el Estado, por lo que las modificaciones impuestas por el interés público en aquellas relaciones no dan lugar a derecho alguno fundado en el régimen abolido.

Pero es digno sobre todo de destacar la doctrina sentada sobre la revocabilidad de actos anteriores a la creación del Consejo de Estado. En principio, a semejanza de lo dispuesto en España por la Ley de 1944, restableciendo la jurisdicción contenciosa y creando la vía de agravios, no son recurribles las decisiones anteriores a la entrada en vigor del nuevo régimen. En España, como es sabido, se ha interpretado este principio de irretroactividad rígida e inflexiblemente extendiendo sus efectos a cuantas decisiones posteriores a la ley tuvieran un aspecto de reproducción de otras anteriores y considerando incursas en esta regla incluso a decisiones que meramente estaban ligadas de un modo más o menos directo con las primeras.

En Egipto, la doctrina del Consejo de Estado ha sido mucho más generosa, admitiendo el recurso basado en la ilegalidad de una decisión anterior, «cuando el examen de este extremo solo perseguía la anulación de una resolución posterior».

* * *

También la nueva Constitución italiana que ha entrado en vigor el 1 de enero de 1948 ha acogido al Consejo de Estado, no sólo como supremo órgano de consulta jurídico-administrativa, sino como órgano de jurisdicción administrativa. Este carácter constitucional que ha querido darse al Alto Cuerpo ha tenido por objeto garantizar su permanencia, pero el Consejo de Estado tenía ya hondas raíces en Italia. Se compone de un presidente, siete presidentes de sección, cincuenta y dos consejeros, cinco primeros refrendarios y seis refrendarios; personal que constituye la Magistratura del Consejo, a cuyas órdenes están los secretarios de sección, empleados y subalternos. El presidente, los presidentes de sección y los consejeros pertenecen, respectivamente, a los grados segundo, tercero y cuarto del ordenamiento jerárquico; son nombrados por decreto del Jefe del Estado, a propuesta del Presidente del Consejo de Ministros, previo informe del Consejo mismo; los puestos vacantes deben ser provistos por ascenso de los primeros refrendarios y refrendarios con servicios en el puesto no inferiores a cuatro años.

Tanto los presidentes como los consejeros son inamovibles, gozando de un estatuto jurídico que no puede ser modificado sino por ley.

Para su funcionamiento, el Consejo de Estado se divide en cinco secciones; las tres primeras, consultivas; la cuarta y la quinta, jurisdiccionales. Cada sección se compone del presidente y un número de consejeros no inferior a siete. El reparto de los consejeros entre las cinco secciones se hace al principio de cada año, por decreto del Jefe del Estado, siendo discrecional en cuanto afecta a las secciones consultivas; pero en cuanto a las jurisdiccionales debe ser hecha de modo que en cada una de ellas dos por lo menos y no más de cuatro consejeros sean diversos de la composición del año precedente.

Además de por secciones, delibera el Consejo de Estado en asamblea general y en asamblea plenaria. La primera se refiere a la sección consultiva y está formada de todos los componentes de la Magistratura del Consejo. La segunda se refiere a la función jurisdiccional y está formada por ocho consejeros: cuatro pertenecientes a la cuarta y cuatro a la quinta sección, designados anualmente por decreto del Jefe del Estado. Ambas son presididas por el presidente del Consejo. También en los asuntos consultivos puede funcionar el Consejo por comisiones especiales, formadas por consejeros pertenecientes a diversas secciones, teniendo por objeto tales comisiones examinar cuestiones de carácter mixto que pertenezcan a la competencia de más de una sección. Su formación está determinada por el presidente, el cual también tiene la facultad, en determinados casos, de añadir a una sección consejeros pertenecientes de otra, los cuales, en tales casos, sólo tienen voto consultivo.

Los dictámenes del Consejo son, unos, facultativos, y otros, obligatorios. Entre los casos en los que la consulta es facultativa debe mencionarse el de los proyectos de ley, en los cuales se pronuncia el Consejo sobre su perfección en el aspecto técnico-jurídico y la concordancia de sus normas con los principios generales del Derecho, así como con cualquier otra ley relativa a la misma materia. También puede el Gobierno confiar al Consejo de Estado la preparación de proyectos de ley o de reglamentos, así como consultarle si para conseguir un fin determinado es precisa una ley o basta un reglamento. Finalmente, es característico su papel como redactor de los «textos únicos» o refundiciones sistematizadas de legislación precedente sobre una materia.

Esta función en relación con las leyes y reglamentos es justamente

destacada por muchos comentaristas como una de las más importantes que realiza el Consejo de Estado, calificándola de «participación legislativa».

En cuanto a la jurisdicción contenciosa, la ejerce el Consejo de Estado en tres formas: la de legitimidad, la de mérito y la exclusiva. En la primera el Consejo de Estado es juez supremo en los recursos por incompetencia, exceso de poder o violación de leyes, así como contra los actos administrativos que lesionen intereses individuales o de entes jurídicos.

Algunas materias taxativamente señaladas en las leyes son las que dan lugar al recurso de mérito, el cual se superpone en cierto modo al de legitimidad, examinando en estos casos el Consejo de Estado, además de aquélla, la oportunidad, la conveniencia, la utilidad y hasta la equidad misma del acto administrativo.

La de legitimidad es, pues, una controversia esencialmente jurídica, en la que el Consejo de Estado confronta el acto administrativo con las leyes y reglamentos pertinentes al caso. La de mérito es una controversia de buena administración, en la que se examina si la autoridad ha obrado del modo más conveniente a los intereses públicos y menos gravoso para los intereses particulares.

La jurisdicción exclusiva se refiere a determinados derechos subjetivos administrativos, que, por excepción al principio reinante en Italia que atribuye en general su conocimiento a los tribunales ordinarios, caen bajo la competencia del Consejo de Estado.

En su conjunto, y dentro de las líneas generales del sistema francés, que es el que ha inspirado los de los países que estamos examinando, destacan quizá en el italiano las especiales facultades de que está investido el Consejo de Estado en la jurisdicción de mérito, que alcanza precisamente a los actos discrecionales, y de este modo convierte al alto organismo en el censor más eficaz de la actividad administrativa.

Es, sin embargo, digno de mención que, pese a esta ya amplísima intervención del Consejo de Estado en la vida política y administrativa italiana, se encaminan las tendencias actuales más hacia una extensión todavía mayor de sus funciones, que hacia una disminución de las mismas. Los casos de consulta obligatoria del Consejo, por ejemplo, serán extendidos prácticamente a todo aquello que no constituya propiamente un acto de gobierno o se refiera a materia civil, penal, mercantil o pro-

cesal. Concretamente, se pretende que en nada que se refiera a organización de los servicios públicos, concesiones administrativas, expropiación por causa de utilidad pública, obras públicas, comunicaciones, sanidad, instrucción pública, asistencia social, beneficencia, etc., no sólo no puedan dictarse resoluciones administrativas sin la previa consulta del Consejo, sino que incluso todas las leyes sobre esta materia, leyes administrativas en una palabra, tengan previamente que ser informadas por el Alto Cuerpo.

Asimismo, para la defensa del orden legal y parlamentario y evitar que al amparo de determinadas delegaciones pueda en ningún caso el poder ejecutivo extralimitarse en el ejercicio de sus funciones, se aspira a que tanto en la preparación de las leyes delegadas por el Parlamento en que conviene asegurarse que no se exceda el poder ejecutivo de los límites de la delegación parlamentaria, como en la preparación de los Decretos-ley e incluso en los proyectos de ley de iniciativa gubernamental, preceda, obligatoriamente, la consulta al Consejo de Estado. Este informe recaería, en primer término, sobre la constitucionalidad de las normas legislativas, pero no sería tampoco ajeno a él la conveniencia administrativa de tales normas, sin llegar, naturalmente, a inmiscuirse en un juicio político que sólo puede corresponder al Gobierno o al Parlamento, según los casos.

En cuanto a su función jurisdiccional se estudia que alcance también en cierto modo a los llamados actos políticos, considerándolos todos simplemente como administrativos, sin más excepción que aquellos respecto de los cuales se mueva el Gobierno en la esfera de sus poderes constitucionales, ya que éstos sólo podrían ser juzgados por el Tribunal Supremo constitucional, en cuya composición figura también el Consejo en un doble aspecto: como uno de los organismos electores de sus miembros, y dando el hecho de ser Consejero de Estado, capacidad para ser elegido.

Quizás todo este interesante panorama es lo que ha motivado, por de pronto, la elevación del Consejo a la categoría de órgano constitucional, aunque ya estaría bastante justificada con sólo sus actuales funciones, que si por un lado, por su directa o indirecta colaboración con la Administración pública, hacen de él un auténtico órgano del poder ejecutivo, por otro, en cuanto a su acción preventiva y represiva sobre los actos administrativos, le convierten en un órgano extraño y superior al Poder en tal forma limitado, de lo que se deriva la exigencia de una ordenación del

Alto Cuerpo con el fin de hacerlo absolutamente independiente del Poder ejecutivo a semejanza del judicial.

El propio Consejo de Estado aprobó en su Asamblea general de 9 de julio de 1946, las siguientes conclusiones :

Primera. Que el supremo Consejo administrativo, garantía fundamental del buen gobierno de la cosa pública y de los derechos de los ciudadanos, sea conservado en su actual unidad orgánica de consulta y de fiscalización general jurídica-administrativa del Poder ejecutivo.

Segunda. Que la fiscalización preventiva del Consejo de Estado en sede consultiva quede asegurada sobre los actos administrativos más importantes y se extienda obligatoriamente a las normas jurídicas que emanen del Poder ejecutivo con eficacia de leyes formales así como a la preparación de los proyectos de ley de iniciativa gubernamental que tengan naturaleza administrativa, con exclusión de las leyes civiles, procesales, mercantiles y penales.

