

LA FUNCIÓN CONSULTIVA EN EL ESTADO DE DERECHO
(Memoria de ingreso como Académico Correspondiente en la
Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2020)

Ignacio Granado Hijelmo

SUMARIO: **I. INTRODUCCIÓN.** 1. Agradecimiento. 2. Objeto. 3. Metodología. **II. CONCEPTO.** 1. El concepto general de función. 2. El concepto jurídico de función. 3. El concepto de función consultiva. **III. NATURALEZA.** 1. Caracterización negativa: la función consultiva no es de *potestas*. 2. Caracterización positiva: la función consultiva es de *auctoritas*. 3. Caracterización jurídica: la función consultiva como *prestación legal*. **IV. ESTRUCTURA.** 1. La dimensión axiológica de la función consultiva. 2. La dimensión semiótica de la función consultiva. 3. La dimensión diacrónica de la función consultiva. **V. FUNCIONALIDAD.** 1. *Ad verum*. La función consultiva y la *racionalidad*. 2. *Ad iustum*. La función consultiva y la *juridicidad*. 3. *Ad bonum*. La Función consultiva y la *legitimidad*. 4. *Ad pulchrum*. La función consultiva y el estilo. 5. *Ad unum*. La función consultiva y la *reconducción del sistema a la unidad*. **VI. CONCLUSIONES:** La posición institucional de la función consultiva. 1. La función consultiva como instancia de justificación (*motiva*). 2. La función consultiva como instancia de refuerzo (*munitiva*). 3. La función consultiva como instancia de advertencia (*monitiva*). 4. La función consultiva como instancia de decisión (*monitoria*). 5. La función consultiva como instancia de garantía (*cautelar*). 6. La función consultiva como instancia de prevención (*preventiva*). 7. La función consultiva como instancia de composición (*neutral*). 8. La función consultiva como instancia de educación (*didáctica*). 9. La función consultiva como instancia de estilo (*estética*). 10. La función consultiva como instancia de moderación (*ética*). 11. La función consultiva como instancia de contrapeso (*ponderal*). **VII. BIBLIOGRAFIA.**

I. INTRODUCCIÓN ¹.

1. Agradecimiento.

Es de justicia comenzar agradeciendo a la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el gran honor que me ha conferido al elegirme como Académico Correspondiente de esta prestigiosa e histórica institución de la que han formado y forman parte tan preeminentes personalidades, de muchas de las cuales me considero discípulo.

2. Objeto.

Para cumplimentar el requisito estatutario de presentar una *Memoria*, he optado por una anamnesis que resuma lo que hasta ahora he podido investigar, reflexionar y escribir sobre la *función consultiva en el Estado de Derecho*, que ha constituido el principal objeto de mi vida profesional ². A tal efecto, tras revelar la Metodología subyacente y delimitar el concepto y naturaleza de la *función consultiva*, analizaré su estructura (estática) y funcionalidad (dinámica), para finalizar con algunas conclusiones sobre la posición institucional de la misma en el Estado de Derecho que instaura la CE.

3. Metodología.

Esta Memoria adopta: i) como *Epistemología*, una teoría del conocimiento derivada: del *Personalismo jurídico comunitario*, especialmente en su vertiente *relacionista*; de la *Teoría General de Sistemas*; y del *Estructuralismo*, a la que estimo que puede denominarse *Sistemología estructural*; y ii) como *Ontología jurídica*, una visión *pluridimensional* del Derecho,

al que entiendo como un sistema de organización social que es, a la vez, dogmático, sociológico, axiológico, diacrónico y sistémico.

En cuanto a la *Topología jurídica*, entiendo que el estudio de la *función consultiva* y, en general, del sistema en que la asistencia jurídica a las entidades públicas consiste, aun admitiendo los créditos que el mismo ha de reconocer al *Derecho procesal orgánico*, encuentra mejor encaje en el *Derecho Administrativo, Parte Especial*, donde se analizan las *Administraciones Especiales*, entre las que se encuentra la que podemos denominar *Administración Especial del Ramo de Justicia* (mejor que *Administración de Justicia*), la cual engloba, entre otros subsistemas orgánicos y funcionales, a la *Administración consultiva de tipo jurídico*, donde se ubica la *Alta función consultiva española* desempeñada por los AOC.

II. CONCEPTO.

Comenzaré exponiendo el concepto general de *función*, así como el *jurídico*, para concluir fijando el de *función consultiva* y, en concreto, el de *Alta función consultiva española*.

1. El concepto general de función.

En el método sistemológico antes anunciado, se entiende por **sistema** toda unidad de intelección dotada de sentido merced a la coherencia que manifiesta, internamente, entre sus estructuras componentes y, externamente, en sus relaciones con los demás sistemas que componen esa inmensa alteridad que denominamos “el mundo”. Pues bien, la unidad de sentido que caracteriza a todo *sistema* supone la existencia de una causa, eficiente y final, que explique su existencia, consistencia, virtualidad y proyección, esto es, que aclare cómo ha surgido, qué elementos estructurales lo componen, y cuáles son las misiones que éstos asumen para lograr el fin al que el sistema tiende, en el contexto que forman los demás sistemas relacionados. Tales misiones y relaciones son las *funciones* del sistema de que se trate. Por eso, **función es toda actividad o conjunto típico de actividades que las estructuras de un sistema, o los elementos que las componen, han de realizar para lograr la finalidad pretendida por el sistema al que pertenecen, en el marco de los demás con los que se relaciona.**

Al ser sistémico, el término **función** alude, en general, a cualquier papel o acción, caracterizada y relacional, que es desempeñada, de forma intencional y organizada, por una persona o conjunto de personas o que los humanos descubrimos como *típica* en otros seres, animados o inanimados, o incluso en nuestras propias ideas y expresiones o en las cosas naturales o artificiales que nos rodean. Por eso, el concepto de *función* es **polisémico**, aunque presenta varios **componentes** básicos: i) un elemento *subjeto*: el *quién* la realiza; ii) un elemento *objetivo*: el *qué* se realiza; iii) un elemento *teleológico*: el *para qué* se realiza; y iv) un elemento *contextual*, que son las modulaciones circunstanciales (de tiempo, lugar, modos, formas, procedimientos y medios) determinadas, tanto por las estructuras integrantes del propio sistema desde el que se produce la realización (*intorno*) y de los demás sistemas con los que se relaciona (*extorno*), como por los elementos de contacto entre uno y otros (*contorno*)³.

La *función* revela, pues, aspectos esenciales del sistema en que surge y, en ese sentido, pudiera parecer un concepto inherente a la *estática* del sistema mismo. Sin embargo, se trata de un concepto de **dinámica de sistemas**, ya que, si las *estructuras* conforman la *estática* interna o constitutiva de los mismos, las *funciones* representan su virtualidad global, esto es, el funcionamiento interno, la proyección exterior del sistema y el conjunto de relaciones y efectos multilaterales derivados de todo ello en un contexto multinivel de realidades interactuantes.

2. El concepto jurídico de función.

El vocablo *función* mantiene su variedad semántica también en sus acepciones jurídicas (como, entre otras, la función de la patria potestad, la función social de la propiedad o la función judicial). En todas ellas, se aprecia el contenido típico y relacional, propio del concepto sistémico de función, que permite extraer de las mismas, como factor común, un **cometido característico (*munus*) que subyace y polariza la actuación de que se trate, para que la misma logre un fin objetivo que, asignado por el Derecho, encierra un interés transpersonal** (como el interés del menor, en el caso de la patria potestad; o el interés social, público o nacional, en otras funciones).

La preservación de dicho fin objetivo de interés supra-individual subyacente en el *munus* explica las limitaciones de los derechos y obligaciones que toda *función jurídica* comporta. Éstas no proceden de los titulares de la misma, sino de la normativa jurídica, que las impone para garantizar que su ejercicio se encamine al fin de interés transpersonal que objetivamente se pretende lograr, por encima de los intereses subjetivos que puedan concurrir. Esto explica el rastro lingüístico del término como desinencia en instituciones jurídicas funcionales, como el *matrimonio*, el *patrimonio* o el *testimonio*.

3. El concepto de función consultiva.

Aconsejar bien es el *munus* propio de la *función* que denominamos **consultiva**, la cual puede, por tanto, ser concebida como la **actividad** o conjunto típico de actividades **que las personas físicas que tienen conocimiento de algo realizan para responder qué es lo que deben hacer (*quae agenda sint*) quienes se lo consultan porque éstos precisan tal conocimiento para adoptar, fundada y correctamente (*recte agere*), decisiones en un determinado ámbito, personal, material, espacial y temporal, que viene conformado por el marco sistémico en el que dichas decisiones han de incardinarse.**

La *función consultiva* puede dirigirse, pues, a una amplia variedad de sistemas, pero ahora me limitaré al *jurídico*, donde la ***función consultiva jurídica* es la que tiene por principal objeto responder a consultas sobre el ajuste a Derecho de una propuesta de actuación.** Ahora bien, esta Memoria sólo se refiere a esta última cuando se presta en el ámbito: i) **oficial** (integrado por juristas que tienen legalmente conferido el *munus* consultivo, o sea, que están legalmente habilitados para recibir consultas y emitir respuestas fundamentadas en Derecho), lo que excluye a los consultores legos u oficiosos; ii) **jurídico-público** (el propio de los poderes públicos), lo que excluye a la Abogacía (que la presta en el ámbito jurídico-privado); y iii) **externo** (es decir, independiente de los poderes públicos aconsejados), lo que excluye a la que se presta en el ámbito interno de las Administraciones públicas (por la Abogacía del Estado y del resto de entidades estatales, autonómicas o locales). En otras palabras, esta Memoria se limita a la *Alta función consultiva*, donde el calificativo *alta* alude a la garantía institucional de independencia (orgánica y funcional), objetividad y externalidad que el *bloque de la constitucionalidad* ha conferido a determinados órganos consultivos para que la desempeñen con arreglo a un estatuto jurídico que asegura su imparcialidad y completa desvinculación de cualquier otro Poder público (especialmente, del Ejecutivo) y les diferencia del resto de órganos consultivos que, con diversas denominaciones (Consejos, Juntas, Comités, etc.), se incardinan en un determinado Poder público y, en consecuencia, carecen objetivamente de esa garantía institucional.

Por tanto, puede concebirse la **Alta función consultiva** como aquella **actividad jurídico-pública, constitucionalmente reservada a ciertos órganos pluripersonales** (caracterizados por: estar integrados por juristas de reconocido prestigio; contar con un estatuto que asegura su completa autonomía orgánica y funcional, independencia, objetividad e imparcialidad; y presentar una estructura y funcionamiento sinodales), **para que** (como tarea principal y sin perjuicio de otras accesorias de asistencia jurídica) **emitan por escrito dictámenes jurídicamente fundamentados en respuesta a las preguntas que** (en forma de *consulta* preceptiva o facultativa) **les formulen los órganos de Derecho público legalmente habilitados al efecto y así garantizar preventivamente** (es decir, sin perjuicio de una ulterior revisión judicial) **que las disposiciones** (normativas o no) **que éstos se propongan adoptar se ajustan al Derecho y la razón.** Pero esta Memoria se ciñe a la *Alta función consultiva* que se desarrolla en un Estado de Derecho y, en concreto, en el que representa España según la vigente CE de 1978; lo que implica que sólo se analiza la **Alta función jurídico-consultiva que constitucionalmente tienen conferida los Altos Órganos Consultivos (AOC) de nuestro Estado autonómico**, cuales son el Consejo de Estado y los Consejos consultivos semejantes que, con distintas denominaciones, han sido creados por las Comunidades Autónomas (CCAA).

III. NATURALEZA.

La naturaleza de la función consultiva resulta de una doble caracterización, por un lado, negativa (no es una función de *potestas*); por otro, positiva (es una función de *auctoritas*) y, finalmente, jurídica (es una *prestación ex lege*).

1. Caracterización negativa: la función consultiva no es de *potestas*.

Si la función consultiva tiene por objeto que quien *sabe* de algo aconseje a quien precisa ese conocimiento para realizar algo que *puede* hacer, es porque pertenece a la esfera del *saber*, no a la del *poder*; aunque, para profundizar en esta última caracterización negativa, es preciso aludir a varios conceptos previos, como los de *poder*, *poder político*, *Estado* y *potestas*.

A) El concepto de *poder* y su evolución: el *poder político*.

El *poder* no es sino la **capacidad de influir, más o menos ampliamente, en el movimiento o estado de las cosas o en el comportamiento o situación de las personas y los grupos sociales.** Referido a las cosas, el poder se presenta como una *fuera* motriz explicativa de las alteraciones de la materia. De ahí que la primera noción del poder sea *física* y lo presente como aquello en cuya virtud algo se mueve, altera o cambia de estado o situación. Se trata, pues, según intuyeron los pensadores helénicos (Arquímedes, Pitágoras), de una *fuera*, esto es, de una actividad (*dinamis*) que genera energía (*energeia*); por eso, el poder se encuentra más en las actuaciones causales (*erga, operae*) que en el resultado subsiguiente (*ergon, opus*).

La noción parece sencilla; pero el problema surge si nos interrogamos por la cadena de causas motrices hasta llegar a la idea de un primer motor, porque entonces la cuestión del poder pasa, del ámbito *factual* de la Física, al *extrafactual* la Metafísica; y, si ese primer motor es identificado con una deidad creadora, a la Teología, como sugerían todas las mitologías y cosmogonías antiguas (egipcia, babilónica, hebrea), incluida la griega.

Ahora bien, una teologización del problema del movimiento podía apuntalar, mediante los sacerdotes, el tradicional gobierno oligárquico en las ciudades-estado helénicas. De ahí que los sofistas presocráticos (para apoyar, como alternativa preferible, el sistema democrático

ateniense) emprendieran una campaña ideológica dirigida a: i) prescindir de explicaciones teocéntricas; ii) explicar la Física mediante elementos materiales con funciones holísticas; iii) fundamentar la Ética en el hombre, entendido como centro de las decisiones individuales; y iv) remitir la Política a las asambleas ciudadanas, como generadoras de las decisiones colectivas en las ciudades-estado ⁴. En suma, la noción de *poder* sobrepasó el ámbito de la Física, extendiéndose a lo que hoy denominamos Antropología (para explicar las relaciones de influencia entre personas), Sociología (para aludir a las que se aprecian entre los grupos sociales) y Politología (para referirse al *poder político*).

Pero ¿qué es el poder *político*? La respuesta es simple: ***poder político es el que tiene el grupo social al que denominamos Estado***, ya que el adjetivo *político* (del griego *polis*, ciudad-estado) califica, por derivación, a todo lo que se refiere al Estado. Por tanto, el *poder político* no es sino **la fuerza (social) que emana del grupo (social) en que el Estado consiste**; una fuerza que puede manifestarse *inorganizada* (como se observa en las revoluciones o movimientos constituyentes espontáneos y cotidianamente en opinión pública) u *organizada* en forma de disposiciones imperativas que integran el ordenamiento jurídico estatal. Esa fuerza social es la que explica la imperatividad y coactividad que caracteriza siempre a las disposiciones jurídicas en el fuero externo ⁵.

B) El concepto de Estado como titular del *poder político*.

Ahora bien, aunque todos parecen saber de qué hablan cuando se refieren al *Estado*, se trata de uno de los conceptos más sutiles de las Ciencias Sociales. Para aclararlo, conviene precisar que puede emplearse en dos sentidos: como sujeto ideal y como grupo social.

1/ El Estado como sujeto ideal monopolizador del *poder político*.

La concepción del Estado como un **sujeto ideal al que se atribuyen los supremos actos de gobierno de una sociedad**, implica una visión organicista del Estado como una persona, dotada de miembros, funciones, aparatos, conocimiento, voluntad, relaciones y también *funciones*. El *poder político* sería, en esta concepción, la voluntad del sujeto estatal.

Esta propuesta (que hunde sus raíces en Anaxágoras y los mecanicistas, como Holbach y La Mettrie, y, sobre todo, en el *Leviathan* de Hobbes) ha sido útil para (como demostraron las aportaciones de Otto Mayer) fundamentar y explicar asuntos arduos, como la personalidad jurídica del Estado y su estructura interna mediante órganos especializados en sus distintas *funciones*, tales como legislar, juzgar o gobernar en sentido amplio. Una de esas *funciones* estatales sería la *consultiva*.

Pero esta visión se presta a construcciones apriorísticas, autocráticas y totalitarias sobre el origen y ejercicio del poder político y ha tenido el inconveniente de separar, a la estructura o aparato estatal, de la sociedad a la que debe servir, propiciando la implantación de las ideologías defensoras de un predominio de lo colectivo y del interés, razón o voluntad del Estado, en definitiva, del *poder político* de ese sujeto estatal, sobre los derechos fundamentales de las personas; y alentando, así, restricciones de la libertad que pueden minorar o incluso eliminar la democracia. Respecto a la función consultiva, esta concepción entraña, concretamente, el peligro de limitar su independencia y de subordinarla, en suma, a la voluntad gubernamental que siempre puede imponerse alegando basarse en una *razón de Estado*.