Tercera. Que todos los actos administrativos, sin excepción ni limitación, puedan ser llevados ante el Consejo de Estado en sede jurisdiccional en tutela de los intereses legítimos y que, por consiguiente, se asegure también la fiscalización jurisdiccional sobre todos los llamados actos políticos o de gobierno, confiriendo al Tribunal Supremo constitucional la competencia sobre aquellos actos que revistan carácter constitucional, quedando reservada la del Consejo para aquellos que no excedan del ámbito de las funciones administrativas.

Cuarta. Que se proceda a la revisión y a la reducción de las jurisdicciones especiales y administrativas con la consiguiente atribución de sus respectivas funciones a la autoridad judicial y al Consejo de Estado, conservando, al mismo tiempo, el carácter excepcional de la jurisdicción de este último en materia de derechos subjetivos.

Quinta. Que para mejor consagrar la autonomía y autoridad de la función jurisdiccional del Consejo de Estado para la más eficaz tutela de los derechos de los ciudadanos, sea sólo el Tribunal Supremo constitucional quien puede ejercer cualquier fiscalización sobre las funciones jurisdiccionales del Supremo Consejo administrativo.

Sexta. Que las Juntas provinciales administrativas sean sustituidas por órganos regionales de justicia administrativa con más autoridad e independencia.

Séptima. Que con el fin de elevar el prestigio y reforzar la indepen-

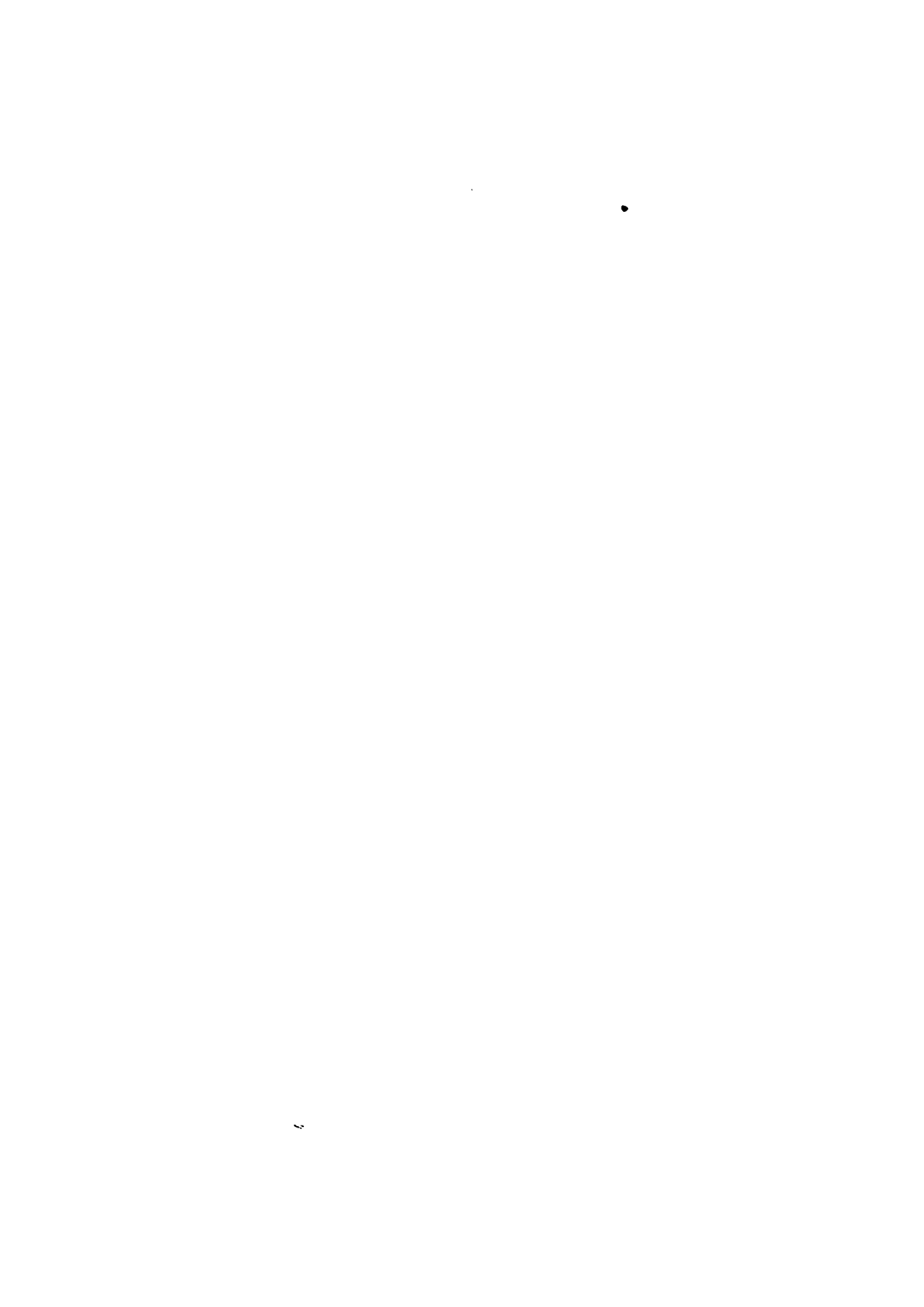
dencia del Consejo de Estado, quede completamente liberado de cualquier subordinación al Poder ejecutivo y a salvo de toda ingerencia del mismo, colocándose el Estatuto jurídico y la inamovilidad de los Magistrados del Supremo Consejo administrativo bajo la salvaguarda y garantía del Alto Tribunal constitucional y confiriendo a los mismos la dignidad que les corresponde en el ordeuamiento del Estado.

* * *

Dedúcese de todo ello la tendencia en las reorganizaciones políticas de la postguerra hacia un robustecimiento del Consejo de Estado en los países en que tradicionalmente existía, como Francia e Italia, o su creación, dotado desde el primer momento de los máximos poderes y atribuciones, en otros donde no existía, como Bélgica y Egipto. En todos estos países figura entre los aspectos más importantes de la función consultiva del Consejo de Estado la de la preparación de las leyes, velando por su corrección en el orden jurídico, o aun gramatical, y por su adecuada coordinación con las demás leyes vigentes. En todos ellos también figura incorporada al Consejo de Estado la jurisdicción contenciosa, de un alcance sin duda superior a la reconocida en España con este nombre al Tribunal Supremo, ya que aquí son desconocidos los recursos por exceso de poder interpuestos, no en nombre de un derecho, sino simplemente de un interés lesionado, los cuales sólo han tenido entrada, más sobre el papel que en la práctica, en el régimen local. Pero esta clase de recursos evidentemente sólo pueden confiarse a un Consejo de Estado dentro del cual, aunque en formación independiente para fallarlos, están los jueces administrativos en un contacto más estrecho con el movimiento incesante y variado de la legislación administrativa, y aun con el propio Gobierno o con las Cortes, asegurándose la más perfecta información y conocimiento de las exigencias del buen funcionamiento de los servicios públicos, así como del límite que a una buena acción administrativa deben significar los derechos e intereses legítimos de los administrados. Estas son las ventajas de confiar estas distintas competencias a una sola institución, al mismo tiempo que se introduce en la organización interna de ésta una dualidad que corresponda a la diversidad de las funciones, temiéndose, según la expresión de Hauriou, «jue-

ces que son de la Administración sin serlo» y consejeros legislativos «que tienen el sentido de la realidad de los jueces administrativos».

Obvio parece añadir que todos estos argumentos, desarrollados hoy ampliamente en países donde existen otros medios y sistemas de fiscalización de la opinión pública sobre los actos gubernamentales, alcanzan tanto más relieve y significación cuando aquellos medios de fiscalización son menos abundantes y la autonomía del Poder ejecutivo más destacada. No debe olvidarse que precisamente en uno de estos regímenes de autoridad —el napoleónico— tuvo nacimiento la institución que tan gran influencia ha llegado a ejercer después; así como tampoco que durante mucho tiempo se la tuvo por una institución típicamente resellada por la clase de régimen que la había dado a luz, adaptada a esta peculiar organización política, útil o si se quiere indispensable a la misma o a otra semejante, pero incompatible con los regímenes liberales que surgieron como reacción a aquel sistema. El hecho de que incluso en estos Estados liberales se haya demostrado su eficacia y conveniencia es un gran argumento en favor del acierto que presidió su creación y un alegato en pro de la conveniente reorganización del Alto organismo en España, donde, bajo el predominio de las corrientes liberales decimonónicas, se quebró la gran tradición del Consejo de Castilla, cercenándose y disminuyéndose sus naturales funciones, que hoy sería más necesario aun restaurar que en los países donde, a pesar de la influencia liberal, se ha evolucionado de acuerdo con las necesidades prácticas.



LA INSTITUCION DEL CONSEJO DE ESTADO EN LA ACTUALIDAD

Por el MARQUÉS DE LAS MARISMAS
Consejero Permanente de Estado

«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 positivas.»

Con estas bellas palabras se defendió en 1843, ante la Cámara de los Diputados francesa, la justificación de un Consejo de Estado que representara la suprema garantía de la justicia en esta doble función: como asesor técnico del Gobierno y de la Administración, y como Tribunal dotado de propia jurisdicción en la materia contencioso-administrativa.

Nunca han faltado tratadistas que han sostenido la conveniencia de la separación de una y otra función. La consultiva es, al fin y al cabo, una parte de la administrativa, se ha invocado, y en tal concepto debe quedar perfectamente delimitada de la jurisdiccional. El hecho de que la verdadera distinción deba establecerse entre la Administración actuante y

la vigilante, no es advertido por quienes así razonan, como tampoco la notoria conveniencia de una cierta ligazón entre las dos formas de ejercerse aquella vigilancia: con el consejo técnico antes de recaer la decisión administrativa y con la anulación del acuerdo contrario a derecho.

Obsérvese bien que con ninguna de ambas actividades la Administración vigilante invade en lo más mínimo funciones de la Administración actuante. Esta es siempre libre de atenerse o no al dictamen recibido, y la anulación del acto contra *jure* no va necesariamente acompañado de la promulgación de otro nuevo sustitutivo del anterior.

La jurisprudencia del Consejo de Estado francés ha tenido un exquisito cuidado de delimitar bien ambas cosas. La anulación de un Decreto jubilando indebidamente a un funcionario no significa de por sí la reintegración de dicho funcionario a su puesto, aunque esta reintegración sea la consecuencia natural de la anulación del Decreto jubilatorio. Pero nunca dicta por sí mismo el Consejo de Estado francés las medidas de ejecución de sus decisiones, ni mucho menos reforma el acto atacado, limitándose a anularlo total o parcialmente.

La conveniencia, por otra parte, de reunir en un solo organismo todos los conocimientos que se requieren para elaborar una recta doctrina administrativa, es evidente. Sobre todo, si, como ocurre de hecho en todas partes, esa unificación no significa en ningún caso confusión, manteniéndose de hecho entre la sala contenciosa y las consultivas una separación en su funcionamiento que permite la necesaria especialización sin mengua de la armonía entre ambas actividades.

Una y otra se resumen en una vigilancia de no diversa naturaleza tanto en el momento de la preparación y formación del acto en función consultiva como después de su ejecución en función contenciosa o jurisdiccional. Sea, por tanto, que exprese un parecer requerido por la Ley, o que pronuncie su decisión en un recurso, el Consejo persigue siempre la misma finalidad: la observancia de las leyes para mejor salvaguardar el interés público, así como la tutela dentro de este marco de los intereses individuales. En el Consejo de Estado italiano, constituido sobre las líneas del francés pero que presenta en la actualidad, después de una larga evolución legislativa, rasgos de originalidad que acusan el profundo sentido jurídico de los hombres de Estado de aquel país, la vigilancia se extiende, como es sabido, hasta el buen uso de las normas legales en los actos de discrecionalidad administrativa examinando en

vía contenciosa, no sólo su legalidad y legitimidad sino también si responden o no a los intereses públicos, si son, en suma, convenientes (recurso de mérito). Pero debe observarse que la misma autoridad, independencia y competencia jurídico-administrativa en quien es llamado a ejercerla, exigen los dos aspectos de esta labor de vigilancia, este refrendo de los actos administrativos, antes y después de su promulgación. Son funciones complementarias la una de la otra; la primera, intentando impedir el acto *contra jure*; la segunda, restableciendo el imperio del derecho si, a pesar de todo, hubiera sido violado, asegurando de este modo una administración legal, justa y armonizadora de los intereses públicos y privados.

Quizás a esta orgánica combinación de elementos que tienen una misma naturaleza sustancial y convergen hacia un mismo fin, se debe el prestigio de que goza el Consejo de Estado en los países que han sabido conservarlo en su estructura fundamental. Así, en Italia, por ejemplo, donde el Consejo de Estado ha sido en el año 1948 insertado en el nuevo ordenamiento constitucional como órgano de consulta y de vigilancia general jurídica administrativa del poder ejecutivo. Y en Francia, donde después del vendaval producido por la guerra y sus consecuencias, no sólo ha permanecido incólume el Consejo de Estado, sino que aun ha aumentado su autoridad.

Claro es que a este resultado no se ha llegado sin dificultades, ni sin que la existencia del alto organismo haya sufrido variadas peripecias. Al crearlo Napoleón en la forma que en lo fundamental había de subsistir, le había atribuído cinco misiones de desigual importancia, pero que en su conjunto le colocaban en el primer plano de la vida jurídico-administrativa: 1.ª, preparación y redacción de los textos legales; 2.ª, confección de los reglamentos; 3.ª, consejo supremo de la Administración; 4.ª, examen de las reclamaciones dirigidas contra la Administración y redacción de los proyectos de decreto en lo contencioso; 5.ª, escuela de administración, por la formación e iniciación en los asuntos administrativos de los auditores del Consejo destinados a ocupar después altos puestos en el Estado.

Participaba, pues, en las tres funciones del Estado: legislativa, administrativa y de hecho, si no de derecho, en la jurisdiccional, ya que sus proyectos de resolución en los recursos contenciosos fueron siempre respetados.

Este estado de cosas no podía, naturalmente, subsistir después de la caída del Imperio. En primer lugar, el Consejo de Estado había sido una creación suya, y, como tal, sospechosa a los siguientes regímenes. En segundo lugar, tanto las asambleas legislativas como los tribunales judiciales, aspiraban a la exclusividad en sus funciones, sin quererla compartir de ningún modo con la intervención del Consejo. Toda la corriente de ideas liberales hasta mediados del siglo XIX fué, en general, hostil al Consejo de Estado en Francia, como en el resto de Europa. Se veía en él una supervivencia del absolutismo, opuesto a las nuevas tendencias. Se le discutió su intervención en lo contencioso por cuestión de principios; el duque de Broglie, uno de los campeones del liberalismo, lanzó la tesis de la distinción entre derecho e interés, para proponer que toda lesión de un derecho fuese de la competencia de los Tribunales judiciales. Se recelaba, incluso, de sus informes en materia administrativa, por suponerlos siempre inclinados del lado de la Administración.

El hecho de que frente a estas corrientes hostiles el Consejo de Estado se impusiera y se consolidara, acabando por alcanzar el gran prestigio de que goza en la actualidad, revela, en primer término, el acierto jurídico de su actuación, pero también el carácter imprescindible de sus actividades en un país como Francia donde tienen tal fuerza las normas de derecho que no sería concebible una organización del Estado que no diese lugar a una aplicación rigurosa de ellas.

En la actualidad, según la Ordenanza de 31 de julio de 1945, el Consejo de Estado se compone de un vicepresidente, cinco presidentes de Sección, cuarenta y dos Consejeros de Estado en servicio ordinario, doce Consejeros de Estado en servicio extraordinario, cuarenta y cinco «maîtres de requêtes», uno de los cuales desempeña las funciones de secretario general y es el jefe de los servicios del Consejo, y cuarenta y cuatro auditores, veinte de primera y veinticuatro de segunda.

La entrada en el Consejo se realiza por las plazas de auditores de segunda. Si dos años después del nombramiento el auditor no demuestra tener las aptitudes necesarias, puede ser trasladado a otra función pública. Todas las vacantes de auditor de primera, son cubiertas entre auditores de segunda. Las tres cuartas partes de las de «maîtres de requêtes» están reservadas a los auditores de primera. Los dos tercios de Consejeros ordinarios son nombrados entre los «maîtres de requêtes». Los

presidentes de Sección son nombrados entre Consejeros en servicio ordinario. El vicepresidente, entre presidentes de Sección o Consejeros en servicio ordinario. Las vacantes de libre nombramiento recaen en personas de reconocida competencia en materia de derecho público o de señalados méritos al servicio del Estado. Su cooperación con el personal técnico que hace de su actividad en el Consejo su profesión permanente, así como con los Consejeros en servicio extraordinario está cuidadosamente calculado para reunir en el alto organismo las mejores inteligencias de diversas formaciones. Pero obsérvese la proporción en la que se respetan los puestos en todos los grados —hasta el de vicepresidente— al personal de la casa. Al que habiendo entrado por el grado inferior de auditor de segunda se ha ido formando y especializando a través de los años de una dedicación permanente a su labor. Este elemento profesional o técnico constituye, pues, la gran mayoría del personal del Consejo a la que se van sumando en cada uno de los grados de la escala pequeñas aportaciones de elementos formados en otros campos, que enriquecen de esta manera con sus orientaciones el caudal de experiencia necesario para mantener la actuación del Consejo en el nivel requerido por su importante misión.

Del acierto del sistema dan fe sus frutos. Quizá nadie pensara a la caída de la administración napoleónica que aquel Consejo de Estado tan ambicioso, con intervención en las tres esferas legislativa, ejecutiva y judicial, podría subsistir. Pero lo cierto es que no sólo capeó victoriosamente el temporal de doctrinarismos y celos que intentaron recortar tan vasta intervención sino que en la actualidad se ha convertido en una pieza reguladora de los negocios públicos aun más activa que entonces, ya que no sólo participa en la confección de las leyes y ordenanzas, emitiendo su dictamen sobre los proyectos elaborados por los Ministros, proponiendo las modificaciones que juzga necesarias y redactando los textos que le fueren solicitados (art. 21 de la Ordenanza de 31 de julio de 1945), siendo consultado obligatoriamente sobre los decretos con fuerza legislativa, reglamentos y decretos reglamentarios (art. 22 de la Ordenanza de 31 de julio de 1945) así como sobre todas las cuestiones en las cuales su intervención estuviera prevista por disposiciones legislativas o le fueran sometidas por el Gobierno (art. 23 de la Ordenanza de 31 de julio de 1945), sino que ha conservado en materia contenciosa la jurisdicción delegada que le atribuyó la Ley de 24 de mayo de 1872.

En realidad, tal Ley no hizo otra cosa sino dar estado de derecho a una situación de hecho. Aun con jurisdicción retenida, los proyectos de decisión elaborados por el Consejo de Estado, eran siempre aceptados por la Administración activa, dando con ello muestras los titulares del Poder, a través de peripecias y vicisitudes políticas, de un sentimiento común de respeto hacia el Derecho.