2/ El Estado como grupo social generador del *poder político*.

Frente a la *ficticia*, aunque parcialmente útil, construcción del Estado como sujeto, es preferible concebirlo como un **grupo social, institucionalizado, predominantemente comunitario y rigurosamente delimitado en lo personal (población) y lo espacial (territorio) que, dotado de una organización (burocrática, coherente y jerarquizada), se manifiesta como titular de un *poder político superior* (soberanía), pero no absoluto, sino limitado por los derechos humanos de todos aquellos a quienes afecta y especialmente de quienes se lo han conferido para recuperarlo en forma de seguridad, obras y servicios públicos** ⁶.

Esta concepción grupal del Estado (que deriva de los contractualistas sociales, como Hobbes, Locke y, sobre todo, Rousseau) remite a la clásica constatación *realista* de la naturaleza social del ser humano que conduce a la constitución de múltiples grupos (como los familiares, laborales, económicos y también los políticos). Además, esta visión implica una perspectiva *a posteriori* que reconduce el origen, el funcionamiento y los fines del Estado a las personas humanas que lo integran, ya que éstas: i) son las *generadoras* de la *fuerza* en que su poder político consiste (es decir, son el *origen* de su poder político); ii) son las *titulares* de los derechos humanos que el Estado debe respetar y garantizar (esto es, condicionan el funcionamiento del Estado en la aplicación del referido poder político); iii) son las *acreedoras* a las que el Estado debe *devolver* el poder político que ha *recibido* de las mismas, retornándoselo en forma de seguridad y demás prestaciones y servicios públicos; y iv) son las *determinantes* de los *fines* del Estado, en cuanto que destinatarias de las actuaciones estatales tendentes a lograrlos.

En suma, esta concepción, sociológica, personalista y comunitaria, del Estado conduce a la *soberanía popular*, entendida como *poder constituyente*, es decir: i) como la *fuerza material* de la Constitución (y, por derivación, de todos los *poderes constituidos*); y ii) como *fundamento* de sus principios democráticos de relación, entre los que destacan la limitación del *poder político* con mecanismos de contrapeso institucional (*principio de división de poderes*), la sujeción de todo el poder público al ordenamiento jurídico (*principio de legalidad*), las interdicciones de la arbitrariedad (*principio de racionalidad*) y de la inmunidad de los gobernantes (*principio de responsabilidad*) o el imperativo respeto a los derechos humanos (*principio de legitimidad*). Siendo esto así, en la Ciencia Política, se considera al *poder político* como uno de los tres elementos esenciales para la existencia de un Estado, siendo los otros dos, la *población* (pues es la que conforma el grupo estatal y genera la fuerza social que es fuente de la soberanía, del poder constituyente, de todos los poderes constituidos e incluso de la obligatoriedad del ordenamiento jurídico estatal) y el *territorio* (pues consiste en el ámbito espacial en que habita su población y sobre el que se proyecta el poder político estatal en todas sus formas).

La concepción grupal del Estado también determina la posición institucional de la *función consultiva* como uno de los mecanismos constitucionalmente previstos para el *contrapeso* del poder político, con el objeto de garantizar la legalidad y racionalidad de sus decisiones, produciendo un efecto reflejo de legitimación o deslegitimación respecto al ejercicio de dicho poder político.

C) El concepto de *potestas* y su evolución como especie del *poder político*.

Ahora bien, para que la *función consultiva* opere como contrapeso del poder político, no puede pertenecer al mismo y ello, no sólo por el principio lógico de que ambos no pueden estar en el mismo platillo de la balanza, sino por el más radical de que, mientras la función consultiva forma parte del género conceptual de la *auctoritas*, el *poder político* es una especie integrada

en el género conceptual de la *potestas*; de ahí que, para comprender dicho efecto de contrapeso, convenga fijar antes el concepto de ésta última y su evolución.

1/ La noción teórica y general de *potestas*.

En efecto, si *auctoritas*, como luego se expone, es el saber reconocido en un grupo social determinado, ***potestas* es la fuerza dimanante de un poder implantado en cualquier grupo social**. El concepto de *potestas* es genérico y no implica necesariamente *poder político*, ya que puede manifestarse en cualquier grupo social organizado, aunque no sea estatal (como sucede con la patria potestad en el ámbito familia, con la potestad de la jerarquía eclesiástica sobre sus fieles o incluso con la ajurídica potestad que ejerce un jefe sobre una banda de delincuentes); pero el *poder político* implica siempre *potestas* sobre el grupo estatal y, por ello, no puede englobar a una función que es de *auctoritas*, como la consultiva, aunque ésta sí puede operar como contrapeso institucional de las instancias de *poder político*.

2/El origen de la *potestas* como mando militar (*imperium*) del grupo político.

Las comunidades humanas de cariz político más ancestrales (especialmente en el ámbito indoeuropeo, cuyo paradigma es la Roma fundacional, basada, a su vez, en el modelo griego de ciudad-Estado) se constituyeron, imitando el mítico *ordo deorum*, como grupos familiares y patriarcales de estructura clánica, regidos por un etnarca (*rex*), cuya prioritaria función era el mando militar (*imperium*) para dirigir la guerra (*bellum gerere*) contra los enemigos, cuya victoria significaría la aniquilación del grupo como tal (según la admonición de Cicerón *salus populi suprema lex esto*). Las funciones legislativa y judicial eran propias de tiempos de paz (tal como resume la también ciceroniana máxima *silent leges inter arma*), pues la caución de la guerra seguía siendo prioritaria (según la advertencia de Vegecio, *si vis pacem, para bellum*). La declaración de la guerra y la firma de la paz (*ius belli ac pacis*) eran, pues, las atribuciones ejecutivas primordiales del *rex* o, derrocada la monarquía, del magistrado nombrado como jefe del ejército (*imperator*).

3/ La proyección de la *potestas* en ámbitos no militares del grupo político.

Pronto ese mando militar comenzó a proyectarse fuera del ámbito castrense, primero con los emisarios encargados de negociar la paz (*legati de pace*) y luego con los funcionarios precisos para administrarla (*militia civilis*), mediante el cobro a los vencidos de las exacciones derivadas de la sumisión, pactada (*stipendium*) o impuesta por conquista (*tributum soli*); la gestión de las concesiones de tierras a los veteranos (*ius centuriationis*) o cultivadores (*ius in agro vectigali*); o el gobierno provechoso de las provincias (de *provincere*, explotar la victoria) y la administración de los caudales resultantes (*fiscus Principis*) a través de representantes extraprocesales (*procuratores fisci*) y procesales (*advocati fisci*).

Paralelamente, el *imperium* (que en su origen era una atribución militar esencialmente extra-urbana, como lo prueba la prohibición senatorial de que Julio César cruzara el Rubicón con sus legiones), fue proyectándose también en el ámbito intra-urbano (*pomerium*), al conferirse, no sólo a los mandos investidos de una función policial directa (*praefectus pretorii* o jefe de la guardia pretoriana), sino también a otras magistraturas (civiles) encargadas de la administración de lo público (*res publica*), como los *cónsules* (titulares del mando supremo), los *pretores* (que tenían encargado el orden y seguridad públicas y especialmente en el ámbito de la administración de la justicia); los *ediles* (encargados de los asuntos locales); o los *cuestores* (supervisores del mercado).

4/ La deriva de la potestas de imperium hacia un poder político absoluto.

Obsérvese, que, así como el *saber*, en el que consiste la *auctoritas*, es algo interno y que, si bien presupone facultades innatas, *se adquiere* paulatinamente con la formación y la reflexión, el *poder* es, sin embargo, algo externo, que *se recibe* de alguien que lo confiere. Por eso, sólo las precitadas, y no todas las demás, magistraturas romanas eran de *imperium*.

Por eso, en Roma, sólo era el pueblo (representado por los Comicios curiados o por el Senado) quien, en virtud de su egregia supremacía (*maiestas populi*), confería el *imperium* al deferir las magistraturas en la República, las cuales quedaban limitadas por su objeto (eran específicas), duración (eran anuales) y gratuidad (eran honorarias). Incluso cuando tales magistraturas comenzaron a ser asumidas por los Emperadores, éstos siguieron precisando la investidura popular mediante una *Lex de imperio* (como ya había sucedido en época republicana con los, senatorial y excepcionalmente, conferidos a un *dictator*), aunque los poderes conferidos fueran plenos y el tiempo de mandato fuera sucesivamente prorrogado. Esta situación, propia de la República, se mantuvo, al menos formalmente, durante el Principado; pero la divinización de los Emperadores, que se generalizó durante el Dominado, supuso que, en un retorno al modelo monárquico, los poderes imperiales se considerasen recibidos de la divinidad y fueran prácticamente absolutos, como se confirmó cuando, reconocido el cristianismo, la Iglesia comenzó a coronar a los Emperadores en Oriente, una tradición que se reanudó en el Occidente medieval tras la coronación papal de Carlomagno y sus sucesores en el Sacro Imperio Romano-germánico.

Así, el pueblo dejó de ser el sujeto mayestático de la soberanía, que ahora se entendía de origen divino, haciendo irresponsable políticamente al Emperador (según la máxima de Ulpiano *quod Principe placuit, legis habet vigorem*) y luego a los Reyes que le sucedieron en los distintos territorios europeos, aunque nunca hubieran estado incluidos el antiguo Imperio (conforme al criterio *rex est imperator in regno suo*), según entendieron los juristas de la Recepción para justificar el absolutismo. El poder regio se convirtió, pues, en soberano y universal (pues *soberanía*, como desveló Bodin, es apócope de una *potestas super omnia*), con la consecuencia de quedar el rey (denominado, por ello, *soberano*) al margen de toda limitación legal (*Princeps est a legibus solutus*, según otro *obiter dictum* de Ulpiano), puesto que su poder comprendía, no sólo el de legislar, dictando y abrogando leyes, sino también el de aplicarlas, dictando disposiciones generales, actos de gobierno o sentencias judiciales, por sí o por medio de instituciones delegadas, cuya existencia, competencias y decisiones el monarca podía, en todo momento y libremente, avocar, redistribuir, revocar, modificar o suprimir.

5/ La concepción del poder político como emanación de la soberanía popular.

En descargo de los politólogos que, como Bodin o Hobbes, abogaron por un poder regio absoluto durante los siglos XVI y XVII, hay que recordar que estas propuestas se hicieron en el marco de las guerras de religión que ensangrentaban Europa, incentivaban una visión pesimista del género humano (principio *homo homini lupus*) y postulaban una intervención regia decidida para imponer el orden, bien prohibiendo los cultos ajenos al monarca (principio *cuius regio, eius religio*), bien decretando edictos de tolerancia religiosa, como los que precedieron al famoso ensayo de Locke al respecto.

En cualquier caso, la lógica inherente a la concepción del Estado como grupo social sólo se impuso tras las Revoluciones inglesa del s. XVII y francesa del s. XVIII, cuando el *soberano*,

esto es, el titular de tan absoluto poder, dejó de ser el rey (soberanía *regia*) y pasó a ser el pueblo (soberanía *popular*), dogma que (tras la experiencia de soberanía compartida entre rey y pueblo que supusieron, durante la Restauración, las Constituciones inspiradas en el *principio monárquico*) han asumido las Constituciones de los Estados democráticos, cuyo poder político se divide entre aquellos de sus complejos orgánicos que constitucionalmente asumen las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, según el esquema tripartito diseñado por Montesquieu para su mutua contención.

En este esquema, por cierto, al no ser de *potestas*, no encajaba, en principio, la función consultiva, motivando así el problema de la posición institucional de la misma en el marco de la *división de poderes* que caracteriza al Estado de Derecho en el modelo europeo continental; un problema que, como luego expondremos, sólo sería solventando por Napoleón mediante la creación del Consejo de Estado.

2. Caracterización positiva: la función consultiva es de *auctoritas*.

Como se ha adelantado, si *potestas* es el *poder* socialmente implantado y supone un concepto inherente a la *voluntad* y que es *derivativo*, en el sentido de que postula siempre identificar una fuente, externa y superior, de la que, mediante un preciso *acto* de designación, procede; sin embargo *auctoritas* es el **saber socialmente reconocido** y constituye un concepto inherente a la *inteligencia*, cuya adquisición supone más bien un *proceso* en el que confluyen factores internos (de capacidad natural) y externos (de información, formación y maduración personales) y que conduce al *prestigio* que socialmente se reconoce a quien ha alcanzado el grado de *conocimiento* preciso para poder ofrecerlo a quienes, careciendo de él, lo han menester.

A) El concepto teórico y general de *saber*.

Saber equivale al **conocimiento que alguien dispone de algo**. La finalidad del conocimiento es lograr una *certeza*, consistente en la convicción de que ese *algo* que ha sido aprehendido es *verdad*, esto es, que se corresponde exactamente con lo que ese *algo* es en sí y en sus relaciones con su entorno. Tiene, pues, el saber: i) una primera función, que es *inmanente*: la de formar una representación veraz de la realidad; ii) una segunda, que es *trascendente*: la de abrir las representaciones dispersas y sectoriales a la universalidad que denominamos *cultura*; y iii) una tercera función, que es *social*: la de formular y transmitir a otros esa representación de la realidad, de forma que pueda servirles como base estable de acciones prácticas.

El *conocimiento* se estima riguroso cuando sus proposiciones son verificables por métodos matemáticos o empíricos, como es propio de las *Ciencias formales, físico-naturales y aplicadas*, o por vías lógicas, pragmáticas o estadísticas, como es propio de las *Ciencias humanas, sociales, morales y políticas* (incluyendo la Historia, la Economía, el Derecho, la Filosofía, la Teología e incluso los saberes tradicionales)⁷.

Determinar el concepto y condiciones del *conocimiento* es objeto de la *Epistemología*. En este sentido, para la Sistemología humanística, que he anunciado como método de esta Memoria, el mundo mismo es un sistema y el conocimiento en que estriba el *saber* se dirige a comprenderlo como tal, averiguando el significado de la *persona* y de las *cosas*⁸ en todas sus dimensiones, como: i) la subjetiva, que implica saber *quién* es el sujeto que entiende, identificándolo como un *alguien* dotado de inteligencia y sensibilidad para conocer las cosas y

capaz de descubrir a los *otros* y relacionarse con ellos como personas; ii) la existencial, que supone saber *que* la cosa es, es decir, que existe y sus condiciones de existencia, aunque aún no se sepa en qué consiste; iii) la objetiva, que es un saber *qué* es la cosa en sí y en sus relaciones con otras; iv) la funcional, que estriba en saber *cómo* se hace y funciona la cosa; v) la causal, que conduce a saber *por qué* (causa eficiente) y *para qué* (causa final) la cosa existe; y vi) la sistémica, que tiende a saber *dónde* se sitúa la cosa, en el sentido de cuál es su posición en el espacio, el tiempo y demás ámbitos de las relaciones que mantiene consigo misma y con las demás que la rodean.

El conocimiento trata, en suma, de lograr una visión holística de la realidad, abrir ésta a la cultura y conformar así una cosmovisión que permita, en cada realidad conocida, descubrir los universales que la hacen participar en la esencia de lo absoluto, esto es, reconducirla a la íntima *unidad, verdad, bondad y belleza* del todo que en sí encierran; y, para los creyentes, situarla, así, en el ámbito mismo de la transcendencia. Y ello, no tanto para atreverse a saber (*sapere audere*) y lograr así una *comprensión* meramente teórica o de razón *pura* sobre la realidad del mundo (que implica un *saber por saber*), sino también de orientación o razón *práctica* que resulte socialmente transitiva, de suerte que *sirva* (*saber* implica *servir* porque es una fuente de obligaciones de servicio), no sólo para transformarla materialmente (que conlleva un *saber hacer*), sino también para mejorarla éticamente (que revela un *saber transfigurar*)⁹.

B) El concepto específico del *saber* que implica *auctoritas*.

Ahora bien, aunque siempre tiende a la totalidad, el saber en el que consiste la *auctoritas* no requiere poseer una previa cosmovisión holística de la realidad, pues se contenta con el *prestigio* personal que deriva del amplio conocimiento que se estima que alguien tiene (aunque haya otros que lo tengan más profundo) sobre una materia o ámbito concreto de la realidad (aunque no se tenga de otros sectores), pues lo que importa socialmente es que las certezas obtenidas por el sabedor puedan guiar la actuación de quienes las ignoran, pero las necesitan para aplicarlas con acierto y racionalidad en el medio sistémico que les envuelve. Por eso, me limito ahora al origen y evolución de las instancias de *auctoritas* que desempeñan la *alta* función consultiva en el ámbito jurídico del Estado de Derecho español.

C) Origen y evolución de las instancias de *auctoritas* en el grupo político.