Lo más difícil fué la batalla contra los doctrinarismos, que veían mal esa confusión de actividades en el Consejo de Estado, y pretendían una separación absoluta, tanto entre la Administración activa y la consultiva, sin presencia, por tanto, en los órganos de ésta de ninguna persona representante de aquélla, como entre la consultiva y la jurisdiccional. La supervivencia del Consejo de Estado en su actual estructura puede considerarse en este aspecto como un triunfo del buen sentido sobre los dogmatismos. Se ha visto que lo importante en la separación no era tanto la cuestión de principios como la cuestión de especialización. Era evidente que el Derecho administrativo requería para su recta aplicación una técnica distinta de la que se adquiere con el manejo del Derecho común. El Derecho civil, como el penal, suele estar recogido en Códigos. Sus exegetas se acostumbran a una labor de interpretación de la letra escrita de la Ley. El Derecho administrativo es mucho más fluído y hasta inaprensible. De aquí la necesidad de unos Tribunales administrativos distintos de los ordinarios. Como del principio de que nadie debe ser juez y parte se deduce que los órganos de la Administración jurisdiccional deben ser distintos de los de la activa.

Pero estas razones no exigen una separación absoluta, la cual, en la práctica, tendría más inconvenientes que ventajas. Los partidarios de la separación atenuada —numerosos entre profesores y tratadistas— han visto confirmadas sus expectativas con el ejemplo del Consejo de Estado francés. Dentro de él la Sección de lo contencioso, con un presidente y dieciocho Consejeros, funciona con total independencia de las otras cuatro Secciones administrativas, como, a su vez, cada una de éstas, con un presidente y seis Consejeros, tiene su propia autonomía.

Diríase, a primera vista, que se trata de organismos distintos. Pero esto es precisamente lo contrario de la realidad. Existe, en primer lugar, como lazo de unión, una Comisión permanente compuesta de un presidente, elegido entre los de las Secciones administrativas; cinco Consejeros en servicio ordinario, de los cuales cuatro pertenecientes a las Sec-

ciones administrativas y uno a la contenciosa, y cuatro Consejeros en servicio extraordinario. Existe una Asamblea general del Consejo, con asistencia de veinte Consejeros cuando menos y participación de los de la Sección contenciosa. Existe la posibilidad de tomar, para constituir la Sección contenciosa, a los Consejeros de las Secciones administrativas. Existe una Asamblea plenaria de lo contencioso con participación de los Consejeros administrativos. Existe un presidente —el Jefe del Gobierno o, en su delegación el Ministro de Justicia— y un vicepresidente comunes. Y existe, sobre todo, una común procedencia de todo el personal nombrado en la forma que quedó expuesto. Las ventajas de la especialización, salvándose la unidad de criterio en todas estas materias tan indudablemente afines, quedan garantizadas. Aparte de ello todas las decisiones y consultas de cualquiera de las subdivisiones internas del Consejo tienen la misma autoridad jurídica, todas son decisiones o consultas del Consejo de Estado.

Este proceso, mediante el cual se sabe cada Sección mancomunadamente representativa del gran organismo, en el que se funde en los casos que así se requiere en una especie de verdadera ósmosis, es, quizá, uno de los factores que han contribuido a darle al Consejo de Estado francés esa fuerza que le ha permitido convertirse en un verdadero definidor del derecho, al menos como regulador de las relaciones existentes entre el individuo y las corporaciones públicas.

El recurso por exceso de poder, por ejemplo, es una verdadera creación del Consejo de Estado francés. Empezó a admitirlo en los tiempos napoleónicos cuando la justicia era retenida y resultaba, por tanto, normal que el Consejo propusiera al Jefe del Estado, juez supremo, la anulación de los actos administrativos ilegales. Cuando en 1872 se le confirió la justicia delegada, se le confirmó su facultad de fallar soberanamente en las demandas de anulación por exceso de poder entabladas contra los actos de las diversas autoridades administrativas. Pero ninguna pauta se le dió nunca sobre el modo de ejercer esta facultad. La copiosa doctrina que hoy existe sobre este importantísimo medio de regular las actividades de las autoridades administrativas ha sido toda ella elaborada por el Consejo de Estado.

En primer lugar, lo ha separado netamente del recurso de plena jurisdicción. Ya este es más amplio que nuestro recurso contencioso, por poderse basar no sólo en la violación de un derecho, sino en la de un

interés y admitir una mayor elasticidad de plazos y formalidades. Pero el recurso por exceso de poder, aun más simple y económico en su tramitación, persigue exclusivamente la declaración de nulidad de todo acto ilegal, en nombre de un interés en cuya apreciación ha llegado el Consejo de Estado a la máxima liberalidad.

Ha reconocido, por ejemplo, que lo es el del comerciante contra un acuerdo municipal reglamentando la circulación de los vehículos públicos; el del contribuyente contra los gastos ilegales de un Ayuntamiento; el del elector contra una decisión modificadora de las circunscripciones electorales; el de los titulares de un diploma contra los nombramientos hechos desconociendo los derechos reconocidos en general a los mismos; el de un propietario en una calle contra el establecimiento o la supresión de una línea de tranvías. Ha reconocido, incluso, intereses morales, como el de un sacerdote católico contra el cierre de una iglesia. Ha reconocido intereses colectivos, como el de los habitantes de un distrito dejados sin tranvía por una modificación del trayecto; o el de sindicatos, sobre cuestiones de descanso semanal. En España, en cambio, nuestro Consejo de Estado, al empezar a informar sobre los recursos de agravios, cuyo conocimiento le fué atribuído por la Ley de 18 de marzo de 1944, negó por mayoría, adaptándose al criterio en general sostenido por el Tribunal Supremo en los recursos contenciosos, que fuera suficiente el interés de un opositor a que el Tribunal que había de juzgar sus oposiciones estuviera constituido con arreglo a la legalidad vigente. Bien es verdad, que la doctrina del voto particular divergente de tal criterio ha sido posteriormente recogida por el Consejo; el cual ha acabado por admitir que el recurso de agravios es de naturaleza objetiva y, por tanto, puede fundarse en la lesión de un interés.

En cuanto a su contenido, examina el Consejo de Estado francés los motivos en que se funda una decisión para comprobar su realidad o anular aquella en otro caso. Así, por ejemplo, las medidas de policía sólo autorizadas bajo determinadas condiciones, siempre, naturalmente, que no pertenezca al poder discrecional su adopción. Puede también juzgar hechos como si tal conjunto de edificios constituye o no una «perspectiva monumental»; si determinados actos son o no contrarios al honor o la moralidad; si el mantenimiento en un lugar determinado de un establecimiento de bebidas es o no contrario al interés general; si un terreno puede ser legalmente calificado de abandonado.

También puede una autoridad haber usado unos poderes para un fin distinto de aquel para el que fueron legalmente conferidos, lo cual constituye la noción de desviación de poder, con la que se entra de lleno dentro de las motivaciones de los actos de los funcionarios para declarar nulos todos aquellos que no están inspirados en el interés público, único fin para el que fué conferida la autoridad. Con esto se alcanza la fiscalización de los actos discrecionales.

Un interés personal del autor del acto, un rencor, un deseo de venganza, el interés de un tercero, un móvil político, una intención fraudulenta, han sido repetidas veces invocados por el Consejo de Estado francés como determinantes del desvío de poder. Incluso en ciertos casos ha definido el Consejo cuál era la finalidad única para la que la Ley confirió poderes al funcionario.

Respecto a plazos, admite el Consejo de Estado francés su interrupción por la interposición de cualquier otro recurso jerárquico, «incluso aunque fuera improcedente», sin empezarlos a contar más que desde la fecha en que fuera notificada la resolución «aunque el interesado hubiera tenido de otro modo conocimiento de ella», y sin que la convalidación del acto por expiración del plazo impida el recurso contra las medidas particulares para su aplicación fundado en la irregularidad del acto que las sirvió de base, doctrina generosa toda ella bastante en pugna con la seguida en España.

Se comprende fácilmente, dada la variedad de actos susceptibles de recurso y el amplio criterio en la admisión de los mismos, el gran número que se han producido después de la guerra. Al empezar el curso 1947-48, más de diez mil esperaban su tramitación. La reparación de daños de guerra así como de los perjuicios ocasionados por las medidas de excepción han dado, como es de rigor, un gran contingente. Dos leyes del año 1946 reconocieron en principio el derecho a la indemnización por dichas causas, pero la jurisprudencia del Consejo de Estado ha entendido que las referidas disposiciones legales no agotaban todos los posibles casos de indemnización, sino que existían otras con fuente en el Derecho común administrativo. Es decir, que aquellas leyes sólo tenían un carácter extensivo y no sustitutivo de éste. Y debido, además, a que en Francia el principio de irresponsabilidad del Poder Público dominante hasta el último tercio del siglo pasado ha sufrido una paulatina evolución hasta convertirse, aproximadamente, en su contrario, han sido

numerosos los casos en que sin atenerse a la indemnización específica señalada en las leyes de 1946, ha reconocido el Consejo de Estado otra superior.

En España, donde apenas unos tímidos intentos rodeados de precauciones han introducido unas leves fisuras en aquel principio decimonónico de la irresponsabilidad estatal, debe ofrecer el estudio de esta evolución del derecho en el país vecino un particular interés. Reciente está en la memoria el caso de la explosión de Cádiz que tan cuantiosos daños ocasionó. Se eludió entonces declarar el principio de la responsabilidad del Estado por el hecho de haber ordenado la colocación de un peligroso depósito de sustancias explosivas en el recinto de una populosa ciudad, aun cuando luego se intentara paliar parcialmente los efectos prácticos de la irresponsabilidad a través del arbitrio de la extensión de las pólizas de seguros de daños al riesgo catastrófico. La solución no salvaba más que los supuestos de daños en las cosas, y en las cosas precisamente aseguradas por póliza, y aun todavía para este caso así limitado no reconocía indemnizaciones totales. Así, cuando se presentó algún caso de daños sobre cosas no sólo no aseguradas sino de imposible aseguramiento por no afectarles los riesgos ordinarios, nuestro Consejo de Estado se vió incapacitado para formular un principio general de responsabilidad —que sólo hubiera podido derivarse de una demostración de culpa, por no haberse aquí adoptado la doctrina de la responsabilidad fundada en el reparto de riesgos— no pudiendo informar en otro sentido que en el de absolver jurídicamente al Estado, aunque se añadiera la invocación a unos vagos principios de equidad, en nombre de los cuales se aconsejaba la concesión graciosa de algunas indemnizaciones desprovistas de este nombre.

Pero no es mediante una serie de difíciles modificaciones de nuestras leyes y códigos, concebidas sobre el papel, como tal inadaptación podría remediarse, sino sólo mediante la existencia de un órgano dotado de la autoridad suficiente para ir, a medida que las circunstancias se presentaran, elaborando la doctrina precisa, *creando* el orden jurídico en una palabra, sobre cada caso concreto. Un organismo meramente consultivo reducido al papel de dar la adecuada interpretación de los textos legales difícilmente podría asumir tal función. De ahí otra razón en favor de la reunión en un solo organismo de una amplia función consultiva, extendida a la preparación de leyes y reglamentos, y la función

contenciosa, aunque solo fuera por la mayor autoridad que este conjunto de atribuciones da al Consejo de Estado así constituido, obligando, por otra parte, a poner el más exquisito cuidado en el modo de designación de sus miembros.

Las requisas han suministrado otro importante capítulo en la actividad del Consejo de Estado francés de la postguerra. Las atribuciones legales de las autoridades decretantes han sido cuidadosamente perfiladas, y en cuanto a las de viviendas se han delimitado con todo rigor las tres condiciones señaladas por la ley para permitirla: local vacante, inocupado o insuficientemente ocupado.

* * *

Se ha visto cómo el Consejo de Estado francés, si siempre tuvo desde su creación por Bonaparte grandes atribuciones y estuvo rodeado de gran prestigio, ha aumentado aun unas y otro desde la terminación de la segunda guerra mundial. Otros países que no habían conocido antes la institución del Consejo de Estado, lo han creado en esta misma época. Tal es el caso de Bélgica y Egipto.

Es interesante en especial su establecimiento en el primero de dichos países, separado de Francia después de la caída del Imperio napoleónico, y que sentía, como todos los países de independencia reciente, una animadversión hacia todas las instituciones que les recuerdan el país opresor. La actual Constitución belga es del año 1831, época del apogeo del liberalismo, enemigo de los Consejos de Estado. Se unían, pues, ideas doctrinarias y nacionalistas para rechazar la institución.

Hace unos cuantos años, sin embargo, que se hacía notar la falta de un cuerpo consultivo cerca del Gobierno que le sirviera tanto para el ejercicio racional del poder reglamentario como para preparar o pulir los textos legales. A pesar de las posibilidades de filtraje y reflexión que da el bicameralismo belga eran numerosos los casos de leyes poco claras, y en cuanto a los decretos hubo alguno cuya pintoresca redacción provocó un día una enorme hilaridad en el Senado. Se pretendió disimular que se iba hacia la creación de un Consejo de Estado, calificándolo durante las sesiones legislativas en las que se discutió su conveniencia de «Instituto de belleza legislativa». Pero el hecho es que en Diciembre de 1946 ha surgido un Consejo de Estado belga dividido en

dos Secciones; una llamada administrativa, en la que se funden las funciones consultiva y contenciosa 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 para el Gobierno en cuanto a proyectos de ley o de decretos generales o reglamentarios. La Sección contenciosa era tanto más necesaria, y ha supuesto una innovación tanto más profunda su establecimiento cuanto que anteriormente no existía confiada a ningún otro Tribunal especial. Por el predominio de las corrientes liberales a que se ha aludido, los jueces de Derecho común eran los únicos que podían entender en materia de violación de derechos.

Ocurrió, sin embargo, que por el influjo quizá de su propio doctrinarismo, incapaz de acomodarse a las evoluciones de los tiempos, sólo entendían que había un derecho cuando existía una obligación a cargo de la Administración en vista de la satisfacción de un interés particular. La obligación establecida en vista de un interés general no daba ya competencia al juez y mucho menos la existencia de un simple interés sin categoría de derecho. Algo así, en definitiva, como nuestro propio contencioso-administrativo, sólo que confiado a las autoridades judiciales. Pero esto, aun con la extensión que se le fué dando en las últimas décadas por una serie de disposiciones entre las que destacó la de 16 de enero de 1939, atribuyendo carácter de derecho a todo interés cierto y respetable de carácter civil, se consideró que dejaba todavía improtectados una gran cantidad de casos como aquellos, por ejemplo, en que el interés es sólo de carácter administrativo. Además de ello, en materia de legalidad, el juez belga se atenía estrictamente a su aspecto material o formal. El concepto de desviación de poder le era tan desconocido como al juez español.

En cuanto a responsabilidad del poder público el derecho belga se había quedado en la teoría, poco superior a la nuestra del agente especial, de la distinción entre actos de poder no sujetos a responsabilidad, y actos de gestión en los que podía nacer ésta. A partir del año 1920 se produjo, sin embargo, un cierto viraje en la sala de casación belga en el sentido de renunciar a esa distinción y reconocer el derecho a indemnización siempre que se pudiese probar la culpa de la Administración y

resultase lesionado un derecho. Pero siguieron quedando improtectados todos los casos en que la lesión fuera sólo de intereses o no se pudiese probar la culpa administratitiva.

La aspiración hacia una reforma existió prácticamente desde la entrada en vigor de la Constitución de 1831, aunque sólo después de 1930 fué cristalizando en una serie de proyectos que tampoco, por unas razones u otras, lograron pasar de tales. El crecimiento de los problemas después de la última guerra fué lo que hizo imperativa la solución, pareciendo ya insuficiente la que se había estado intentando con anterioridad de limitarse a crear un Tribunal contencioso.

Varias dificultades hubo, sin embargo, que resolver antes de poderse llegar a la creación de un Consejo de Estado. La primera, la de si podría una ley ordinaria investirle de la temible facultad de anular Reales Decretos o aun disposiciones administrativas de inferior rango. Juristas eminentes lo negaron con énfasis. Pero su tesis no prevaleció.

Mayor enjundia tuvo la objeción relativa a la posibilidad de reconocerle al contencioso el derecho a conceder indemnizaciones, ya que, según el art. 114 de la Constitución, ninguna pensión o gratificación a cargo del Tesoro público puede ser concedida sin una ley. También en los Estados Unidos se planteó este problema antes de la institución del «court of claims». Se entendió aquí como allí, que la prohibición constitucional tenía un extricto sentido que no impedía el establecimiento de Tribunales facultados para acordar indemnizaciones.

Pero el verdadero caballo de batalla lo constituyó la cuestión de la justicia retenida o delegada. Hubo, al final, que llegarse a una transacción. El Consejo de Estado resolvería con justicia delegada en el contencioso de la anulación. Para el de plena jurisdicción o para el otorgamiento de indemnizaciones, emitiría sólo consultas. Pero como éstas son comunicadas a los interesados, le será difícil a la Administración apartarse de ellas. Ha retenido una facultad teórica.

Tampoco la cuestión del personal encargado de hacer funcionar este Consejo de Estado, tan trabajosamente elaborado, fué fácil de resolver. Los «maitres de requêtes», inicialmente aprobados, desaparecieron en los últimos forcejeos. Para ultimar una lista de Consejeros que fuera aceptada por todos los partidos políticos, hubo que corregirla y enmendarla sin descanso durante varios meses. Lo que había empezado por un debate de elevado tono doctrinal, que hizo honor al Parlamento belga, en

el que tomaron parte las figuras más eminentes del foro y de la cátedra, acabó por un acalorado pugilato de recelos e intereses. Se proclamó, al fin, el principio de la inamovilidad de los Consejeros; se determinaron las condiciones para serlo —treinta y cinco años de edad, el título de doctor en Derecho, diez años de funciones judiciales o administrativas o haber desempeñado una Cátedra de Derecho en una Universidad—; se convino su número —de once a trece, más un primer presidente y un presidente—; y se aprobó la lista, en la que inicialmente ha logrado una amplia representación la judicatura: seis magistrados o ex magistrados sobre doce Consejeros. Los auditores, o letrados, deberán tener veintiocho años, el título de doctor en Derecho, cinco años de práctica administrativa y triunfar en unas oposiciones. Las dos secciones, legislativa y administrativa, funcionarán con plena separación, reuniéndose sólo en una Asamblea general, que no guarda, sin embargo, analogía con la del Consejo de Estado francés, ya que su finalidad principal es la vida y organización interna del Consejo, algo así como la Sala de Gobierno de nuestros Tribunales judiciales.