La *auctoritas* primigenia o de **primer grado** era la *divina*, emanada del mismo *logos* creador y ordenador del mundo¹⁰, cuyo designio era comunicado a los sacerdotes, quienes así ostentaban una autoridad de **segundo grado**, que podemos denominar *sacral*¹¹. La secularización de dicha autoridad se produjo al especializarse algunos sacerdotes (jurisperitos) en la jurisprudencia, es decir, en aplicar el criterio ordenador divino (*ius*) para solucionar un pleito (*lis-litis*) humano, dando una sabia (*prudens*) respuesta (*responsum*) a las partes enfrentadas que les preguntaban al respecto¹². Así pues, la *auctoritas* de los juristas, en cuanto que derivada de la sacerdotal, comenzó siendo de un **tercer grado**, que podemos denominar *jurisprudencial*, cuyo culmen se alcanzó cuando, junto con otras fuentes, el acervo de respuestas jurisprudenciales fue recopilado por Justiniano en un *Corpus Iuris Civilis*, el cual pudo ser enseñado, glosado y comentado, dando así lugar a la *Recepción* europea del Derecho romano.

Sin embargo, en un primer momento receptor, se entendió que dicha compilación era aplicable *ratione imperii*, es decir, en virtud de la *potestas* del Emperador que la había promulgado, puesto que: i) en Oriente, donde se mantuvo el Imperio romano, se aplicaba en su versión griega (*Los Basílicos*), que operó como núcleo del Derecho bizantino, hasta 1453, y,

luego, de los Derechos eslavos; y ii) en Occidente, cuando sus manuscritos latinos llegaron a la Universidad de Bolonia desde donde se expandieron, los gibelinos entendieron que el Imperio romano, tras la coronación de Carlomagno en el año 800, se había reinstaurado como Sacro Imperio Romano-Germánico; y los güelfos que el Papa podía considerarse investido de una potestad incluso superior para implantar la reforma gregoriana mediante el decretalismo y disponer una compilación semejante (*Corpus Iuris Canonici*). Estas interpretaciones condujeron a un **cuarto grado** de *auctoritas* reconducida a la *potestas* imperial o papal que, por su origen italiano, se denominó *mos italicus*.

Tras la invención de la imprenta, la Recepción de la compilación justiniana se intensificó y terminó por imponerse una visión más racionalista, que valoraba los textos romanos como argumentos de autoridad, que debían aceptarse *imperio rationis*, esto es, sólo porque proporcionaban soluciones razonables. Esta interpretación condujo a un **quinto grado** de *auctoritas*, emancipada de toda *potestas* imperial, que, por su origen francés, se denominó *mos gallicus*.

Desde luego, ninguna de esas interpretaciones cuestionaba que todo Derecho humano obtenía sus condiciones de validez del ajuste a un Derecho superior, basado en la naturaleza humana, el Derecho Natural, que, a su vez, dependía jerárquicamente de la suprema ordenación divina de toda la creación (*lex aeterna*). Pero ya se había creado el *humus* preciso para que la Jurisprudencia, como Ciencia del Derecho, se convirtiera en autónoma; aunque eso sólo sucedió cuando el propio Derecho Natural de base divina comenzó a ser explicado sólo en base a la razón humana (Grocio, Thomasio, Puffendorf), dando lugar, primero, al denominado Derecho Natural *racionalista* y, tras una lenta evolución (que va desde Kant hasta Kelsen), al *positivismo* jurídico, esto es, a un **sexto grado** de *auctoritas*, que, al prescindir de fundamentaciones jurídicas supra-positivas, quizá pudiéramos denominar *formalista*.

Tras la II Guerra mundial, se entiende que los juristas sólo pueden fundamentarse en el Derecho y la razón, sin otra axiología que la derivada de la ética social y del acervo internacional de los derechos humanos, generando así un **séptimo grado** de *auctoritas*, que podemos denominar *democrático* (puesto que democracia es el régimen político en el que se reconocen, respetan y garantizan los derechos humanos).

3. Caracterización jurídica: la función consultiva como prestación legal.

Desde la perspectiva jurídica, la función consultiva es *prestacional*, en cuanto que entraña una *prestación* consistente en elaborar y entregar un dictamen jurídico. Esa prestación es *legal* cuando, como sucede en el ámbito de los AOC, deriva de la ley que los instituye, regula las consultas que pueden formularseles y les obliga a dictaminarlas.

A) El concepto jurídico de prestación y su evolución.

Algunos romanistas han sostenido que, junto a las clásicas obligaciones de *dar*, y *hacer o no hacer*, se encontrarían las de *praestare*, como un *tertium genus* consistente en “responder de algo ante alguien”, en el sentido de presentarse como garante de su cumplimiento, ya que *re-spondeo* indica el compromiso (*sponsio*) que adquiere el que contesta en el sentido de que garantiza que lo contestado es verdadero; y es muy sugerente para caracterizar la función consultiva en su dimensión garantista¹³.

Sin embargo, ante la dificultad de imaginar algo que no consista en un dar, hacer u omitir (art. 1088 Cc), la *prestación* fue concebida por la pandectística como el término técnico para expresar genéricamente el contenido de cualquier obligación; y, así, actualmente, se la concibe (cfr. DEJ) como *cosa o servicio que alguien recibe o debe recibir de otra persona en virtud de un contrato o de una obligación legal*.

Es claro, así, que, en la actualidad, la formulación de dictámenes por los AOC constituye el contenido de una *prestación* en el expresado sentido técnico-jurídico, puesto que, en la mayoría de sus regulaciones, está construida como una obligación impuesta por la ley para elaborarlos, emitirlos y remitirlos al consultante, independientemente de que recabarlos constituya, para éste, también una obligación legal (caso de las consultas preceptivas) o un derecho potestativo (caso de las consultas facultativas); aunque, en línea con el primitivo concepto prestacional, la prestación consultiva sigue implicando, como luego se explicará, una respuesta que conlleva garantía.

B) La formulación de dictámenes como prestación *positiva* y *mixta*.

Parece obvio que la prestación en que consiste la formulación de dictámenes por los AOC no es *negativa*, pues no consiste en un omitir (*non facere*) o en un soportar (*pati*). Pero, siendo claramente *positiva*, no es fácil clasificarla entre las de dar y las de hacer, y me inclino a reputarla *mixta*, puesto que presenta un componente de actividad (*opera*), que implica un hacer (*facere*) que estimo prevalente; pero también otro de resultado (*opus*), que conlleva un dar (como luce en la clásica expresión *dare operas*), aunque éste se me antoja más bien accesorio:

-Porque la mentalidad jurídica romana partía de la *asimetría* inherente a la relación consultiva, que situaba, al consultante, en una posición superior (porque es de puro poder, *potestas*) consistente en preguntar; y, al consultado, en una inferior (porque es de mero saber, *auctoritas*) consistente en responder ¹⁴.

-Porque la regulación civil (de base romana) de la *accesión*, para determinar, en las relaciones de accesoriedad, cuál es la cosa principal entre dos que aparecen incorporadas, se hace prevalecer al valor humano de la obra sobre el meramente material del objeto, el cual es conceptualizado como cosa accesorio, salvo prueba en contrario ¹⁵.

-Porque se apoya en el brocardo *forma dat esse rei* que Kant convertiría en una primacía de la forma, como proyección gnoseológica *a priori* para categorizar la realidad y un jurista post-kantiano, como Kelsen, para asentar el positivismo sobre bases formalistas ¹⁶.

-Porque, en el ámbito jurídico-privado, la relación entre quien pide y quien presta el dictamen es *consensual* y no *real*, esto es, consiste en un contrato de arrendamiento de servicios que se perfecciona por el mero consentimiento (*título*), no por la entrega (*modo*), como sucede en los llamados *contratos reales* y, en los *derechos reales*, que (cfr. art. 609 Cc) sólo se adquieren, a consecuencia de los contratos traslativos (*título*), mediante la entrega de la cosa (*modo*) ¹⁷.

En suma, tanto si se acude a las raíces romanas del moderno Derecho europeo, como si se opta por explicaciones más positivistas, parece claro que, en los dictámenes y en la función consultiva en general, debe primar el valor humano de su contenido jurídico y del servicio jurídico que implica su confección formal, sobre su plasmación material en un dictamen como documento susceptible de traslación y entrega.

D) Carácter *legal* de las prestaciones de los AOC.

Ahora bien, en el ámbito jurídico-público, la prestación consultiva no se fundamenta en un contrato (art. 1254 Cc), esto es, en la autonomía de la voluntad de las partes convenientes (art. 1255 Cc), sino en la voluntad de la ley vigente o del legislador imperante (art. 1090 Cc), es decir, en legislación que ha creado y regulado el AOC de que se trate, detallando quién puede consultarle, en qué forma debe hacerlo y la composición, procedimiento y demás aspectos orgánicos y funcionales del AOC llamado a dictaminar.

En otras palabras, la Alta función consultiva se mueve (a efectos del art. 1089 Cc sobre fuentes de las obligaciones), no tanto en el ámbito de las obligaciones *contractuales* cuanto en el de las *legales*, si bien la *bilateralidad* que le resulta esencial determina que, para comprender y aplicar mejor la normativa vigente sobre los AOC, sean útiles las reflexiones efectuadas sobre la función consultiva contractualizada.

IV. ESTRUCTURA.

Una vez expuesto el concepto y naturaleza de la función consultiva, procede analizar la estructura que presenta, esto es, no tanto los *elementos* que la componen cuanto las *dimensiones* que la hacen inteligible como sistema desde una perspectiva *estática*, dejando para un epígrafe ulterior la consideración *dinámica*, es decir, el examen de las fuerzas o pulsiones que explican su funcionalidad.

Tres son las *dimensiones* que, a estos efectos, me propongo diseccionar: i) la axiológica (que trata de explicar en qué consiste la función de consejo); ii) la lógica (que intenta exponer dicha función como un fenómeno semiótico); y iii) la diacrónica (que pretende esbozar el origen y evolución de la función consultiva en España como una instancia sinodalmente estructurada).

1. La dimensión axiológica de la función consultiva.

La función que estamos examinando se denomina *consultiva* por razón de la esencia de la *actividad* en que consiste y que no es otra que *aconsejar*. Pues bien, **la función de consejo consiste en que alguien que sabe de algo asesore sobre ello a quien lo ha menester para actuar al respecto.**

A) En la tradición sapiencial.

En la literatura sapiencial castellana *consilium est hominis intentio vel propositum, quod homini vel hominibus exhibetur vel tribuitur, bonum vel malum, persuadendo, motu proprio, super aliquo faciendo vel omitendo* (consejo es la propuesta, intencional y persuasiva, que, de forma autónoma, una persona presenta u ofrece a otra u otras para que hagan u omitan algo, sea bueno o malo)¹⁸. Como esta definición comprende también a los *malos consejos*, su autor señaló las seis características que, a su entender, requiere el *buen consejo* y que siguen siendo útiles para analizar la dimensión axiológica de la función consultiva:

-**Rogación** o petición de consulta (“*que no se llegue a él ninguno, si no fuere llamado*”), pues aconsejar requiere haber sido consultado.

-**Instrucción** o conocimiento de causa (“*que non se arrebate a aconsejar fasta que cuide en el fecho sobre que lo llaman*”), pues dar consejo presupone conocer aquello sobre lo que se va a aconsejar.

-**Deliberación** concorde (“*que lo que cuidare que lo acuerde con los otros*”), pues sabido es que, en el ámbito jurídico-público, decidir es propio de una sola persona (*agir est le fait d’un seul*), pero aconsejar es una función pluripersonal (*délibérer est le fait de plusieurs*) y, por eso, los consejeros deben acometer juntos las actividades de deliberación y formulación del dictamen ¹⁹.

-**Audiencia** del interesado (“*que puñe de saber la verdat de aquel a quien oviere de aconsejar*”), pues la verdad jurídica, como luego veremos, es formal y resulta de la convergencia de diversos “relatos”, el primero de los cuales, aunque no el único, es del consultante ²⁰.

-**Comunicación** sigilosa (“*que desque todos ovieren acordado en uno que sea poridat en lo que acordaren, non lo digan a ninguno por señal ni por palabra fasta que venga tiempo en que la debe decir*”), pues este consejo no es un *dictum* cualquiera sino un *dictatum* adornado en su emisión de ciertas solemnidades formales y temporales que revelan su seriedad ²¹.

-**Dictamen** prudente (“*que el consejo sea tal que caten siempre el consejo e la pro e la honra del que ovieren a aconsejar más que otra cosa ninguna*”), pues el dictamen se encamina al bien, no al mal, del aconsejado.

B) En la tradición catequética.

A la vista de estas antiguas reflexiones, la tradición de celebrar el 26 de abril (día de *N^o S^a del Buen Consejo*) el patronazgo de la alta función consultiva española encierra un profundo significado que forma parte del legado cultural europeo, pues sus aspectos teológicos, litúrgicos y pastorales ²² resitúan el *topos* de la dimensión axiológica de la función consultiva en los clásicos lugares catequéticos formulados por la tradición escolástica cristiana, cuando enseña que, en el *conocimiento* (al expresar la participación de la persona humana en la omnisciencia divina) y, por tanto, en el *consejo* (que se fundamenta en dicho conocimiento, puesto que lo trasmite a quien lo precisa para mejorar, saliendo de su error, ignorancia o incertidumbre) están concernidas las *potencias del alma*, los *dones espirituales*, las *virtudes cardinales* y las *obras espirituales de misericordia* ²³.

Estas distinciones clásicas no son baladíes puesto que cabe ser sabio pero imprudente o poseer una gran inteligencia y, sin embargo, poca ciencia; o, por el contrario, estar lleno de ciencia y no saber aconsejar; por eso, a la actividad intelectual consistente en reflexionar sobre todo ello para distinguir las realidades y actuar con sensatez y equilibrio en orden al fin bueno que se pretende, la tradición tomista la denomina *discernimiento*, *criterio* o *cordura*.

C) En algunas manifestaciones de la función consultiva.

Esto apuntado, es de advertir que no siempre la función consultiva parece cumplir todas las características del género de “función de consejo” a la que hemos aludido, pues, cuando no se plasma en la emisión de dictámenes, sino en otros actos documentados de asesoramiento, como son la emisión autónoma de memorias, informes, estudios, observaciones o sugerencias para la mejora de los servicios administrativos, puede suceder:

-Por un lado, que el consejo no haya sido expresamente recabado, si bien hay que entender que subsiste el principio de rogación, aunque, en estos casos, no sea explícito (mediante una previa consulta *ad hoc*), sino implícito e inferible de la *voluntas legis* de las disposiciones generales que invisten de esta competencia a los AOC.

-Por otro lado, que el contenido de los referidos actos documentados de asesoramiento no se reduzcan exclusivamente a la formulación de consejos en sentido estricto, ya que no responden a consultas concretas, sino que sean *generales*, y, además, puedan tener un matiz *correctivo* o *medicinal* (en cuanto que dirigidos a constatar y solventar defectos en el funcionamiento de los servicios públicos).

2. La dimensión semiótica de la función consultiva.

Analizada, en el apartado anterior, la función consultiva en su dimensión axiológica, se ha patentado que, al entrelazar pregunta y respuesta, obedece a una lógica *relacional* y tiene, por tanto, una estructura *dialógica*, la cual también deriva del carácter comunicacional del Derecho, por lo que, en suma, puede ser calificada de *semiótica* ²⁴.

A) La función consultiva como estructura dialógica.

No puede negarse que la relación consultiva está construida como *dialogal*, ya que se articula en torno al binomio *pregunta-respuesta*, en el que, en definitiva, consiste la imprescindible congruencia entre las precisadas fases de consultar (*consultare*) y aconsejar (*consiliri*), por más que esto último, sobre todo en cuestiones complejas (*arduae quaestiones*), requiera previamente deliberar (*consulere*) sobre la consulta (*consultatio*, entendida como *quaestio*, en el sentido de pregunta) efectuada y el consejo (*consilium*, entendido como respuesta) que, al respecto, procede dar en forma de *dictamen*.

La función consultiva tiene, desde luego, su propia *lógica*, ya que consiste en preguntas (consultas) y respuestas (dictámenes) y ambas deben ser congruentes entre sí y coherentes con el ordenamiento jurídico sobre el que ambas versan. Así, la naturaleza comunicativa que el Derecho tiene como lenguaje se traslada a la función consultiva revelándola, no sólo como una función de lógica *formal*, sino, más allá, como una función *relacional*, en cuanto que conecta la pregunta y la respuesta para lograr una finalidad de orden jurídico. Esto comporta que, como la relación de consejo presenta una conexión funcional entre los sistemas consultante y consultado, esa dimensión lógico-relacional puede ser estudiada sistémicamente desde la *Semiótica*, que tiene también una vertiente *jurídica* ²⁵.

B) Funciones consultivas unilaterales.

Existen, no obstante, ciertas actividades de los AOC en que la estructura dialogal no es tan patente como en la emisión de dictámenes pues parecen *intransitivas*. Es el caso de la formulación de documentos que, como las *memorias*, las *mociones* o las *observaciones y sugerencias para la mejora de los servicios públicos*, no presentan una previa consulta a la que respondan.