«Una reforma esencial ha sido realizada —comentó sobre la creación de este Consejo de Estado belga el Consejero de Estado francés Mr. Puget— cuyo alcance no se limita a un solo país. Las modificaciones que Bélgica ha introducido en su orden jurídico, viejo de más de un siglo, forman parte de un movimiento general común a la mayor parte de los Estados y ligado al desarrollo de la Administración misma. Los servicios públicos se desarrollan; el judicial se ve desbordado e impotente. En la tierra clásica de la preponderancia de los Tribunales donde llevan peluca los Magistrados, en Inglaterra, se han multiplicado los casos en los que la Administración escapa a la censura de los Tribunales ordinarios; el administrador-juez florece; pululan y dan lugar a críticas pequeñas jurisdicciones administrativas especiales; «un lord chief justice» británico ha denunciado la «nueva tiranía», la de la Administración, que el juez judicial es incapaz de contener. Son precisas, por todas partes, verdaderas jurisdicciones administrativas, no como en otro tiempo para salvaguardar las prerrogativas de la Administración, sino para permitir a los administrados encontrar con facilidad un juez imparcial y competente ante el cual sea poco costoso el procedimiento y cuya decisión sea rápida. Los servicios se extienden y se complican, dando lugar a litigios; la tarea legislativa de los Estados modernos no deja de mul-

típicarse. Es preciso que un cuerpo de técnicos de la Administración y del Derecho trabaje al lado del Parlamento y del Gobierno para preparar los proyectos de ley y los textos reglamentarios.»

En definitiva, este es el hecho: en Bélgica, país donde un conjunto de circunstancias concurrían para mantener una corriente de opinión hostil a la institución de un Consejo de Estado, han acabado por imponerse las necesidades prácticas y ante el desarrollo de la vida administrativa de la postguerra, que hacía cada vez más sensible la falta de un organismo regulador de las relaciones entre el individuo y el Estado así como asesor de éste en muchas de sus actividades necesitadas cada vez más de la técnica, surgió al fin un Consejo de Estado investido de amplias atribuciones consultivas —las referentes a la preparación legislativa han sido estimadas las más necesarias— y funciones contenciosas con justicia delegada en cuanto a los recursos de anulación por exceso de poder.

* * *

Es curioso observar la coincidencia de que en el mismo año que en Bélgica —1946— surgía otro Consejo de Estado en un país donde igualmente era desconocida la institución y donde, por otra parte, la estructura política, las tradiciones y las costumbres eran totalmente distintas. No se trata en este caso siquiera de un país europeo. Pero han sido las mismas circunstancias del desarrollo administrativo impulsado por la postguerra las que han conducido al mismo resultado.

En Egipto, sin embargo, país al que nos estamos refiriendo, ha nacido el Consejo de Estado en cierto modo bajo un signo contrario al que presidió el nacimiento del belga. Aquí, como vimos, el Consejo de Estado significaba el recuerdo de la dominación extranjera al mismo tiempo que un instrumento al servicio de la Administración. La doble corriente nacionalista y liberal bajo la que nació la independencia belga, se juntaban para oponerse al establecimiento de una institución marcada con tales taras. En Egipto el proceso ha sido el inverso. La tendencia hacia un Consejo de Estado formaba parte de la corriente nacionalista que aspiraba a dotar al país de las instituciones políticas y administrativas más aptas para garantizar la independencia y soberanía nacionales. Inglaterra, el país que tenía a Egipto sujeto bajo su tutela,

contrarrestó siempre con toda su fuerza, mientras la tuvo, aquellos intentos. Un Decreto del Khedive Ismael había intentado ya en 1879 crear un Consejo de Estado dentro del cuadro de la reforma judicial y administrativa entonces en curso. Pero el veto británico impidió la entrada en vigor del Decreto. Sólo cuando las últimas tropas inglesas se preparaban para abandonar Egipto en 1946 fué posible dar cima a las reivindicaciones de independencia, traducidas en el orden de la reorganización gubernamental en el establecimiento de un Consejo de Estado.

Como en todos los países, menos España, su competencia es doble: administrativa y contenciosa. En el primer plano ejerce una alta vigilancia sobre la vida administrativa egipcia y participa, incluso, en cierta medida, en la tarea gubernamental. En el segundo plano, es juez de atribución del contencioso-administrativo. En ciertos extremos, su competencia se combina con la de los Tribunales judiciales y especialmente con la de los Tribunales mixtos. Aparte de la legítima preocupación de no romper brutalmente con el pasado, hacían indispensable esta solución las convenciones internacionales que determina la existencia y competencia de los Tribunales mixtos egipcios, y en virtud de las cuales los extranjeros tienen derecho a plantear algunas de sus diferencias con la Administración egipcia ante estos Tribunales sin someterse al Consejo de Estado.

Claro que este último obstáculo había de ser sólo temporal, ya que la conferencia de Montreux puso fin al régimen de capitulaciones después de un período transitorio que ha terminado el 14 de octubre de 1949.

Por ello, así como para introducir en la citada Ley de 1946 ciertas modificaciones de detalle cuya necesidad demostró la práctica, se modificó dicha ley por otra de 1949, la cual divide al Consejo en cuatro formaciones: un Tribunal contencioso-administrativo, una Sección de legislación, una Sección consultiva y una Asamblea general.

La primera, o sea la contenciosa, es, sin duda, la que le ha parecido al legislador la misión más importante del Consejo de Estado. A ella empiezan refiriéndose las dos Leyes de 1946 y 1949, explicándose este interés quizá por el hecho de que en Egipto han existido siempre, en una u otra forma, cuerpos de consejeros administrativos, mientras que la creación de una jurisdicción administrativa era una innovación que iba a obligar, además, al legislador a resolver varios problemas de competencia para fijar los límites respectivos entre la nueva jurisdicción y

las antiguas judiciales, las cuales venían de tiempo atrás entendiendo en cierto modo en lo contencioso-administrativo, aunque solo fuera con el alcance de otorgar indemnizaciones a los perjudicados por un acto ilegal sin poder decretar la nulidad de dicho acto.

El Tribunal contencioso se divide en dos Salas, las cuales entienden, separadamente, del contencioso por exceso de poder y del contencioso de plena jurisdicción, sin que estas denominaciones tengan exactamente el mismo sentido que en el régimen francés. En éste se dice que hay recurso por exceso de poder, cuando se persigue la anulación; que hay recurso de plena jurisdicción, cuando el requirente solicita una indemnización. En Egipto se considera, por el contrario, la incidencia final de la demanda más importante que su objeto inmediato. Así, si en Francia un interesado pide la anulación del nombramiento o ascenso de un funcionario efectuado en contra de la Ley, se diría que hay recurso por exceso de poder. En Egipto, este recurso sería de contencioso pleno, porque el requirente persigue en realidad con su acción la protección de su propia situación administrativa; lo decisivo es el aspecto patrimonial.

Aparte de ello la distinción tiene en Egipto una importancia puramente de concepto, no de orden práctico para el litigante como en Francia, donde el recurso por exceso de poder tiene dispensa de abogado y de costas. Sin embargo, la distinción ha parecido tan importante en Egipto que no sólo están rigurosamente separadas las dos Salas encargadas de fallar uno y otro recurso, sino que están constituidas una y otra por un diferente número de jueces: cinco para las demandas de anulación y tres para las demandas de indemnización. En uno y otro caso, el fallo es un verdadero acto jurisdiccional con autoridad de cosa juzgada. El Consejo de Estado, en su función contencioso-administrativa, es un órgano de justicia delegada cuyas decisiones no tienen que ser aprobadas por ninguna otra autoridad.

La sección consultiva es aún más amplia que en los Consejos de Estado europeos. Funciona, como se ha dicho, dividida en dos formaciones: la administrativa y la legislativa. La primera está, a su vez, subdividida en direcciones para las diferentes clases de asuntos, en la mayor parte de ellos de consulta obligatoria antes de la resolución. Cada dirección es autónoma, y, en general, puede decirse que no puede formalizarse o ratificarse ningún contrato o transacción o ejecutarse ninguna sentencia arbitral cuyo interés sobrepase la suma de 5.000 libras egipcias sin la in-

tervención previa de una de estas direcciones. La sección consultiva reunida emite su dictamen sobre un cierto número de cuestiones importantes o delicadas, como concesiones que tengan por objeto la explotación de alguna de las fuentes naturales de riquezas del país o un servicio público o cualquier monopolio.

La sección de legislación está encargada, por una parte, de informar los proyectos de ley propuestos por el Gobierno, con la excepción de los que se refieren al Presupuesto del Estado o a la concesión de créditos suplementarios o extraordinarios, al revés en cuanto a estos últimos de lo que sucede en España; por otra parte, ha de dictaminar sobre los decretos y reglamentos dictados en aplicación de las leyes.

Aparte de esta misión normal, que se limita a emitir un dictamen sobre los proyectos de Ley o reglamentos consultados, existe una participación del Consejo de Estado más solemne en la actividad legislativa y reglamentaria, redactando por sí mismo los proyectos de Ley o reglamentos que le sometan el Presidente de una de las dos Cámaras del Parlamento o los Ministros, respectivamente, o preparando las interpretaciones legislativas que ha de dar el Consejo de Ministros en ciertos casos previstos por las Leyes. Para estos fines se reúne el Consejo de Estado en Asamblea general de las secciones de consulta y legislación.

Puede reunirse también, por último, el Consejo de Estado en su Asamblea general, que no hay que confundir ni con la asamblea general del Tribunal contencioso-administrativo ni con la asamblea general de las Secciones de consulta y legislación. Esta es la Asamblea más solemne del Consejo de Estado que sólo se reúne en circunstancias excepcionales para emitir un dictamen sobre las cuestiones de orden internacional, constitucional y legislativo que le sean sometidas en razón de su importancia por el Presidente del Consejo de Ministros, por un Ministro, por el presidente de una de las Cámaras o por el propio presidente del Consejo de Estado.

Juez del contencioso-administrativo, asesor del Gobierno y aun excepcionalmente del Parlamento, el Consejo de Estado egipcio está ya desempeñando un papel importante en la vida del Egipto contemporáneo. Ello también es debido al cuidado con que han sido designados sus miembros, cuyo número no está exactamente determinado por la Ley, la cual se limita a decir que el Consejo se compondrá de un presidente, dos vicepresidentes y un número suficiente de Consejeros. Uno

de los vicepresidentes está afectado al Tribunal de lo contencioso y el otro a las secciones de consulta y legislación. Respecto a las condiciones para ser nombrado Consejero, la Ley exige cuatro: una de nacionalidad: ser egipcio; otra de moralidad: ser de buena conducta y reputación y gozar de todos los derechos civiles; una tercera de edad: tener, por lo menos, cuarenta años para ser Consejero, treinta y ocho para ser Consejero adjunto, treinta y cinco para ser sustituto, veinticuatro para ser auditor y veintiuno para ser auditor adjunto, y una última condición de capacidad técnica: ser licenciado en Derecho.

En el sistema egipcio son desconocidas las oposiciones para el nombramiento de cualquier clase de funcionarios. Sin embargo, parece ser que para todos los primeros nombrados se ha realizado un verdadero concurso de méritos. En lo sucesivo, la proporción de los nombramientos para los puestos del Consejo de Estado en personas que no hayan sido anteriormente miembros o funcionarios técnicos del mismo, no podrá sobrepasar del tercio en lo que se refiere a los Consejeros, y de la cuarta parte para los demás puestos. De esta manera, se da una garantía de permanencia y de ascenso a los funcionarios del Consejo, velando tanto por la independencia del Alto Cuerpo como por la formación técnica de sus servidores.

Pero-aun para entrar en el Consejo de Estado por el turno del exterior hay que reunir las mismas condiciones que para ser nombrado auditor adjunto; en principio, por tanto, el Consejo de Estado sólo contendrá licenciados en Derecho junto a algunos funcionarios públicos en actividad o jubilados del grado de director general o superior con veinte años de servicios al Estado en la Magistratura o en el foro o en uno de los puestos técnicos de la Dirección de lo contencioso del Estado, o en la enseñanza en una de las Facultades egipcias o en una labor asimilada a la del Consejo de Estado.

Para el nombramiento del presidente del Consejo de Estado o del vicepresidente del Tribunal contencioso, el Ministro de Justicia propone dos nombres y la Asamblea general del Consejo de Estado elige uno. Para el nombramiento de los Consejeros del Tribunal contencioso, el procedimiento legal es el inverso: proposición por la Asamblea general de un número de nombres doble del de los puestos vacantes y elección del Ministro de Justicia. Para el nombramiento de los miembros de las Secciones de consulta y legislación —vicepresidente, Consejeros y funcionarios técni-

cos— la libertad del Gobierno es más extensa; el Ministro de Justicia se limita a pedir la opinión previa de la Asamblea general del Consejo; si la opinión es favorable, no hay problema; en caso contrario, el Ministro expone en Consejo de Ministros el punto de vista de la Asamblea y los motivos que tiene para separarse de ella; después de lo cual la decisión se toma por Decreto. Por último, los auditores adjuntos se nombran por el Ministro de Justicia después de oír a la Asamblea general. El presidente, los vicepresidentes y los Consejeros prestan juramento al Rey en presencia del Ministro de Justicia de desempeñar bien sus funciones; los funcionarios técnicos, ante la Asamblea general. Su función es incompatible con el ejercicio del comercio, así como con todo otro trabajo en pugna con la dignidad e independencia de su cargo. El presidente, vicepresidentes y Consejeros son inamovibles, a menos «de perder la confianza y la consideración que sus funciones exigen», caso en el cual el Consejero «indigno», después de haber sido oído, es jubilado por Decreto, tomado a propuesta del Ministro de Justicia, después del dictamen conforme de la Asamblea general. Los demás funcionarios pueden ser revocados por Decreto a propuesta del Ministro de Justicia, después del dictamen conforme de la Asamblea general «por mayoría de los dos tercios de los miembros que la componen».

En definitiva, sin perjuicio de variaciones de detalle impuestas por las peculiaridades egipcias, el Consejo de Estado ha surgido allí sobre las líneas del francés investido de las más amplias facultades, tanto en el terreno consultivo, donde a semejanza de lo que ocurre en la mayoría de los países europeos, ejerce una función esencial en la preparación de las leyes, como en el terreno contencioso.

Por lo que a este último se refiere, ya las primeras decisiones del Consejo de Estado egipcio revelan la gran preparación de sus miembros, así como su cuidado en ajustarse a las doctrinas prevalecientes en Europa. En materia de motivación de los actos públicos, por ejemplo, ha anulado por desviación de poder requisas con las que se pretendía disimular sanciones, afirmando que «el abuso de poder envuelve una violación del espíritu de la ley», y llegando a considerar nula por vicio en el consentimiento la petición de retiro hecha por un funcionario bajo la amenaza de su traslación ilegal a otro lugar. En materia de régimen jurídico de funcionarios, ha adoptado la teoría hoy dominante del carácter estatutario, legal y reglamentario, y no contractual, de la rela-

ción existente entre el funcionario y el Estado, por lo que las modificaciones impuestas por el interés público en aquellas relaciones no dan lugar a derecho alguno fundado en el régimen abolido.

Pero es digno sobre todo de destacar la doctrina sentada sobre la revocabilidad de actos anteriores a la creación del Consejo de Estado. En principio, a semejanza de lo dispuesto en España por la Ley de 1944, restableciendo la jurisdicción contenciosa y creando la vía de agravios, no son recurribles las decisiones anteriores a la entrada en vigor del nuevo régimen. En España, como es sabido, se ha interpretado este principio de irretroactividad rígida e inflexiblemente extendiendo sus efectos a cuantas decisiones posteriores a la ley tuvieran un aspecto de reproducción de otras anteriores y considerando incursas en esta regla incluso a decisiones que meramente estaban ligadas de un modo más o menos directo con las primeras.

En Egipto, la doctrina del Consejo de Estado ha sido mucho más generosa, admitiendo el recurso basado en la ilegalidad de una decisión anterior, «cuando el examen de este extremo solo perseguía la anulación de una resolución posterior».

* * *

También la nueva Constitución italiana que ha entrado en vigor el 1 de enero de 1948 ha acogido al Consejo de Estado, no sólo como supremo órgano de consulta jurídico-administrativa, sino como órgano de jurisdicción administrativa. Este carácter constitucional que ha querido darse al Alto Cuerpo ha tenido por objeto garantizar su permanencia, pero el Consejo de Estado tenía ya hondas raíces en Italia. Se compone de un presidente, siete presidentes de sección, cincuenta y dos consejeros, cinco primeros refrendarios y seis refrendarios; personal que constituye la Magistratura del Consejo, a cuyas órdenes están los secretarios de sección, empleados y subalternos. El presidente, los presidentes de sección y los consejeros pertenecen, respectivamente, a los grados segundo, tercero y cuarto del ordenamiento jerárquico; son nombrados por decreto del Jefe del Estado, a propuesta del Presidente del Consejo de Ministros, previo informe del Consejo mismo; los puestos vacantes deben ser provistos por ascenso de los primeros refrendarios y refrendarios con servicios en el puesto no inferiores a cuatro años.

Tanto los presidentes como los consejeros son inamovibles, gozando de un estatuto jurídico que no puede ser modificado sino por ley.

Para su funcionamiento, el Consejo de Estado se divide en cinco secciones; las tres primeras, consultivas; la cuarta y la quinta, jurisdiccionales. Cada sección se compone del presidente y un número de consejeros no inferior a siete. El reparto de los consejeros entre las cinco secciones se hace al principio de cada año, por decreto del Jefe del Estado, siendo discrecional en cuanto afecta a las secciones consultivas; pero en cuanto a las jurisdiccionales debe ser hecha de modo que en cada una de ellas dos por lo menos y no más de cuatro consejeros sean diversos de la composición del año precedente.

Además de por secciones, delibera el Consejo de Estado en asamblea general y en asamblea plenaria. La primera se refiere a la sección consultiva y está formada de todos los componentes de la Magistratura del Consejo. La segunda se refiere a la función jurisdiccional y está formada por ocho consejeros: cuatro pertenecientes a la cuarta y cuatro a la quinta sección, designados anualmente por decreto del Jefe del Estado. Ambas son presididas por el presidente del Consejo. También en los asuntos consultivos puede funcionar el Consejo por comisiones especiales, formadas por consejeros pertenecientes a diversas secciones, teniendo por objeto tales comisiones examinar cuestiones de carácter mixto que pertenezcan a la competencia de más de una sección. Su formación está determinada por el presidente, el cual también tiene la facultad, en determinados casos, de añadir a una sección consejeros pertenecientes de otra, los cuales, en tales casos, sólo tienen voto consultivo.

Los dictámenes del Consejo son, unos, facultativos, y otros, obligatorios. Entre los casos en los que la consulta es facultativa debe mencionarse el de los proyectos de ley, en los cuales se pronuncia el Consejo sobre su perfección en el aspecto técnico-jurídico y la concordancia de sus normas con los principios generales del Derecho, así como con cualquier otra ley relativa a la misma materia. También puede el Gobierno confiar al Consejo de Estado la preparación de proyectos de ley o de reglamentos, así como consultarle si para conseguir un fin determinado es precisa una ley o basta un reglamento. Finalmente, es característico su papel como redactor de los «textos únicos» o refundiciones sistematizadas de legislación precedente sobre una materia.

Esta función en relación con las leyes y reglamentos es justamente

destacada por muchos comentaristas como una de las más importantes que realiza el Consejo de Estado, calificándola de «participación legislativa».

En cuanto a la jurisdicción contenciosa, la ejerce el Consejo de Estado en tres formas: la de legitimidad, la de mérito y la exclusiva. En la primera el Consejo de Estado es juez supremo en los recursos por incompetencia, exceso de poder o violación de leyes, así como contra los actos administrativos que lesionen intereses individuales o de entes jurídicos.