Pero, como creo haber demostrado en otro lugar ²⁶, la dimensión relacional o dialógica de la función consultiva tampoco se pierde en estos casos, lo que sucede es que se trata de una comunicación mediata o indirecta en cuanto que: i) la *consulta* es genérica e implícita, pues se deduce del conjunto de consultas que a lo largo del año ha recibido el AOC sobre cuestiones concretas, en cuanto que las mismas revelan *disfunciones* en los servicios públicos afectados; y, además, se infiere de la norma jurídica que establece la función de formular periódicamente tales documentos o habilita para emitirlos; y ii) la *respuesta* a esa pregunta, aunque también deriva del cumplimiento de una obligación legal, no es, sin embargo, implícita, sino que se traduce en el documento concreto aprobado como memoria, moción, observación o sugerencia.

C) La función consultiva y la calidad normativa.

La Semiótica jurídica revela que el Derecho es también una forma especial de comunicación (el lenguaje preceptivo), por lo que la función consultiva tiene una especial incidencia en esta faceta, ya que le compete asegurar la calidad de las disposiciones jurídicas que se proyecte promulgar para que no fracasen como simples mensajes comunicativos (en sus condiciones formales de intelección y transmisión) ni como preceptos obligatorios (en sus condiciones jurídicas de validez y eficacia) llamados a integrarse sistémicamente en el ordenamiento jurídico ²⁷. Así, los AOC, al dictaminar sobre propuestas normativas aseguran:

-La **calidad lingüística**, para que las disposiciones sean redactadas en términos tales que permitan su eficacia como meros textos comunicacionales preceptivos, puesto que es evidente que una norma puede adolecer de un defecto de racionalidad en el primer nivel que es el lingüístico o gramatical si resulta incomprensible, no se entiende como signo o expresión del lenguaje. La función consultiva garantiza, así, que la norma no sea *ininteligible*.

-La **racionalidad lógica**, para que las disposiciones proyectadas respeten las reglas de la lógica formal y deóntica. La función consultiva consigue así que la norma no sea *absurda* ni *insensata*.

-La **congruencia normativa**, pues la disposición proyectada debe ser también congruente con el ordenamiento jurídico en el que se ha de integrar. Aquí los criterios fundamentales a examinar son los de *competencia* (para impedir que una norma trate de regular cuestiones o materias no incluidas en el ámbito competencial del órgano que pretenda formularla) y *jerarquía* (para imponer que las normas de rango inferior no se opongan a lo establecido por otras de rango superior). La función consultiva garantiza así que la norma proyectada no resulte *incongruente* con el ordenamiento que ha de acogerla.

-La **coherencia teleológica**, pues la disposición pretendida ha de ser, además, coherente con la finalidad que pretende ya que, de lo contrario, puede ocasionar aberraciones (normas que se dictan precisamente para que no se cumplan o sabiendo que no van a cumplirse) y anomalías (normas que pretenden un efecto contrario al que declaran) que atentan contra dos criterios contenidos en el art. 9.3 CE, la garantía de la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad, por los que deben velar los AOC ²⁸. La función consultiva garantiza así que la norma proyectada no resulte teleológicamente *incoherente*.

-La **implementación sistémica**, pues, en la metodología antes descrita, las disposiciones jurídicas han de ser contempladas siempre desde el sistema en que se integran y atendiendo a los demás con los que éste se conecte, para que respeten, como criterios de racionalidad, los que se deriven de su implementación en uno y otros, de suerte que no penetren inadecuadamente en las dimensiones o estructuras que les son inherentes. La función consultiva garantiza así que la norma no resulte *antisistémica*.

D) Las facetas dialógicas de la función consultiva, en especial el dictamen.

El término consejo (*consilium-i*) es uno de los, semántica y semióticamente, más ricos en las lenguas romances, ya que, junto con sus múltiples derivados, revela las diferentes fases dialógicas que presenta la función consultiva, como las de consultar (*consulto-are*), deliberar

(*consulo-ere*) o aconsejar (*consilior-iri*), cada una de las cuales remite a otras tantas facetas dialógicas, como el quién, qué y cómo de la formulación de consultas o de la ordenación de debates. Sin embargo, para expresar la fase final, dictaminar, y el resultado documental de la función consultiva, el dictamen, se parte de otro sustantivo latino, *dictamen-is*, aunque también resulta muy fértil en su significado dialógico, puesto que su radical (*dict*), enlaza con los verbos *dicto-are* (dictar), *dico-ere* (decir) y *dico-are* (ofrecer) y su desidencia (*men*) releva la plasmación documental de todo ello ²⁹.

El término *dictamen* es clave en la función consultiva, pues manifiesta que quien conoce con *auctoritas* un campo del saber, dice *algo* que se ofrece como respuesta a *alguien* que le ha consultado al respecto porque tiene que decidir sobre ello y, aunque pueden existir tantos dictámenes como ámbitos del saber: i) lo que caracteriza al *dictamen jurídico* es que se pronuncia sobre lo *justo* (es decir, sobre lo que es o no conforme al Derecho y la razón); y ii) lo que distingue a los *dictámenes* emanados de los AOC del mero *informe* de otros órganos es el prestigio que emana de su peculiar estatuto (en cuanto que garantiza la elevada formación de sus componentes, así como su autonomía orgánica y funcional, su independencia y objetividad y la sinodalidad y externalidad de su funcionamiento)

En todo caso, resulta inherente a la función consultiva limitarse a *aconsejar*, pero sin *decidir* sobre lo aconsejado. Por eso la, tan antigua como bella y ambigua, expresión conclusiva *el Consejo es de dictamen*, conservada sólo en el Consejo de Estado, no alude a las extintas competencias delegadas de provisión y ejecución que tuvieron los AOC en épocas preconstitucionales ³⁰ sino sólo un sentido consultivo que acoge, no sólo a las conclusiones del dictamen, sino también a los antecedentes fácticos, a los fundamentos jurídicos y a los eventuales votos particulares que contenga.

3. La dimensión diacrónica de la función consultiva.

La sistemología postula también aludir a la evolución diacrónica de la institución estudiada, porque la diacronía conforma una de las estructuras básicas para entender su presente y columbrar prospectivamente su futuro.

En ese marco, la percepción de la íntima relación entre lo consultivo y lo contencioso ha conducido a una dinámica de organización con arreglo a la cual los órganos de asistencia jurídica de las distintas entidades sociales, tanto públicas como privadas, suelen tener encomendadas conjuntamente las funciones consultivas y las contenciosas. Sin embargo, la configuración de los AOC en España no ha conducido a la vinculación orgánica y funcional de lo consultivo y lo contencioso, sino, precisamente a todo lo contrario y ello merced a una evolución histórica cuyo estudio supone uno de los capítulos más apasionantes de nuestra Historia jurídico-institucional.

A) El modelo polisinodial del Antiguo Régimen.

En el Antiguo Régimen, la función consultiva residía en los distintos Consejos en que se estructuraba la Monarquía absoluta, puesto que los mismos asumían la gestión integral (legislativa, ejecutiva, judicial y también la consultiva) de las materias o territorios de su competencia, mientras que el *Real* asumía el conocimiento de todos los *asuntos arduos*; sin embargo, será el *Consejo de Estado* (entonces limitado a cuestiones de política exterior) el único que subsista y termine convirtiéndose en paradigma de los AOC.

B) El modelo napoleónico de jurisdicción *retenida* o *delegada*.

Esta transformación se debe a la recepción en España del *régime administratif* napoleónico que, partiendo de una interpretación de la división de poderes basada en la desconfianza de la burguesía en la Justicia (tradicionalmente represiva y dominada por la nobleza que, en Francia, controlaba los *Parlamentos judiciales*), entendía que el Poder Ejecutivo no debía ser juzgado por el Judicial sino por sí mismo (*jurisdicción retenida*), a cuyo efecto habilitó (Decreto de 22 de julio de 1806) a unos órganos jurídicos, el *Conseil d'État* y los *Consejos de Prefectura*, integrados en el Ejecutivo pero con estatuto de independencia orgánica y funcional, para enjuiciar los asuntos contencioso-administrativos y elevar al Ministro correspondiente la resolución que procediera en Derecho. Por Ley de 24 de mayo de 1872, se delegó permanentemente en dichos Consejos la resolución de los asuntos contenciosos de la Administración pública (*jurisdicción delegada*).

La recepción en Europa continental de este modelo bonapartista es patente en Bélgica e Italia donde aún subsiste. En España, el sistema francés de *jurisdicción retenida* fue importado por el Estatuto de Bayona³¹ y la Constitución de Cádiz³² aunque los vaivenes propios del constitucionalismo de la época³³ determinaron que sólo con la llegada de los moderados al poder en 1845 se lograra una mayor estabilidad institucional al crear un *Consejo Real* y *Consejos Provinciales* con funciones contencioso-administrativas, según el modelo francés de *jurisdicción delegada*³⁴, que la Ley Orgánica de 17 de agosto de 1860 asignó al *Consejo de Estado*.

C) El modelo judicialista anglosajón y su repercusión en España.

Por el contrario, en el Reino Unido la justicia regia, desde las ancestrales Ordenanzas o *Assizes* de Clarendon (1166) y Windsor (1179), firmadas por Enrique II Plantagenet en el siglo XII, se había erigido como una instancia de creciente prestigio hasta resultar prácticamente indiscutible para el enjuiciamiento, no sólo de asuntos civiles o penales, sino también de los administrativos. El sistema anglosajón de Estado de Derecho o *rule of law* terminó así configurándose, a diferencia del francés, como un modelo de *confianza judicial* donde la Administración, pese a los privilegios que puedan otorgarle normas legislativas especiales (*statute law*), resultaba sometida, en líneas generales, al Derecho común (*common law*), aplicado como Derecho de la tierra (*law of the land*) por los Tribunales ordinarios mediante un sistema de vinculación a los precedentes jurisprudenciales (*stare decisis*) que no impide ir creando derecho (*judge made law*) mediante nuevos fallos ejemplares (*leading case*). El conocimiento, estudio y presentación adecuada de los precedentes judiciales aplicables al caso constituye la esencia de lo consultivo en el sistema anglosajón, sin embargo los jueces y Tribunales ordinarios carecen de funciones consultivas previas, ya que tradicionalmente las mismas se atribuyen a los gabinetes jurídicos integrados por los *lawyers* y los *barristers*.

Pues bien, cuando los liberales españoles regresan de su exilio en Londres vuelven convertidos al judicialismo inglés y eso explica que la *Gloriosa Revolución* de 1868 hiciera bandera, no sólo de la *unificación de fueros*, sino de la *judicialización de la jurisdicción contencioso-administrativa*, que sería expropiada al Consejo de Estado para asignarla a una *Sala de recursos contra la Administración* adscrita al *Tribunal Supremo* (Decreto de 13 de octubre de 1868) donde, salvo algunas incidencias posteriores³⁵, terminaría por consolidarse en 1904 como *Sala Tercera*³⁶.

La pérdida de competencias contenciosas relegaba al Consejo de Estado a la posición de un *Senado de notables* con funciones consultivas y residuales³⁷, una situación de área independiente pero que apuntaba a su eliminación³⁸. Sin embargo, no fue así. El *Régimen de Franco* confirmó la institución³⁹ y, aunque sus competencias siguieron disminuyendo⁴⁰, el Consejo de Estado consiguió, merced a la calidad de sus dictámenes y a la alta capacitación jurídica de sus Consejeros y Letrados, que su intervención fuera reputada una *garantía procedimental* por la excelente legislación y jurisprudencia administrativas de la época⁴¹,

D) El vigente modelo constitucional español de función consultiva.

Este prestigio del Consejo de Estado determinó que la CE de 1978 lo haya conservado como *supremo órgano consultivo del Gobierno*, expresión que el TC ha interpretado en el sentido de que se encuentra “*al servicio de la concepción global del Estado que la Constitución establece*”, lo que permite a las CCAA acudir al mismo o bien sustituir sus dictámenes por los de AOC semejantes (STC 204/1992, de 26 de noviembre).

De esta paradójica manera, se explica que la pérdida de las iniciales competencias contenciosas del Consejo de Estado (actualmente incluso aconsejada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en la Sentencia *Procola* de 28-9-1995, censura el sistema belga de jurisdicción *retenida*) se haya visto compensada por una potenciación de sus competencias consultivas, de suerte que el Consejo de Estado se ha mantenido en el modelo español como una instancia de indiscutible garantía preventiva para los ciudadanos y los poderes públicos, hasta el extremo de haber merecido relevancia constitucional (art. 107 CE) y de poder, tras la STC 204/1992, ser revivido en los distintos EEAA que, como el riojano (art. 42 EAR'99), han dotado a las distintas CCAA de AOC semejantes.

V. FUNCIONALIDAD.

Una vez expuestos el concepto y naturaleza de la función consultiva que constituye objeto de esta Memoria, así como las principales dimensiones que explican su estructura como sistema desde una perspectiva *estática*, sólo resta adentrarnos en su consideración *dinámica*, es decir, analizar los estímulos o pulsiones que explican su funcionalidad, esto es, las que justifican su existencia y operatividad institucional en el Estado de Derecho.

Los impulsos que, a estos efectos, me propongo diseccionar no son sino los grandes valores éticos que guían a las actividades humanas hacia la perfección y también a los sistemas sociales, como el consultivo que ahora nos ocupa, de suerte que, en nuestro caso, operan, no sólo como causa final de la función consultiva, sino también como paradigmas que explican su operatividad y razón de ser, posibilitando así la crítica de las actuaciones concretas que no se ajusten a esos grandes valores.

En concreto, aludiré a las siguientes fuerzas centrípetas que polarizan las actuaciones propias de la función consultiva atrayéndola hacia (“*ad*”) los valores éticos que representan: i) la fuerza de la *verdad*, que convierte a la función consultiva en instancia de *defensa de la racionalidad* en la lucha contra la arbitrariedad del poder político, para asentar al grupo estatal como un *Estado de razón*; ii) la fuerza de la *justicia*, que constituye a la función consultiva en instancia de *defensa de la juridicidad*, para asentar al grupo estatal como un *Estado de Derecho*; iii) la fuerza del *bien*, que hace de la función consultiva una instancia legitimante, equilibrante y moderadora del poder político, para asentar al grupo social como un *Estado legítimo*; iv) la fuerza de la *unidad*, que sitúa a la función consultiva como instancia sistémica de refuerzo,

integración y reconducción de las demás funciones operantes en el grupo político, para asentarlo como un *Estado coherente*; y v) la fuerza de la *belleza*, que ubica a la función consultiva como instancia propedeútica para mostrar a los responsables del grupo político el estilo, la armonía y la elegancia precisos para la gobernanza pública y lograr así, no sólo la *estática*, sino también la *estética* del sistema, es decir, un *Estado*, a la vez *estable* y *armónico*.

1. Ad verum. La función consultiva y la racionalidad.

A) La fuerza y la razón como recursos del poder político.

Partiendo del dicho latino *aut consiliis aut ense* (mediante consejos o con la espada), la paremiología hispana acuñó la locución adverbial *por las buenas o por las malas*, patente en el lema heráldico *por la razón o la fuerza*. Pero ahora no importa tanto destacar las indisimuladas pretensiones intimidatorias de estas frases hechas que han superado los intentos de dulcificarlas⁴², cuanto el hecho de que recogen los dos grandes recursos, la fuerza de la razón (*imperium rationis*) y la razón de la fuerza (*ratio imperii*), de los que dispone el grupo estatal y que pugnan, en la práctica y en la teoría política, respecto al *qué* y al *cómo* debe actuarse en asuntos públicos (*res publica*), esto es, sobre la concepción, naturaleza y límites del poder político.

Tan es así que ambos *topoi* lucen en los grandes mitos del pensamiento y la literatura occidental que podemos quintaesenciar en *El Quijote*, de Miguel de Cervantes, *El Leviathán* de Thomas Hobbes y *El Principito* de Antoine de Saint-Exupéry.

-Dedica Cervantes dos conocidos pasajes a esta cuestión: el discurso de D. Quijote sobre las armas y las letras (Primera parte, ed. 1604); y los consejos a Sancho para la gobernación de la (distópica) Ínsula de Barataria (Segunda parte, ed. 1615). En el primero, parece optar por el predominio de las armas, dejándose llevar por la cultura caballeresca europea y por su propia biografía; pero, en el segundo, cuando se ve en la tesitura de aconsejar cómo debe ejercerse la política en la práctica, reconoce que armas y letras deben armonizarse para el buen gobierno de la cosa pública, situándose así más en línea con la reflexión sapiencial y erasmista⁴³.

-Por su parte, el filósofo inglés Thomas Hobbes (1588-1679) consiguió representar plásticamente el problema, en la portada de su obra *Leviathan* (1ª ed, 1651), mediante un grabado que se ha incorporado al imaginario colectivo para personificar un poder político dotado de una fuerza irresistible, al que Bodin (*Los seis libros de La República*, 1ª ed. 1576) calificó de *soberano* y cuyos perfiles Maquiavelo había descrito en *El Príncipe* (1ª ed. 1532), como expresión, no de un *Estado de razón*, donde la Ética y el Derecho priman sobre la Política, limitándola incluso en el empleo de la fuerza pública; sino de una pragmática *razón de Estado*, capaz de justificar cualquier actuación política, incluso la violenta, que interesara al gobernante absoluto⁴⁴.