Algunas materias taxativamente señaladas en las leyes son las que dan lugar al recurso de mérito, el cual se superpone en cierto modo al de legitimidad, examinando en estos casos el Consejo de Estado, además de aquélla, la oportunidad, la conveniencia, la utilidad y hasta la equidad misma del acto administrativo.

La de legitimidad es, pues, una controversia esencialmente jurídica, en la que el Consejo de Estado confronta el acto administrativo con las leyes y reglamentos pertinentes al caso. La de mérito es una controversia de buena administración, en la que se examina si la autoridad ha obrado del modo más conveniente a los intereses públicos y menos gravoso para los intereses particulares.

La jurisdicción exclusiva se refiere a determinados derechos subjetivos administrativos, que, por excepción al principio reinante en Italia que atribuye en general su conocimiento a los tribunales ordinarios, caen bajo la competencia del Consejo de Estado.

En su conjunto, y dentro de las líneas generales del sistema francés, que es el que ha inspirado los de los países que estamos examinando, destacan quizá en el italiano las especiales facultades de que está investido el Consejo de Estado en la jurisdicción de mérito, que alcanza precisamente a los actos discrecionales, y de este modo convierte al alto organismo en el censor más eficaz de la actividad administrativa.

Es, sin embargo, digno de mención que, pese a esta ya amplísima intervención del Consejo de Estado en la vida política y administrativa italiana, se encaminan las tendencias actuales más hacia una extensión todavía mayor de sus funciones, que hacia una disminución de las mismas. Los casos de consulta obligatoria del Consejo, por ejemplo, serán extendidos prácticamente a todo aquello que no constituya propiamente un acto de gobierno o se refiera a materia civil, penal, mercantil o pro-

cesal. Concretamente, se pretende que en nada que se refiera a organización de los servicios públicos, concesiones administrativas, expropiación por causa de utilidad pública, obras públicas, comunicaciones, sanidad, instrucción pública, asistencia social, beneficencia, etc., no sólo no puedan dictarse resoluciones administrativas sin la previa consulta del Consejo, sino que incluso todas las leyes sobre esta materia, leyes administrativas en una palabra, tengan previamente que ser informadas por el Alto Cuerpo.

Asimismo, para la defensa del orden legal y parlamentario y evitar que al amparo de determinadas delegaciones pueda en ningún caso el poder ejecutivo extralimitarse en el ejercicio de sus funciones, se aspira a que tanto en la preparación de las leyes delegadas por el Parlamento en que conviene asegurarse que no se exceda el poder ejecutivo de los límites de la delegación parlamentaria, como en la preparación de los Decretos-ley e incluso en los proyectos de ley de iniciativa gubernamental, preceda, obligatoriamente, la consulta al Consejo de Estado. Este informe recaería, en primer término, sobre la constitucionalidad de las normas legislativas, pero no sería tampoco ajeno a él la conveniencia administrativa de tales normas, sin llegar, naturalmente, a inmiscuirse en un juicio político que sólo puede corresponder al Gobierno o al Parlamento, según los casos.

En cuanto a su función jurisdiccional se estudia que alcance también en cierto modo a los llamados actos políticos, considerándolos todos simplemente como administrativos, sin más excepción que aquellos respecto de los cuales se mueva el Gobierno en la esfera de sus poderes constitucionales, ya que éstos sólo podrían ser juzgados por el Tribunal Supremo constitucional, en cuya composición figura también el Consejo en un doble aspecto: como uno de los organismos electores de sus miembros, y dando el hecho de ser Consejero de Estado, capacidad para ser elegido.

Quizás todo este interesante panorama es lo que ha motivado, por de pronto, la elevación del Consejo a la categoría de órgano constitucional, aunque ya estaría bastante justificada con sólo sus actuales funciones, que si por un lado, por su directa o indirecta colaboración con la Administración pública, hacen de él un auténtico órgano del poder ejecutivo, por otro, en cuanto a su acción preventiva y represiva sobre los actos administrativos, le convierten en un órgano extraño y superior al Poder en tal forma limitado, de lo que se deriva la exigencia de una ordenación del

Alto Cuerpo con el fin de hacerlo absolutamente independiente del Poder ejecutivo a semejanza del judicial.

El propio Consejo de Estado aprobó en su Asamblea general de 9 de julio de 1946, las siguientes conclusiones :

Primera. Que el supremo Consejo administrativo, garantía fundamental del buen gobierno de la cosa pública y de los derechos de los ciudadanos, sea conservado en su actual unidad orgánica de consulta y de fiscalización general jurídica-administrativa del Poder ejecutivo.

Segunda. Que la fiscalización preventiva del Consejo de Estado en sede consultiva quede asegurada sobre los actos administrativos más importantes y se extienda obligatoriamente a las normas jurídicas que emanen del Poder ejecutivo con eficacia de leyes formales así como a la preparación de los proyectos de ley de iniciativa gubernamental que tengan naturaleza administrativa, con exclusión de las leyes civiles, procesales, mercantiles y penales.

Tercera. Que todos los actos administrativos, sin excepción ni limitación, puedan ser llevados ante el Consejo de Estado en sede jurisdiccional en tutela de los intereses legítimos y que, por consiguiente, se asegure también la fiscalización jurisdiccional sobre todos los llamados actos políticos o de gobierno, confiriendo al Tribunal Supremo constitucional la competencia sobre aquellos actos que revistan carácter constitucional, quedando reservada la del Consejo para aquellos que no excedan del ámbito de las funciones administrativas.

Cuarta. Que se proceda a la revisión y a la reducción de las jurisdicciones especiales y administrativas con la consiguiente atribución de sus respectivas funciones a la autoridad judicial y al Consejo de Estado, conservando, al mismo tiempo, el carácter excepcional de la jurisdicción de este último en materia de derechos subjetivos.

Quinta. Que para mejor consagrar la autonomía y autoridad de la función jurisdiccional del Consejo de Estado para la más eficaz tutela de los derechos de los ciudadanos, sea sólo el Tribunal Supremo constitucional quien puede ejercer cualquier fiscalización sobre las funciones jurisdiccionales del Supremo Consejo administrativo.

Sexta. Que las Juntas provinciales administrativas sean sustituidas por órganos regionales de justicia administrativa con más autoridad e independencia.

Séptima. Que con el fin de elevar el prestigio y reforzar la indepen-

dencia del Consejo de Estado, quede completamente liberado de cualquier subordinación al Poder ejecutivo y a salvo de toda ingerencia del mismo, colocándose el Estatuto jurídico y la inamovilidad de los Magistrados del Supremo Consejo administrativo bajo la salvaguarda y garantía del Alto Tribunal constitucional y confiriendo a los mismos la dignidad que les corresponde en el ordeuamiento del Estado.

* * *

Dedúcese de todo ello la tendencia en las reorganizaciones políticas de la postguerra hacia un robustecimiento del Consejo de Estado en los países en que tradicionalmente existía, como Francia e Italia, o su creación, dotado desde el primer momento de los máximos poderes y atribuciones, en otros donde no existía, como Bélgica y Egipto. En todos estos países figura entre los aspectos más importantes de la función consultiva del Consejo de Estado la de la preparación de las leyes, velando por su corrección en el orden jurídico, o aun gramatical, y por su adecuada coordinación con las demás leyes vigentes. En todos ellos también figura incorporada al Consejo de Estado la jurisdicción contenciosa, de un alcance sin duda superior a la reconocida en España con este nombre al Tribunal Supremo, ya que aquí son desconocidos los recursos por exceso de poder interpuestos, no en nombre de un derecho, sino simplemente de un interés lesionado, los cuales sólo han tenido entrada, más sobre el papel que en la práctica, en el régimen local. Pero esta clase de recursos evidentemente sólo pueden confiarse a un Consejo de Estado dentro del cual, aunque en formación independiente para fallarlos, están los jueces administrativos en un contacto más estrecho con el movimiento incesante y variado de la legislación administrativa, y aun con el propio Gobierno o con las Cortes, asegurándose la más perfecta información y conocimiento de las exigencias del buen funcionamiento de los servicios públicos, así como del límite que a una buena acción administrativa deben significar los derechos e intereses legítimos de los administrados. Estas son las ventajas de confiar estas distintas competencias a una sola institución, al mismo tiempo que se introduce en la organización interna de ésta una dualidad que corresponda a la diversidad de las funciones, temiéndose, según la expresión de Hauriou, «jue-

ces que son de la Administración sin serlo» y consejeros legislativos «que tienen el sentido de la realidad de los jueces administrativos».

Obvio parece añadir que todos estos argumentos, desarrollados hoy ampliamente en países donde existen otros medios y sistemas de fiscalización de la opinión pública sobre los actos gubernamentales, alcanzan tanto más relieve y significación cuando aquellos medios de fiscalización son menos abundantes y la autonomía del Poder ejecutivo más destacada. No debe olvidarse que precisamente en uno de estos regímenes de autoridad —el napoleónico— tuvo nacimiento la institución que tan gran influencia ha llegado a ejercer después; así como tampoco que durante mucho tiempo se la tuvo por una institución típicamente resellada por la clase de régimen que la había dado a luz, adaptada a esta peculiar organización política, útil o si se quiere indispensable a la misma o a otra semejante, pero incompatible con los regímenes liberales que surgieron como reacción a aquel sistema. El hecho de que incluso en estos Estados liberales se haya demostrado su eficacia y conveniencia es un gran argumento en favor del acierto que presidió su creación y un alegato en pro de la conveniente reorganización del Alto organismo en España, donde, bajo el predominio de las corrientes liberales decimonónicas, se quebró la gran tradición del Consejo de Castilla, cercenándose y disminuyéndose sus naturales funciones, que hoy sería más necesario aun restaurar que en los países donde, a pesar de la influencia liberal, se ha evolucionado de acuerdo con las necesidades prácticas.