-Finalmente y para fijar un contrapunto axiológico al *Príncipe* de Maquiavelo, Antoine de Saint Exupéry quiso titular su más famosa obra como *El Principito* (1ª ed, 1943), para mostrar, con aparente ingenuidad, que la *potestas* requiere apoyarse en la *auctoritas* para ser razonable⁴⁵.

B) El orden como resultado del necesario equilibrio entre fuerza y razón.

Estos relatos mítico-literarios revelan que, así como en la vida personal y religiosa es clave el equilibrio entre la *fe* y la *razón*⁴⁶, en la organización social son también imprescindibles dos elementos complementarios, la *razón* y la *fuerza*, que la tradición jurídica europea ha reconducido a los binomios *autoridad-potestad* y *legitimidad-legalidad*. De esta suerte, la *razón* se convierte en el común denominador que articula los ámbitos personal y social, siendo éste

último el que afecta a la función consultiva al ser esta una instancia que encarna la razón y garantiza que el orden social, no sólo sea fruto de una legalidad impuesta por la fuerza, sino también de la legitimidad determinada por el ajuste del poder político a criterios justos y razonables.

La cultura jurídico-política occidental se ha construido, en efecto, sobre la convicción de que la *potestad* es precisa para asegurar el orden social, pero sus decisiones deben ser razonables, esto es, apoyadas en criterios de *autoridad*. La idea procede del Derecho romano que asentaba el orden jurídico-político en un delicado equilibrio entre las diversas instancias de *auctoritas* y de *potestas*, que (como esquematizó Álvaro D'Ors en el axioma "*pregunta quien puede, responde quien sabe*") se articularon mediante fórmulas dialogales (de pregunta y respuesta), esto es, entre la potestad de quien pregunta (un cónsul, un litigante), formulando una consulta, y la autoridad de quien contesta (el Senado, un jurisconsulto), dando una respuesta.

Pues bien, nuestra actual concepción del *orden* político y social se fundamenta igualmente en un complejo engranaje dialogal entre las instancias gubernamentales de poder y las consultivas de saber. Obviamente, antes y ahora, este equilibrio se rompe y origina *desorden* en cuanto los poderosos pretenden actuar sin la cobertura del saber, creando *inmunidades de poder*, esto es, zonas de decisión exentas de todo límite, control o fiscalización; y también cuando quienes saben pierden su independencia de criterio, se someten a la voluntad del poder o, apartándose de su misión, pretenden asumirlo. Ambos excesos generan un gobierno arbitrario, esto es, contrario a la razón.

C) La doctrina del abuso del poder.

El engranaje entre las instancias de gobierno y las de consejo tiene por objeto la moderación de la fuerza por la razón y, por eso, las instancias consultivas forman parte de la dinámica de pesos y contrapesos con los que se entreteje la democracia, la cual, entre otras dimensiones, implica la limitación del poder político.

En coherencia con la explicación contractualista del poder político (que, como se ha indicado, procede de pensadores como Hobbes, Rousseau o Locke y está en la base de nuestra actual concepción de la democracia), tal dinámica obedece a un ritmo bilateral (casi podríamos decir sinalagmático) de *oferta-aceptación* y *devolución-recepción* de fuerza social. En efecto, en la concepción del Estado como grupo social, el poder político consiste en una fuerza social que es *aportada* por la población estatal y es *aceptada* por la organización del Estado, no para el propio beneficio de sus titulares, sino para *devolverla* a la población, que la *recibe* en forma de actuaciones políticas de conservación (diplomacia, hacienda, defensa, seguridad, justicia y mantenimiento del orden público en sus diversos ámbitos) y provisión (educación, sanidad, obras y servicios públicos y sociales de todo tipo).

El mecanismo deviene disfuncional cuando la organización estatal *recibe* de la población la fuerza social en que el *poder político* consiste, pero no se la *devuelve* en forma de bienes y servicios públicos susceptibles de satisfacer las necesidades sociales, sino que se la *reserva* en su propio beneficio, esto es, en el personal de los dirigentes que la encarnan. Esta *corrupción* de la dinámica natural del poder político no es nueva; es más, puede afectar y, de hecho, ha afectado a todas las manifestaciones humanas del poder y es conocida como *abuso del poder*.

Es mérito de Montesquieu (1689-1755) el haber formulado, a propósito del *poder político*, los axiomas básicos en esta materia, que podemos sistematizar en la siguiente trilogía de conceptos, que conforman la que se ha denominado *doctrina clásica sobre el abuso del poder y la separación de poderes*, expuesta en el *Espíritu de las leyes* (1748): i) el poder tiende a la totalidad, es decir, a ser *absoluto*; ii) por tanto, hay que contenerlo para que sea *limitado*; iii) ya que en ello nos jugamos nada menos que la *libertad*⁴⁷.

El primer concepto es una máxima de experiencia, consistente en observar que quien detenta la capacidad de influir en la que el poder consiste tiende a incrementarla para ampliar el ámbito e intensidad de su influencia. Sólo la Ética puede imponer una auto-contención (*self-restraint*); pero la convivencia no puede fundamentarse en la esperanza de que los poderosos se comporten con moralidad (*“como ángeles”*, decía Madison en *El Federalista*, núm. 51), máxime cuando, en el ambiente filosófico de la Ilustración en el que escribía Montesquieu, se debatía si el hombre era bueno o malo por naturaleza.

La idea de *límite* se convierte así en esencial para el concepto del *poder*. Éste es insoportable si deviene absoluto y, para evitarlo, es forzoso limitarlo. Los medios de limitación del poder son diversos, pero, referido al poder humano, el principal es el *Derecho*, esto es, la *juridificación* o sometimiento del *poder* (sobre todo del poder *público* y más específicamente, del poder *político*) al Derecho, para convertirlo así en un poder *jurídico*, esto es *limitado* por las normas jurídicas; ya que también resulta inherente al concepto mismo de Derecho la idea de *límites*.

Entre esos *límites*, destacan los que proporciona el Derecho constitucional, esto es, el que regula la organización del Estado y el ejercicio de su *poder (político)*. Y aquí surge la idea de la *división de poderes* que consiste en distinguir las diferentes *funciones* (legislativa, ejecutiva, judicial) atribuidas al poder político estatal para atribuir las a complejos orgánicos distintos o *Poderes* (Legislativo, Ejecutivo, Judicial) que se contrapesen entre sí, de suerte que ninguno predomine sobre los demás y quede, así, preservada la libertad y demás derechos humanos.

Pues bien, otro de los *límites* esenciales del poder político es la sujeción preceptiva de su ejercicio a una previa intervención de las instancias de consejo, en suma, a una función constitucional de *auctoritas* como es la función consultiva, para garantizar así que el Estado de Derecho siga siendo, antes que nada, un *Estado de razón*, es decir, un Estado que se fundamente en el *principio de interdicción de la arbitrariedad*, como proclama el art. 9.3 CE.

2. Ad iustum. La función consultiva y la juridicidad.

A) El concepto de legalidad.

La función consultiva supone la formulación de criterios de razón; pero la *racionalidad* opera, no sólo en sus dimensiones lógicas universales, sino también en los diversos ámbitos sectoriales del saber y, por eso, la racionalidad específica que la función consultiva aporta es la propiamente *jurídica*, esto es, la ínsita en el Derecho o, si se prefiere, en el conjunto de disposiciones (incluyendo criterios, principios y costumbres normativas) que integran el ordenamiento jurídico en sus distintos niveles y grados para conformar la *legalidad*

La *legalidad*, como sustantivo, es, pues, el conjunto de las disposiciones jurídicas vigentes en un determinado ámbito personal, espacial y temporal, por lo que es un concepto equivalente al de ordenamiento jurídico. Sin embargo, como adjetivo, expresa la cualidad que una actuación

humana presenta cuando resulta conforme con dichas disposiciones, es decir, cuando se ajusta al ordenamiento jurídico vigente en el ámbito de que se trate.

En ambos casos, es un concepto éticamente *neutro*, pues no implica ningún juicio sobre la moralidad del contenido de las disposiciones jurídicas a las que se refiere, es decir, no las confronta con el bien o el mal, que es el módulo de la moralidad, sino simplemente con la potestad de quien las ha promulgado y dotado de fuerza o vigor, de suerte que valen si han sido regularmente aprobadas y están vigentes, es decir, si son eficaces, independientemente de su contenido normativo.

La *legalidad* es, pues: i) un concepto ligado íntimamente a la *potestad* de un legislador que elabora, aprueba y publica formalmente las disposiciones jurídicas en las que consiste y a la *fuerza* social con la que el poder público puede aplicarlas en caso de contravención; y ii) un concepto jurídico *puro*, en el sentido de no afectado por ninguna valoración distinta de las que puedan emanar del propio ordenamiento jurídico al que se refiere, en cuanto que éste discipline las *formas* de elaboración, aprobación o publicación de las disposiciones o los criterios de jerarquía, competencia, vigencia, desplazamiento o derogación de tales disposiciones; de suerte que, si éstas respetan dichas formas y criterios, resultan inobjetables.

B) El principio de legalidad.

La esbozada noción de la *legalidad* tiene la ventaja de su claridad expositiva y aplicativa, en suma, de la seguridad jurídica que comporta y, por eso, está en la base de todas las escuelas positivistas y formalistas, que reducen el fenómeno jurídico a la *legalidad* vigente y a sus condiciones estrictamente formales de creación, interpretación, integración y aplicación.

De ahí que se haya acuñado la expresión *principio de legalidad* para aludir, en los Estados democráticos de Derecho, a la exigencia constitucional (es decir, impuesta por el *poder constituyente* que emana de la misma soberanía popular) de que el poder político del grupo estatal quede estructuralmente vinculado a la voluntad popular expresada en forma de ley por un Parlamento representativo de la ciudadanía. Equivale, pues, a la idea *de imperio de la ley* como expresión de la voluntad soberana del pueblo, según proclamaban, con distintas formulaciones, las primeras Constituciones y Códigos revolucionarios y también la Ley fundamental 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma política, con la que comenzó el proceso de la *Transición* española hacia la democracia.

Sin duda, esta idea es coherente con la concepción roussoniana del poder político como fuerza social que emana del Estado, entendido como grupo sociológico superior y constitucionalmente organizado; pero tiene el inconveniente de que corresponde a la visión plana que de la ley se tenía en aquella primera la época (caracterizada por un naciente constitucionalismo y por la idea de la codificación), donde se abominaba de cualquier otra fuente normativa que pudiera regenerar la inseguridad y arbitrariedad jurídica que había caracterizado al Antiguo Régimen, especialmente en los *Parlamentos judiciales* franceses copados por la nobleza. Por eso, la división de poderes, postulada por Locke y Montesquieu, pivotaba sobre un Parlamento que, al ser representativo de la soberanía popular, plasmaba la voluntad del pueblo en leyes absolutamente vinculantes para los jueces, los cuales debían aplicarlas, sin vacilación ni interpretación alguna. Esas mismas leyes, por supuesto, también obligaban al Poder Ejecutivo, que no podía tener otra voluntad que la derivada de esas mismas leyes.

C) La lucha por la juridicidad.

Este planteamiento no ha decaído en la actualidad (ya que la separación y contención mutua de los poderes sigue siendo un dogma esencial en las democracias), pero el concepto de *legalidad* se ha hecho mucho más complejo, pues ya no sólo comprende la perspectiva meramente interna de las *Constituciones* y las *leyes parlamentarias* de cada Estado, sino que ha adquirido una dimensión: i) por un lado, *supra-estatal*, al integrar a la normativa internacional (Tratados ratificados con otros Estados y disposiciones de Organizaciones interestatales) o la comunitario-europea (integrada por Reglamentos, Directivas y la rica tipología de normas que integran el acervo comunitario aplicable); y ii) por otro lado, *infra-estatal*, al referirse, en sus distintos ámbitos competenciales, a las normas emanadas por las entidades legislativas territorializadas en los Estados que han adoptado una forma compuesta de distribución espacial del poder, como sucede con las CCAA, en el Estado autonómico español; las Regiones, en el Estado regional Italiano, o los *Länder*, en el modelo alemán de Estado federal.

En la actualidad, pues, el *principio de legalidad* supone la vinculación de las Administraciones públicas y, en general, del Poder Ejecutivo, no sólo a la propia Constitución y a leyes parlamentarias, sino al complejo normativo multinivel (internacional, europeo, estatal e infra-estatal) aplicable en cada ámbito espacial; por eso, estimo preferible denominarlo *juridicidad*. En efecto, no se trata ya de una sujeción exclusiva a la *ley* como fuente parlamentaria formal, sino al *Derecho*, entendido como el ordenamiento jurídico en su conjunto, incluyendo los principios generales, las pautas jurisprudenciales de interpretación y las costumbres normativas.

Esta complejidad de la normativa aplicable se proyecta también sobre la función consultiva que, por tanto, no sólo debe aportar en sus dictámenes la *racionalidad* de rango legal sino la mucho más amplia en que consiste la *juridicidad*.

3. Ad bonum. La Función consultiva y la legitimidad.

A) El concepto de legitimidad.

La *legitimidad*, como sustantivo, es el conjunto de las disposiciones jurídicas que deben ser estimadas como vigentes en todo caso porque integran un ordenamiento jurídico *más alto* (*higher law*) que el positivamente vigente en cualquier ámbito personal, espacial y temporal del que pueda tratarse. Como adjetivo, expresa la cualidad que una actuación humana presenta cuando resulta conforme con dicho ordenamiento más elevado.

Esta idea tiene su origen en la tradición greco-latina recogida por el cristianismo medieval hasta la Edad Moderna que denominó *Derecho Natural* a dicho conjunto de disposiciones superiores, por entender que las mismas se fundamentan en la propia naturaleza humana, en el bien entendido de que ésta remite a una divinidad creadora, de suerte que el *Derecho Natural*, fuente de toda legitimidad, no se concebía sino como una humanización en el tiempo del Derecho divino atemporal. Por eso, cuando, en la Edad Moderna, la referencia a un Derecho divino es sustituida por los principios meramente racionales derivados de la naturaleza humana, la *legitimidad* fue referida a la conformidad con ese Derecho Natural racionalista que terminó reconducido al marco conceptual de los derechos humanos en el que actualmente se ubica.

Pues bien, la función consultiva, como le sucede a cualquier otra instancia de aplicación del Derecho, tiene una relación tensional con la *legitimidad* en cuanto que, en principio, sólo queda vinculada por la racionalidad emanada de la *juridicidad* en el sentido antes señalado, pero

sin poder fundar sus dictámenes en un *Derecho más elevado* que el vigente en el ámbito espacial de que se trate, salvo el integrado por la normatividad inherente a la dinámica de los derechos humanos.

Esta última salvedad es crucial porque la referida tensión sólo puede ser resuelta apelando a los criterios de intelección, aplicación e interpretación de los derechos humanos que se desprenden del acervo o estándar integrado por los grandes textos internacionales que los formalizan (en cuanto que hayan sido ratificados por el Estado de que se trate), así como por la jurisprudencia y la práctica de los grandes Estados democráticos con tradición democrática, especialmente la derivada de la tradición constitucional de los Estados miembros de la UE (en cuanto que ha sido aceptada por los mismos al adherirse a la UE y a otras instituciones supra-estatales como el Consejo de Europa o la ONU). Todo ello es posibilitado en España por el art. 10.2 CE.

Por tanto, los planteamientos éticos derivados de un *Derecho más elevado*, sólo pueden ser operativos en la función consultiva de los Estados constitucionales de Derecho cuando coincidan con el referido estándar de los derechos humanos y, en general, con la Ética social imperante, esto es, la que objetivamente pueda entenderse como ampliamente compartida; pues quien aconseja, no sólo ha de ser independiente de los poderes públicos, sino también de sí mismo y de sus propias convicciones subjetivas, incluidas las religiosas.

Para salvar esta problemática personal existe la *objeción de conciencia*, cuando el ordenamiento jurídico la admite, no con carácter general, pero sí en ciertos sectores. Ahora bien, en la función consultiva, dicha objeción no está reconocida, pues no cabe abstenerse a pretexto de la misma, sino sólo formular un voto particular y en el bien entendido de que el contenido de éste no puede consistir en convicciones morales personales, sino en criterios objetivos sobre la juridicidad aplicable y, a lo sumo, sobre la ética social ampliamente compartida.

La *legitimidad* es, pues, un concepto deóntico que implica siempre una confrontación de la *legalidad* pura con un orden ideal que se estima superior, de suerte que permite criticarla, reconducirla e incluso negarle obligatoriedad moral. En ese sentido, la dinámica *legitimidad-legalidad* tiende a entroncar: la primera, con la idea de una *auctoritas* que define sus contornos teóricos, erigiéndolos en directrices de actuación moral; y, la segunda, con la de una *potestas* que debe someterse a tales directrices, si pretende imponerse por la razón y no meramente por la fuerza.

El marco de confrontación entre *legitimidad* y *legalidad* queda así delimitado por el concepto de *justicia*, entendida, no tanto como una virtud moral consistente en reconocer y dar a cada uno lo que el ordenamiento jurídico (el Derecho) le ha asignado (*ius suum cuique tribuere*, según la clásica formulación de Ulpiano en *Digesto* 1.1.10), cuanto como un principio político de igualdad, consistente en no tratar desigualmente situaciones que sean racionalmente iguales y en lograr una igualación final de situaciones que no presenten razones para permanecer como desiguales.

En efecto, la *justicia*, entendida en el primer sentido, es una idea-fuerza de conservación social, que opera como instancia para aplicar el ordenamiento jurídico conculcado y, por tanto, enlaza con los conceptos de *potestas* y *legalidad*; pero, entendida en el segundo sentido, es una idea-fuerza de transformación social, que opera como instancia para reformar el ordenamiento jurídico y, por tanto, enlaza con los conceptos de *auctoritas* y *legitimidad*.

Estas tensiones afloran especialmente en los conflictos nacionalistas y revolucionarios ⁴⁸. En este tipo de conflictos, la función consultiva (como la jurisdicción constitucional y, en general, las distintas instancias aplicativas del Derecho) sólo puede adoptar, en los Estados democráticos, una postura de defensa de la legalidad constitucional y de la libertad ideológica de quienes los promueven, pero relegando sus reivindicaciones a una eventual y futura reforma constitucional que las asumiese pues, obviamente, resulta extra-jurídico el recurso al tradicionalmente denominado *derecho a la revolución* (incluso en su modalidad de *derecho a la independencia*) ⁴⁹.

B) El concepto de *legitimación*.

En todo caso, *legitimidad* es un concepto unívoco, a diferencia de *legitimación* que es polisémico ⁵⁰, si bien, para caracterizar la función consultiva, conviene entender este último como la acción y efecto de conferir legitimidad que se produce cuando se declara, reconoce o constata que una actuación humana se ajusta al superior canon de racionalidad en que la legitimidad consiste.

Sugiero este sentido porque: i) en las democracias, el poder político de los órganos consultantes es *legítimo* en cuanto que (al derivar, en última instancia, de la soberanía popular mediante un proceso electoral con sufragio libre, directo y secreto) emana del correcto ejercicio del derecho fundamental de participación del pueblo en los asuntos públicos (cfr. art. 23.1 CE) y, por tanto, extrae, no sólo de la Constitución, sino también del *Derecho más alto* que supone el acervo de los derechos humanos internacionalmente reconocido, una indiscutible *legitimidad de origen*; ii) pero dicha *legitimidad originaria* no basta por sí sola para hacer admisible el ejercicio cotidiano del poder, sino que, por el contrario, cada decisión (sea o no normativa) que dicho poder político pretenda adoptar sobre el pueblo del que emana la soberanía, requiere justificarse en la razón, esto es, ser razonable; y ello desde los distintos ámbitos posibles de racionalidad que es caso requiera (como, entre otros, el sanitario, el económico, el ambiental y también el jurídico), pues sólo investido de la múltiple racionalidad que sea precisa, la decisión de un poder político, originariamente legítimo, adquiere la imprescindible *legitimidad de ejercicio*.

Así pues, en lo relativo al poder político, podemos concebir *legitimidad* como el efecto de consenso en la aceptación o reconocimiento social de dicho poder que se produce por haber sido el mismo democráticamente elegido (*legitimidad de origen*) y por adoptar sus decisiones cotidianas conforme a la racionalidad (*legitimidad de ejercicio*). Pero en el bien entendido de que ser *legítimo* no significa ser *eficaz*, ya que puede existir: i) un poder político que logre ser obedecido sin recurrir a la coacción, aunque sea ilegítimo en su origen (tiránico, dictatorial o autoritario), si sus decisiones cotidianas son racionales (poder razonable); y ii) un poder originariamente legítimo que encuentre resistencia a sus decisiones si éstas no son racionales (poder arbitrario). De ahí que el poder político, sea o no legítimo en su origen, busque hacerse obedecer sin necesidad de acudir a la fuerza, dotando de racionalidad a sus decisiones cotidianas.

Pues bien, como quiera que la *legitimidad de origen* se tiene o no se tiene, pero la *legitimidad de ejercicio* puede lograrse racionalizando las decisiones, se denomina, en Politología, *legitimación* a la acción y efecto de conferir *legitimidad de ejercicio* al poder político, dotando a sus decisiones cotidianas de la racionalidad que precisan.

Existen diversos medios de conferir *legitimación* (como la participación ciudadana en las decisiones o una acertada política de comunicación de las mismas que facilita su aceptación social), pero uno de los principales es, sin duda, la función consultiva, en cuyo ámbito la *legitimación* expresa el efecto de refuerzo que, a la decisión (sea o no normativa) pretendida por el consultante, presta un dictamen favorable, es decir, que se ha pronunciado en el sentido de que dicha decisión se ajusta a Derecho (es jurídicamente razonable) y de que, por tanto, de adoptarse, no constituirá una mera aplicación de la *potestas*, sino también de la juridicidad vigente según el criterio de un alto órgano investido del prestigio jurídico que sólo le ha conferido su propia *auctoritas* en asuntos jurídicos.

Esta función de refuerzo se proyecta sobre todos los complejos orgánicos que conforman la estructura institucional del Estado de Derecho, como los que integran los clásicos Poderes Legislativo, Ejecutivo o Judicial e incluso los que se sitúan en otros ámbitos, como el Tribunal Constitucional o el propio Consejo de Estado.

C) La función consultiva como refuerzo al Poder Legislativo.

1/ Apoyo a la función legislativa.

Los AOC suplen con su elevada cualificación técnica la *posible impericia jurídica* de los parlamentarios; evitan con sus dictámenes fundados en Derecho inútiles discusiones sobre meros aspectos técnico-jurídicos; y contribuyen así a que los debates de las Cámaras se centren en los aspectos sustantivos de las grandes decisiones políticas y sociales inherentes a la labor legislativa.

Por otra parte, la intervención de los AOC en los Proyectos y Propositiones de Ley supone un especial *cuidado por los aspectos de técnica legislativa*, descuidados con frecuencia por el legislador y, en suma, suponen un cierto *control de calidad* de los productos legislativos que, al no ser vinculante, respeta siempre la última decisión de los Parlamentos sobre el estilo y la técnica de legislar.

Los AOC autonómicos también asumen el *control de estatutoriedad* de los Proyectos legislativos correspondientes, lo que supone, desde luego, un *control preventivo de su constitucionalidad*, ya que los EEAA son normas incluidas en el denominado *bloque de la constitucionalidad* que no pueden ser interpretados con independencia del mismo.

2/ Apoyo a la función fiscalizadora.

Los dictámenes emitidos por los AOC sobre *Anteproyectos* de Ley aportan al Parlamento elementos adicionales para un *control indirecto del Gobierno* a través de las censuras que de los mismos puedan deducirse respecto al contenido de la iniciativa legislativa de que se trate y que no hayan sido solventadas razonablemente por el Ejecutivo antes de remitir a la Cámara el texto final del *Proyecto*.

En otras palabras, para evitar inútiles debates parlamentarios sobre lo dictaminado por los AOC, es preciso destacar que los dictámenes versan sobre los *Anteproyectos* (inicialmente aprobados por el Gobierno antes de su remisión al Parlamento), y no sobre los *Proyectos* (que el Ejecutivo definitivamente apruebe y remita al Parlamento tras introducir en ellos las correcciones o modificaciones que tenga por conveniente a la vista, en su caso, de lo dictaminado por el AOC); por lo que los eventuales debates que susciten estos dictámenes

deberían ceñirse, en rigor, a aquellos aspectos que, señalados o censurados por el AOC en el *Anteproyecto*, no hubieran sido tenidos en cuenta por el Ejecutivo en el *Proyecto* definitivamente aprobado y remitido a la Cámara.

Desde esta perspectiva, pues, los dictámenes incentivan, pero también canalizan y moderan, la discusión parlamentaria e ilustran los debates sobre los aspectos técnicos de los Proyectos y las razones del Ejecutivo para mantenerlos.

3/ Apoyo al funcionamiento parlamentario.

La normativa reguladora de los AOC autonómicos permite que varios de ellos emitan dictámenes, a instancia de las respectivas Cámaras parlamentarias, sobre cuestiones planteadas en el funcionamiento de las mismas al aplicar sus propios Reglamentos parlamentarios o de régimen interior.

En estos casos, los dictámenes (especialmente si versan sobre los llamados *interna corporis acta*, de difícil revisión judicial) producen, respecto a las decisiones de las Cámaras o de sus órganos (como la Presidencia o la Mesa), un efecto de refuerzo similar, *mutatis mutandis*, a los que, como veremos, se producen respecto a las decisiones que hayan sido consultadas por el Poder Ejecutivo.

D) La función consultiva como refuerzo al Poder Judicial.

El principio constitucional de unidad jurisdiccional (arts. 117.5 y 152.1 CE) convierte al Poder Judicial en único para todo el ámbito estatal. Además, los Tribunales son los encargados de controlar la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1 CE). De ahí que los AOC, cuyos dictámenes versen sobre aspectos de legalidad del ejercicio en el ámbito autonómico de la potestad reglamentaria o de la actuación administrativa, se conviertan en unos colaboradores cualificados, y de primer orden, con las funciones de control que competen a los Tribunales sobre esos aspectos.

1/ Como instancia de prognosis judicial, ilustración y prevención de litigios.

Los AOC realizan una labor de prognosis judicial ya que los dictámenes no son sino prefiguraciones de lo que un órgano judicial sentenciaría si el asunto consultado deviniera contencioso.

Esta íntima unidad entre lo consultivo y lo contencioso, sobre la que tanto insistía Santi Romano, supone una realidad orgánica en los países de régimen administrativo con jurisdicción *retenida o delegada* en los Consejos de Estado, como Italia o Francia, donde los supremos órganos consultivos son también los supremos órganos contenciosos.

En los sistemas, como el nuestro, donde las funciones consultivas se han escindido de las contenciosas, los dictámenes consultivos no cuentan con el refuerzo orgánico que hace suponer que el órgano que emite su parecer en vía consultiva, al ser precisamente el mismo que ha de fallar los asuntos en vía contenciosa, mantendrá, en el momento contencioso, una coherencia con sus propios criterios consultivos.

Sin embargo, esto supone una aporía de imposible solución ya que, si se opta por el modelo de jurisdicción contencioso-administrativa plenamente *judicializada*, no puede

mantenerse la unidad entre lo consultivo y lo contencioso, y, por el contrario, si se mantiene dicha unidad, no es posible optar por un modelo organizativo de jurisdicción contencioso-administrativa plenamente *judicializada*.

De ahí que nuestro sistema jurídico consista en un eventual control de legalidad, ejercitado *a priori*, a título de función consultiva *preventiva*, por los AOC, seguido, en su caso, de uno judicial *a posteriori*, es decir, *revisor* de lo previamente actuado por la Administración. Pero lo que ahora nos interesa es que, cualquiera que sea el modelo de régimen administrativo adoptado, los dictámenes consultivos cumplen una función de prognosis judicial que se traduce en un importante apoyo y refuerzo para las funciones jurisdiccionales, no sólo porque los dictámenes suponen una aproximación técnica de suma importancia para ilustrar y centrar, en su caso, los problemas litigiosos y el *thema decidendi*, sino también por la trascendencia que tienen en orden a prevenir y evitar litigios innecesarios ⁵¹.

2/ Como instancia de garantía previa o complementaria.

Otro de los apoyos prestados por los AOC al Poder Judicial consiste en que los mismos actúan en vía administrativa una importante *función garantista* para con los ciudadanos implicados en procesos judiciales que la jurisprudencia tradicionalmente ha venido exigiendo con rigor, consciente de su trascendencia para la prevención, eliminación y, en su caso, facilitación de los procesos.

Esta línea, extraordinariamente potenciada por la jurisprudencia preconstitucional subsiguiente a las grandes leyes administrativas de los años 50 y 60, sufrió alguna inflexión tras la entrada en vigor de la CE y el advenimiento de las CCAA, ya que algunas Sentencias comenzaron a relativizar la importancia de los dictámenes de los AOC y, en concreto, del Consejo de Estado, suscitando dudas, por un lado, sobre la preceptividad de su intervención en los procedimientos autonómicos, especialmente en materia de potestad reglamentaria, y, por otro, sobre la posibilidad de subsanar el defecto procedimental consistente en la omisión de los mismos mediante una sustitución por el propio Tribunal de las funciones garantistas encomendadas a los AOC. Pero, tras la STC 204/92, esta jurisprudencia debe considerarse superada, si bien la función consultiva requiere seguir contando con la colaboración del Poder Judicial e incentivarla mediante una creciente calidad en sus dictámenes ⁵².

3/ Como instancia de apoyo al control de la discrecionalidad administrativa.

Una de las competencias tradicionales de los AOC era el control preventivo de los actos políticos y discrecionales del Gobierno que estaban exceptuados de revisión judicial contencioso-administrativa. El sentido de la intervención de autoridad en estos casos era revestir a tales actos de la precisa racionalidad sin la que, simplemente, serían arbitrarios, con el correspondiente deterioro en la legitimación de ejercicio del poder Ejecutivo.

La jurisdicción contencioso-administrativa ha ido avanzando paulatinamente hacia un riguroso control (incluso se ha hablado de un *imperialismo jurisdiccional*) de la discrecionalidad por el que ha ido sometiendo a un cerco cada vez más estrecho al núcleo de actuaciones judicialmente irrevisables, hasta prácticamente reducirlo a la nada.

La polémica sobre la *discrecionalidad técnica*, el *poder de sustitución* de la jurisdicción contencioso-administrativa, la reducción progresiva de la excepción de *acto político* y la revisabilidad de las decisiones adoptadas en base a habilitaciones legales genéricas, técnicas,

finalistas o implícitas, e incluso de los actos de clasificación o desclasificación de secretos oficiales, constituyen los últimos capítulos de este progresivo control integral de la actuación del Poder Ejecutivo por el Judicial.

Pues bien, en esta tendencia, los órganos judiciales pueden contar con un inestimable apoyo y refuerzo por parte de los AOC en orden a delimitar los principales conceptos jurídicos indeterminados, definir los límites de los Poderes implicados, presentar los intereses públicos y privados afectados, y hacerlo con la objetividad e independencia que les caracteriza, que resulta tanto más necesaria en una cuestión tan sutil y controvertida, donde es, por tanto, imprescindible el criterio de *auctoritas*.

E) La función consultiva como refuerzo al Poder Ejecutivo (Gobierno y Administración).

Siendo trascendentes, y mucho, las abocetadas funciones de apoyo a los Poderes Legislativo y Judicial, es claro que las principales y más tradicionales competencias de los AOC son las de refuerzo al Poder Ejecutivo (englobando aquí al Gobierno y a las Administraciones públicas, en los ámbitos central, autonómico y local).

1/ Refuerzo al Gobierno en sus potestades normativas.

El Gobierno central tiene constitucionalmente reconocida la iniciativa legislativa (art. 87.1 CE.) que ejercita mediante la aprobación definitiva y remisión a las Cámaras de *Proyectos de Ley*. Esta potestad aparece recogida por igual en los distintos EEAA. Sin embargo, en esta materia existen algunas diferencias entre la posición del Gobierno central y los autonómicos, ya que el primero debe ajustar la elaboración de los correspondientes Anteproyectos a las disposiciones de la Ley del Gobierno que, en lo referente al procedimiento especial para la elaboración de disposiciones generales⁵³, no prevé la intervención preceptiva del Consejo de Estado, mientras que varias leyes reguladoras de los Gobiernos autonómicos han previsto, aunque con diversos matices, la intervención de sus respectivos AOC para dictaminar tales Anteproyectos. Pues bien, en esta materia, el AOC ejercita la función de control preventivo de *constitucionalidad*, en cuanto que vela por la observancia de la CE y resto del *bloque de la constitucionalidad*, y se comporta también como un *Tribunal preventivo de garantías estatutarias*, en cuanto que también vela por la observancia del respectivo Estatuto de Autonomía, esto es, en cuanto que ejerce un control preventivo de *estatutoriedad*.

La función consultiva comprende también los *Proyectos de Decretos Legislativos* que los Gobiernos elaboren por delegación de los Parlamentos. En estos casos, los AOC velan por el ajuste de la labor legislativa del Gobierno a las bases y principios señalados por las Cámaras y, en este sentido, su dictamen supone, no sólo una garantía (para el Gobierno y los ciudadanos) del acierto y regularidad de estos productos normativos, sino también una vía de control de la legalidad de los mismos contra el vicio de normación excesiva o extralimitada (*ultra vires*) con respecto a la previa delegación parlamentaria. Estos dictámenes pueden así constituir una de esas *fórmulas adicionales de control* a que alude el art. 82.6 CE. y, en todo caso, suponen un indudable refuerzo de las funciones del propio Parlamento y de los Tribunales en esta materia.

En cuanto a los *Reglamentos*, la función consultiva de los AOC asegura a los Gobiernos la primacía de la CE, la observancia de los EEAA y del principio de legalidad en el ejercicio de su potestad reglamentaria, que debe siempre acomodarse a la CE y las leyes (art. 97 CE.). Además, introduce un importante factor de racionalidad en la elaboración de estas normas, exigiendo rigor en la introducción de disposiciones generales de rango reglamentario en el ordenamiento

jurídico. Esta racionalización se consigue supervisando los aspectos meramente formales de los textos normativos, tales como la regularidad del procedimiento de elaboración, la técnica legislativa o la mera redacción gramatical; pero también vigilando los aspectos de fondo, como la observancia de la *legalidad, estatutoriedad y constitucionalidad* de los preceptos proyectados. En todo caso, los dictámenes sobre reglamentos facilitan al Gobierno una visión general sobre el ejercicio de su potestad reglamentaria y su función de coordinación de la labor normativa de los distintos Departamentos.

2/ Refuerzo a las funciones ejecutivas y directivas del Gobierno.

El art. 97 CE y otros homólogos de los EEAA y de las Leyes institucionales de las CCAA, atribuyen al Gobierno, no sólo la potestad reglamentaria, sino también la dirección de la política y de la Administración pública, así como el ejercicio de la función ejecutiva, todo ello de conformidad con la CE y las Leyes.

Pues bien, los AOC garantizan el ajuste, a la CE, a los respectivos EEAA y a la legalidad ordinaria, de toda la actuación ejecutiva del Gobierno. En este sentido, sus dictámenes se comportan como una especie de *advertencia de ilegalidad* que se brinda al Gobierno como una opinión autorizada, objetiva y rigurosamente independiente, para evitarle censuras ulteriores ante una eventual revisión jurisdiccional, el control parlamentario o el de la opinión pública.

La función consultiva también refuerza al Gobierno en su papel de *dirección y control de la Administración pública*. En este sentido, los AOC prestan al Gobierno un magnífico apoyo para el *control y moderación de la burocracia*, según el antiguo modelo de dominar a unos técnicos por medio de otros y para imponer en la Administración los principios constitucionales de objetividad, eficacia y coordinación (art. 103.1 CE), en contra del surgimiento de ancestrales vicios, como son las *culturas* administrativas sectoriales, el corporativismo funcional o la tecnocracia.

De ahí, a mi juicio, la importancia que tiene el dotar a estos AOC de una *amplitud de criterio* para que, no sólo se ciñan a los aspectos estrictamente jurídicos, sino que (empleando, en beneficio de todos los poderes públicos y de la ciudadanía, el cúmulo de saberes y experiencias de Estado y autonómicas que suelen atesorar sus componentes) puedan éstos verter en sus dictámenes, mociones y memorias (siempre con la precisa moderación y autoconstricción), juicios de oportunidad o conveniencia y criterios de Ciencia de la administración y de la Sistemología, para la mejora de la actuación del Poder Ejecutivo en la senda prevista por la CE, los EEAA y las leyes.

3/ Refuerzo y apoyo a la Administración pública.

Los AOC se presentan ante la Administración pública (estatal, autonómica y local) ejerciendo, en la terminología italiana de Sandulli ⁵⁴, una *función pública neutral*, esto es, representando el *interés de la legalidad*, por encima de cualesquiera otros condicionantes políticos, económicos o sociales que pudieran oscurecerlo en el procedimiento o en el actuar administrativos.

Los dictámenes recuerdan enérgicamente a la Administración que su labor ejecutiva debe siempre realizarse *con sometimiento pleno a la Ley y el Derecho*, tal y como establece el art. 103.1 CE, circunstancia que, por más que sea unánimemente compartida desde el punto de vista teórico en las democracias occidentales, no deja de olvidarse con no menos frecuencia en el

actuar cotidiano, donde la Administración debe adoptar decisiones valorando una multitud de aspectos, intereses y perspectivas.

Desde luego, como han demostrado los teóricos de la Ciencia de la Administración, la decisión administrativa es fruto de un cúmulo o *pool* de racionalidades de distinto tipo ya que el acierto depende muchas veces de condicionantes, no sólo jurídicos, sino también económicos, políticos o sociales de muy diversa naturaleza, procedencia e intensidad. La razón estriba en que toda decisión versa siempre sobre un sistema previo en el que la realidad está organizada y que se pretende transformar, y todo sistema es fruto de estructuras que no sólo son jurídicas. El arte de gobernar es, pues, complejo. Pues bien, la función de los AOC consiste precisamente en aportar a la decisión el *momento de la juridicidad*, la reflexión jurídica sobre lo legal, sobre lo ajustado a Derecho, el juicio de *constitucionalidad*, de *estatutoriedad* o de mera *legalidad*. En suma, consiste en *presentar y representar ante la Administración el interés de la ley*, de esa ley a la que la Administración está constitucionalmente vinculada en forma plena.

Por tanto, función *neutral*, sí, en cuanto que procede de organismos objetivos e independientes, y en cuanto que no representa otro interés espurio sino el único y simple interés de la ley; pero no función *neutra*, ya que supone siempre para la Administración pública una advertencia, un recordatorio, una constatación de su carácter vicarial (*ancilla legis*), de su vinculación esencial y plena al Derecho, a lo que hay que añadir una constatación de sociología jurídica cual es la de que estos AOC operan para con la Administración pública, como instancia de refugio y de respeto: i) lo primero porque su presencia sirve para residenciar ante los mismos todos aquellos *asuntos arduos* a que se refería nuestra legislación histórica⁵⁵ y que son, en verdad, incómodos para la Administración que, de esta forma, se desembaraza de ellos remitiéndolos al dictamen de un AOC independiente que asume, en definitiva, la responsabilidad de su enfoque o resolución definitivos; y ii) lo segundo porque los dictámenes de estos AOC, al estar trascendidos de *auctoritas*, imponen, literalmente, *respeto* a la Administración, y suponen censuras, directrices o criterios que no pueden ser obviados por los gestores públicos sin quedar, *eo ipso*, desautorizados, y ello aunque los dictámenes que los contengan no sean ni vinculantes ni preceptivos.

Se aprecia, pues, también en el caso de la Administración pública, una función de *legitimación* de la actuación administrativa a la que, en cuanto que potestad pública, los AOC apoyan con el prestigio de su autoridad o desautorizan con el razonado peso de sus censuras. Así puede comprenderse, pues, en profundidad porqué los dictámenes de los AOC pueden servir de *motivación* a los actos administrativos y porqué es preciso *motivar* expresamente los actos que se separen de sus criterios (art. 88.6 LPAC'15).

F) La función consultiva como refuerzo entre los AOC autonómicos y el Consejo de Estado.

La creación de AOC en 16 CCAA, especialmente a raíz de la STC 204/92, ha provocado una abundante bibliografía, de muy desigual calidad, centrada en distintos problemas previos por los que confieso no sentirme apasionado, como la posibilidad constitucional, la diversidad institucional y la homologabilidad de los AOC autonómicos con el Consejo de Estado⁵⁶, cuando lo relevante, en mi criterio, es la implementación de refuerzo entre las diversas altas instancias consultivas operantes en el Estado autonómico.

1/ La posibilidad constitucional.

Una primera cuestión es la de la *posibilidad constitucional* de la creación de los AOC autonómicos; pero este asunto ha sido resuelto por la precitada STC 204/92 que dejó bien claro que las CCAA, en uso de sus potestades de auto-organización, pueden crear AOC que, dotados de las mismas garantías de objetividad e independencia de criterio que el Consejo de Estado, *sustituyan* a éste en sus funciones sobre aquellas materias en las que las CCAA hayan asumido competencias, en el bien entendido de que, allí donde tales AOC no existan o no sean creados, o en la medida que sus competencias no alcancen a las actualmente atribuidas por la legislación vigente al Consejo de Estado, continuará siendo preceptivo acudir a los dictámenes de éste último, en los mismos términos que establezcan las correspondientes disposiciones, ya que el Consejo de Estado, pese a que el art. 107 CE no instaura a su favor una reserva constitucional de toda la alta función consultiva pues lo configura como órgano asesor *del Gobierno (Oberstaat)*, sin embargo, está diseñado por el constituyente al servicio de la “concepción global del Estado” (*Gesamstaat*) que la CE instaura, esto es, comprendiendo también a las CCAA (*Gliedstaat*), en la medida en que éstas no lo desplacen mediante sus propios AOC.

2/ La cuestión de la diversidad institucional.

Un segundo aspecto es el de la *diversidad* de modelos autonómicos de AOC; pero ello es lógica consecuencia de la impecable doctrina sentada por la STC 204/92 que, a un tiempo, ha resituado la posición institucional del Consejo de Estado, y preservado las potestades auto-organizadoras de las CCAA, junto con el mantenimiento generalizado de una garantía procedimental común; de ahí que las CCAA hayan podido configurar sus propios AOC con arreglo a diversos modelos institucionales ⁵⁷:

-De una parte, nos encontramos con Ceuta y Melilla que, al no ser CCAA, sino *Ciudades autónomas*, no pueden crear sus propios AOC y siguen teniendo que acudir al Consejo de Estado. La posición constitucional de estas Ciudades es de *ius singulare*, por lo que, en mi criterio, no puede emplearse como ejemplo a seguir por las CCAA ni mucho menos por el Estado central con el objeto de aplicarlo como precedente para minorar las potestades autonómicas de auto-organización o para apoyar una aplicación supletoria del Derecho estatal en otras partes del territorio nacional.

-Por otro lado, destaca el caso de la *CA de Cantabria* que sigue negándose a cumplir el mandato de su propio Estatuto de Autonomía (art. 38) para crear un AOC propio y, por tanto, no ha desplazado al Consejo de Estado en su legislación y debe seguir acudiendo al mismo. La opción no puede, pues, considerarse ejemplar.

-En tercer lugar, es de citar la *CA de Cataluña* que mantiene, por un lado, una *Comisión Jurídica Asesora* (heredera de la que, con igual denominación, creó la Generalidad en la II República, pero que ahora tiene funciones similares a las de los AOC de otras CCAA), y, por otro, el primeramente denominado *CC de Cataluña*, transformado (en la reforma estatutaria de 2006) en *Consejo de Garantías Estatutarias* (con funciones de control preventivo de *estatoriedad* y constitucionalidad de las iniciativas legislativas y salvaguarda de los derechos estatutarios).

-En cuarto lugar, puede aludirse a las *CCAA de Madrid, Extremadura y País Vasco*, que han encomendado la función consultiva a una *Comisión Jurídica Asesora* independiente, aunque incardinada en los propios Servicios Jurídicos, cuyos Letrados son los únicos integrantes de las mismas. Estimo criticable esta última opción ya que facilita el riesgo de no garantizar objetivamente la independencia orgánica y funcional que han de tener los AOC ⁵⁸.

-En quinto lugar, se sitúan las *restantes CCAA*, que, con la denominación de *Consejo* (Navarra), *Consejo Consultivo* (Andalucía, Asturias, Aragón, Baleares, Canarias, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Galicia y La Rioja) o *Consejo Jurídico Consultivo* (Murcia y Valencia) ha creado sus propios

AOC, desplazando así al Consejo de Estado en sus respectivos ámbitos espaciales (modelo de *sustitución*, no de *duplicidad*), una vez abandonado el fallido modelo de *alternatividad*⁵⁹ y desechado el modelo de *supresión* por recentralización⁶⁰.

3/ La cuestión de la homologabilidad.

Un tercer debate ha versado sobre si los AOC autonómicos son homologables o no al Consejo de Estado.

Desde luego, el Consejo de Estado, como se ha expuesto, es resultado de una compleja evolución histórica, puesto que comenzó asumiendo la jurisdicción *retenida* propugnada por el modelo napoleónico de lo contencioso-administrativo y, tras la ordenación judicial de 1870, terminó desempeñando la suprema función consultiva hasta la vigente CE de 1978.

Pero esa singularidad diacrónica se produjo en el marco de un Estado *unitario*, por lo que, una vez instaurado por la CE un modelo de Estado *compuesto* (en concreto, autonómico), la precitada STC 204/92 ha dejado claro que las CCAA pueden, a semejanza y con funciones similares a las del Consejo de Estado, crear sus propios AOC que *sustituyan* a aquél, en sus respectivos ámbitos competenciales, por lo que no existe *duplicidad* alguna entre ellos (doctrina ésta que ha sido asumida por el propio Consejo de Estado en su *Memoria* de 1993 y en sus dictámenes, por todos, el núm. 419/2016).

Además, la potestad constitucional de auto-organización ha posibilitado que las CCAA modulen las competencias de sus propios AOC y, aunque éstos presentan, por lo general, un *idem* competencial con el Consejo de Estado (p.e, dictámenes en materia de revisión de oficio, responsabilidad patrimonial o contratación administrativa), unos y otro manifiestan también un *plus* de atribuciones que los diferencia (p.e, varios AOC dictaminan preceptivamente sobre Proyectos y Proposiciones de Ley, a diferencia del Consejo de Estado que carece de esta competencia; pero no pueden dictaminar sobre propuestas de Tratados internacionales, que, sin embargo, es una competencia tradicional del Consejo de Estado).

Por todo ello, la cuestión de la homologabilidad se reconduce a examinar si los AOC observan ciertos *parámetros institucionales* del Consejo de Estado resumidos en el estatuto jurídico que garantiza su objetividad, colegialidad, capacitación e independencia orgánica y funcional; y, para efectuar tal examen, ha de repararse en que, cuando la STC 204/1992 reconoció que las CCAA estaban habilitadas para crear sus propios AOC autonómicos, en rigor, construyó tal habilitación con la sutil técnica constitucional de las *garantías institucionales*; de suerte que las leyes creacionales de tales AOC tuvieran que respetar el precitado estatuto jurídico que históricamente ha constituido la *imagen* institucional del Consejo de Estado; pero sin exigir una mimesis exacta de su singular organización, composición y funcionamiento sinodales. Y, así planteada la cuestión, es obvio que tales parámetros estatutarios han sido respetados por los distintos AOC autonómicos que se han creado.

4/ La implementación entre altas instancias consultivas.

Entiendo, pues, que lo trascendente en este asunto, no es la homologabilidad o no de los AOC autonómicos con el Consejo de Estado, sino la virtualidad de aquéllos para implementar sus funciones con las de éste e incluso reforzar la posición institucional del mismo, pues, estando unos y otro al servicio de las mismas finalidades, no pueden ser interpretados como

antagonistas, sino como leales colaboradores en la alta función consultiva del Estado constitucional de Derecho.

En efecto, al igual que el Consejo de Estado en el ámbito estatal, los AOC autonómicos han logrado, en sus respectivos ámbitos, la creación, conservación y aplicación auténtica de un *corpus* uniforme y coherente de *doctrina legal* que puede ser contrastada con la de otros AOC y con la del Consejo de Estado. De esta concurrencia, cotejo y contraste de dictámenes sólo puede advenir un reforzamiento de las mutuas posiciones institucionales y un evidente enriquecimiento de la doctrina consultiva sobre el *bloqueo de la constitucionalidad*, la legalidad y la racionalidad de todos los poderes públicos contemplados en la CE.

Por otro lado, el Consejo de Estado y sobre todo los AOC son susceptibles de marcar el derrotero y las pautas de la evolución futura de la alta función consultiva, ya que es propio de la dinámica institucional de las organizaciones nacientes ensayar *nuevas competencias, y distintas formas organizativas y funcionales*.

G) La función consultiva autonómica como refuerzo al Tribunal Constitucional.

Si las funciones que los AOC autonómicos comparten con el Consejo de Estado les acercan a éste, las que conforman ese *plus* competencial a que antes aludíamos, más bien los aproximan al TC.

En efecto, la competencia para dictaminar el ajuste o no a los EEAA de los *Proyectos y Proposiciones de Ley*, a iniciativa de los Gobiernos o Parlamentos autonómicos, supone que los AOC que la tienen atribuida asumen una clara función de tutela de la *estatutoriedad* de la legislación autonómica, por lo que, como antes se indicó, tienden a comportarse como unos *Tribunales preventivos de garantías estatutarias*, lo que, sin duda, les aproxima a la posición institucional del TC y, al insertar a los AOC en el procedimiento legislativo, hace aconsejable que estos AOC tengan relevancia estatutaria ⁶¹.

Como ya hemos examinado, el control de *estatutoriedad* exige un examen del contexto estatutario, por lo que se reconduce siempre a una consideración global del *bloqueo de la constitucionalidad* operativo a efectos autonómicos y en el que los EEAA se incluyen. De esta manera, dicho *bloqueo* va a ser examinado, directamente y por principio, en el TC; y, de manera indirecta y como consecuencia de sus funciones de tutela de la *estatutoriedad*, en los AOC autonómicos. A través de estas funciones de control de la *estatutoriedad* no resucita el fenecido *recurso previo de inconstitucionalidad*, pero se posibilita que los AOC realicen una *función de control preventivo de constitucionalidad*, que se implementa con la que el TC está llamado a efectuar *a posteriori*.

Por otro lado, los dictámenes de los AOC, en cuanto versan sobre la interposición de recursos ante el TC, cumplen una *función preventiva de litigios constitucionales*, pues evitan los innecesarios o poco fundamentados y canalizan hasta el TC sólo aquéllos que ofrecen motivos suficientemente motivados de inconstitucionalidad.

En esta línea, corresponde a los AOC autonómicos aportar ideas, argumentos y soluciones alternativas al TC, en la medida en que sus dictámenes sean empleados como fundamentación por las partes legitimadas en los procesos constitucionales. Cumplen así estos AOC una labor de información previa y de potenciación de la fase preparatoria de los procesos constitucionales, remedando así al previo debate, social y especializado, que se suscita, con la técnica del

certiorari, en los países de jurisdicción constitucional concentrada (en un órgano no especializado exclusivamente en cuestiones constitucionales, como es el caso del TS de EE.UU).

La propia LOCT (arts. 75 *bis*, *ter*, *quater* y *quinquies*) reconoce la preceptiva intervención de los AOC autonómicos antes de iniciar el proceso constitucional en *defensa de la autonomía local*, recogiendo así el precedente de las diversas legislaciones autonómicas que requieren el dictamen previo de sus propios AOC para el planteamiento de *conflictos constitucionales*.

Para las CCAA como partes litigantes en los distintos procesos constitucionales, los dictámenes de sus respectivos AOC refuerzan las argumentaciones de los Servicios jurídicos encargados de defensa jurídico-constitucional y sirven de contrapeso a los homólogos que, en apoyo de las posiciones procesales del Gobierno central, puedan representar los dictámenes del Consejo de Estado a que se refiere el art. 22.6 LOTC ⁶².

Finalmente, la función consultiva de estos AOC tenderá a *blindar* constitucionalmente las decisiones autonómicas y a construir un cuerpo de *doctrina legal* en la línea de la *interpretación autonomista de la CE* que modere los excesos de otras interpretaciones alternativas, como la neo-centralista o la nacionalista ⁶³.

H) La función consultiva como *garantía* para los ciudadanos.

Desde la perspectiva de los ciudadanos, los AOC operan como una relevante garantía jurídica. La *jurisprudencia preconstitucional*, recaída sobre las grandes Leyes administrativas de los años cincuenta y sesenta que preveían la intervención del Consejo de Estado en diversos procedimientos de más trascendencia para los administrados (como la revisión de oficio de actos favorables, la modificación de contratos administrativos o la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas), destacó la *función de garantía para los ciudadanos* que representa la inserción del dictamen del Consejo de Estado en los expresados procedimientos, por lo que su ausencia se sancionaba con la nulidad de la resolución administrativa correspondiente y el procedimiento debía retrotraerse al momento en que debió solicitarse el dictamen omitido.

Como he señalado al exponer las funciones de refuerzo que los AOC prestan al Poder Judicial, esta función de garantía quedó un tanto oscurecida en la primera jurisprudencia postconstitucional, pero ha vuelto a ser resaltada por la jurisprudencia actual y por la doctrina académica que incluso sugiere: i) atribuir a los AOC *funciones pre o para-judiciales de composición voluntaria de intereses* entre la Administración y ciudadanos como *vía alternativa a la contencioso-administrativa* para la resolución verdaderamente independiente de los conflictos administrativos; y ii) reforzar la garantía que supone la preceptividad del dictamen de los AOC en los tradicionales procedimientos de *revisión de oficio* de actos administrativos, *responsabilidad patrimonial* y *contratación administrativa*, sin sujetarla a excesivos límites cuantitativos.

4. *Ad pulchrum*. La función consultiva y el estilo.

A) Concepto.

Estilo es un término que presenta significados distintos según el ámbito al que sea referido (el DRAE que ofrece más de 12 acepciones y varias derivaciones de este vocablo) y, además, la evolución semántica de las mismas revela una sublimación del concepto que, de significar

objetos materiales, pasa a recoger aspectos metafísicos, éticos y estéticos de profundo calado. Ahora sólo me refiero al *Estilo consultivo* entendido como la **manera elegante que los juristas pueden conseguir en la manifestación de los dictámenes** que, individual o colectivamente, emitan, **si observan en su confección ciertas pautas de calidad para que sean**, a la vez, **claros, precisos, sobrios y jurídicamente impecables**.

El *estilo consultivo*, referido a los dictámenes, no debe ser confundido con la *Técnica normativa*, referida a la disposiciones jurídicas (legales o negociales), aunque lograr la calidad y excelencia en los textos jurídicos sea fin común de ambas disciplinas.

B) Topología.

En cuanto a la inclusión del *estilo consultivo* en la *Enciclopedia jurídica*, puede partirse de la clásica división entre la *Dogmática jurídica* (centrada en las normas textuales que han de ser aplicadas), la *Axiología jurídica* (centrada en los valores que deben ser respetados en toda normativa) y la *Sociología jurídica* (centrada en el influjo mutuo entre normatividad y sociedad). Además, debe reconocerse que esos tres ámbitos son *diacrónicos* (en cuanto que presentan una perspectiva histórica y prospectiva). Esto dicho, más bien parece que el *estilo consultivo* se encuadra en la *Dogmática jurídica*. Ahora bien, ésta comprende las denominadas *Teorías* de los *objetos* y de las *actuaciones* jurídicas. A su vez, ésta última comprende el análisis de tres actuaciones típicas, como son la *producción*, la *interpretación* y la *aplicación* de las normas jurídicas. Pues bien, puede concluirse que el *estilo consultivo* ha de ser incardinado en la *Teoría de la aplicación de las normas jurídicas*.

En efecto, ésta se ocupa de las actuaciones que tienen por objeto subsumir una concreta realidad fáctica (*fattispecie*), en el supuesto de hecho (*tatbestand*) contemplado con carácter general por una norma jurídica, para atribuir a dicha realidad la consecuencia jurídica (*recht folge*) prevista en la norma correspondiente. Tales actuaciones aplicativas de normas jurídicas se plasman en sentencias judiciales, laudos arbitrales, actos administrativos, informes u otros documentos jurídicos, como son los dictámenes a cuya forma se refiere el *estilo consultivo*.

C) Exigencias técnicas del estilo consultivo.

Como ideal deóntico, el *estilo consultivo* emana del cumplimiento de diversas exigencias técnicas o de primer nivel, como son las de fundamentar, reflexionar y ordenar, antes de redactar y corregir. Estas exigencias se polarizan en torno los conceptos de punto (*punctum*) y reiteración (*iterum*). El primero presenta un triple sentido locativo, identificativo y estético.

-El sentido locativo, expresa que, al redactar un dictamen, es preciso ordenarlo, pautarlo, determinar qué se va a decir y el lugar adecuado para decirlo, de suerte que el lector esté siempre ubicado en el punto (*punctum*) del razonamiento fáctico y jurídico en que se encuentra. No puede orientar quien está desorientado. Por eso, la orientación general, la señalación de hitos y divisiones, el orden lógico y concatenado de los razonamientos, son valores en los que estriba el *Estilo consultivo*.

-El sentido identificativo, revela que el dictamen debe resaltar cualquier aspecto de la cuestión que resulta destacable (*punctum saliens*) o polémico (*punctum ardens*), especialmente el *quid iuris*, esto es, el núcleo jurídico central del problema que es preciso descubrir, aislar y desentrañar para resolver un caso y al que sólo se puede acceder eliminando mentalmente los aspectos fácticos y jurídicos accesorios. Buena parte del *ars iuris* estriba precisamente en no dejarse arrastrar por señuelos y fijar con precisión la cuestión jurídica crucial a la que ha de dirigirse la *ratio decidendi*.

-El sentido estético, apela a intuiciones emocionales y sugestivas⁶⁴. Trasladando este sentido a los dictámenes, puede afirmarse que el *Estilo consultivo* requiere, como mínimo, un *studium* que analiza, ordena y presenta racionalmente el problema jurídico analizado, permitiendo que sea aprehendido, como discurso racional y sistemático, por el consultante y por cualquier lector lego en Derecho, con los meros instrumentos lógicos de intelección que le proporciona el medio cultural en que se emite. Pero, la calidad consultiva requiere un *plus* para lograr la excelencia, que consiste en ese *punctum* que hace conectar emocionalmente al emisor y al receptor del dictamen merced a la fuerza motriz del convencimiento (*vis convictiva*) que late en el fondo y forma del mensaje comunicacional que encierra.

En cuanto a la *reiteración*, es una exigencia requerida para que la función consultiva tenga eficacia en los ámbitos administrativos y burocráticos en que inciden los dictámenes, pues la doctrina consultiva contenida en ellos debe ser formulada con claridad y precisión, pero también reiterada, lo que se logra empleando, una y otra vez (*iterum atque iterum*), idénticas argumentaciones e incluso las mismas frases y formas de expresión.

Por supuesto, el dictamen ha de estar atento siempre a la novedad (el *aliquid novi*) que presenta el caso; y también debe estar abierto a eventuales giros o variaciones doctrinales que pueden convertir un dictamen en paradigma o precedente (*leading case*) de una nueva doctrina consultiva.

Pero no todo son novedades. Hay muchas ideas que deben ser repetidas. Por eso, entiendo que, si los asuntos dictaminados son similares, el *Estilo consultivo* ha de tener, moderadamente, algo de formulario, en el sentido de comunicar la doctrina mediante *fórmulas de estilo*⁶⁵ para que la Administración consultante aprecie que es criterio consolidado y para que el propio AOC cuide su exacta formulación sin confusiones. No se trata de adoptar modelos normalizados de dictámenes ni de estandarizar la función consultiva, sino de proporcionar seguridad jurídica acuñando arquetipos de formulación doctrinal que cristalicen en precedentes susceptibles de cita y observancia posteriores.

D) Características institucionales del estilo consultivo.

El estilo consultivo presenta, por lo demás y entre otras, las siguientes características institucionales que lo modulan:

1/ Sinodalidad.

La sinodalidad *consultiva* alude a la peculiar configuración de los AOC que resulta de las siguientes características: i) ser pluripersonales e integrados por expertos y prestigiosos juristas; ii) estar dotados de independencia orgánica y funcional; iii) aparecer investidos de *auctoritas*; iv) encontrarse destinados institucionalmente a dictaminar en Derecho; v) presentar una organización interior (eventualmente estructurada en Ponencias, Secciones, Comisiones y Pleno) que facilita la decantación de los dictámenes; vi) ajustarse a un procedimiento peculiar para la formación de la voluntad consultiva transpersonal que se condensa en el dictamen.

Diacrónicamente, la *sinodalidad* trae causa del sistema *polisinodial* del Antiguo Régimen. Sin embargo la división de poderes impide cualquier evocación de aquellos antiguos Consejos que ejercían la gestión íntegra (legislativa, ejecutiva y judicial) de los asuntos de su competencia. Así, en los Estados constitucionales, la *sinodalidad* se limita a constituir un valioso legado institucional para recordar la íntima relación que existe entre lo consultivo y lo contencioso. Esta relación deriva de la interpretación continental de la división de poderes que atribuyó al Consejo de Estado lo contencioso-administrativo como jurisdicción *retenida*. Por eso, resulta

especialmente necesario conservarla en los Estados que, como el nuestro, presenta una revisión contencioso-administrativa *judicializada*.

Por otro lado, esta nota diferencia a los AOC de otras formas de asesoramiento jurídico (como las internas de cada uno de los Poderes estatales) y también de la sinodalidad *canónica*⁶⁶ e incluso de la *colegialidad* de las instituciones romanas de la época republicana⁶⁷.

La sinodalidad *consultiva* se plasma en especialidades orgánicas y funcionales que la configuran como una modalidad *sui generis* de actividad jurídico-pública (distinta a la administración *activa* y de la *fiscalizadora*); pero no es un patrimonio institucional reservado al Consejo de Estado, sino una característica generalizable a todos los AOC, porque es propia de la alta función consultiva y, por ello, se trasvasa a sus dictámenes como una dimensión integrante del *Estilo consultivo*.

En su aspecto *organizativo*, la sinodalidad *consultiva* explica la estructuración de los AOC en órganos internos de estudio (Ponencias), preparación (Secciones), debate (Comisiones) y aprobación (Pleno) de los dictámenes; de suerte que, si bien la potestad de auto-organización puede determinar una diferente distribución de competencias entre los mismos e incluso la inexistencia de algunos de ellos (como, p.e, las Secciones o las Comisiones), la peculiar organización interna de los AOC revela y posibilita, en todo caso, su externalidad, objetividad e independencia con respecto a los órganos consultantes.

En su faceta *funcional*, la sinodalidad *consultiva* alude al especial procedimiento de elaboración de los dictámenes, esto es, a la singular forma de proceder que caracteriza a los AOC. Así, la expresión *ordo procedendi* se aplicaba ya a la forma de celebrar los Concilios toledanos con un significado rituario, organizativo y ceremonial. En la baja Edad Media, se empleó el término *estilo* para aludir tanto a la forma de celebrar las Cortes en los viejos Reinos españoles, como al *usus fori* seguido de la corte judicial regia y plasmado en las famosas *Leyes del Estilo*. En suma, no cabe dudar de que la observancia del procedimiento y del protocolo era esencial en las instituciones legislativas, judiciales y gubernativas del Antiguo Régimen. Por eso, los Consejeros, Letrados, Escribanos y Secretarios se esforzaron, durante toda la Edad Moderna española, en escribir sesudos volúmenes sobre la “observancia, práctica y estilo” que debía observarse en cada uno de los órganos que formaban la maquinaria gubernamental de los Austrias que, aun aligerada, primero, por las sugerencias de los arbitristas, y, luego, por las reformas borbónicas, se mantuvo, sustancialmente, hasta 1833⁶⁸.

Pues bien, no pocas de las normas de funcionamiento del Consejo de Estado y, por derivación, de los demás AOC, proceden del *modus operandi* sinodal de las instituciones de consulta y gobierno del Antiguo Régimen con las que los Reyes proveían y proveían los asuntos de gracia y justicia, los casos de corte y, en suma, el regimiento de la Monarquía hispánica. En consecuencia, la sinodalidad de los AOC demuestra, que el *Estilo consultivo* se encuentra también entroncado con nuestra tradición rituarial y que no puede olvidar nunca las ideas de orden y método ínsitas en el concepto de protocolo.

2/ Prognosis.

Antes he recordado que es mérito de Santi Romano haber señalado que el dictamen consultivo es una prefiguración de la sentencia que, presumiblemente, recaería sobre el asunto consultado si éste deviniera litigioso. Ocupa, pues, el dictamen una posición previa a la

contenciosa que corresponde a la fase pre-judicial que representa el propio AOC que lo emite. Ello implica que dictaminar supone una prognosis de la eventual sentencia y que la función consultiva forma parte, en ese sentido, de la Prospectiva jurídica. Requiere, pues, el *Estilo consultivo* que el AOC dictaminador se sitúe en línea con el razonamiento judicial que, eventualmente, ha de sucederle.

3/ Tipicidad.

El dictamen de los AOC es un acto jurídico peculiar, pues sus características (colegialidad, sinodalidad, impersonalidad, objetividad institucional, independencia, escritura, prognosis, carácter último, *auctoritas*, etc) lo constituyen como una forma *típica* de escrito jurídico, distinta de otras formas escritas de aplicación y comunicación del Derecho. El dictamen presenta, pues, una especial *tipicidad*. Por eso, el *Estilo consultivo* requiere respetar las características tipológicas del dictamen como forma peculiar de texto jurídico. Un dictamen no puede ser construido como una tesis doctoral, una lección magistral o una alegación en estrados; pertenece a un género distinto de literatura jurídica; y, por ello, el *Estilo consultivo* debe preservar ese carácter *sui generis* que el dictamen tiene en el panorama de los escritos jurídicos.

En especial, debe cuidarse que el dictamen no presente un estilo procesal parecido al de las sentencias judiciales o al de los laudos arbitrales dictados en Derecho. El peligro de asimilación estilística de los dictámenes a estos dos últimos actos jurídicos decisorios es real por dos principales motivos: el esquema silogístico del razonamiento judicial⁶⁹ y la configuración pre-contenciosa de lo consultivo. Ambas circunstancias coadyuvan a construir los dictámenes con la técnica argumental y discursiva propia de las sentencias judiciales, hasta el punto de que es general, en la normativa reguladora de los AOC disponer que los dictámenes se pronuncien con claridad sobre la consulta, tras una narración expositiva del material fáctico aportado en el expediente, y una explicación pormenorizada de las normas y criterios jurídicos aplicables.

Sin embargo, lo consultivo ofrece un ámbito de opciones mayor que lo contencioso. El dictamen puede y debe analizar las distintas posibilidades jurídicas de abordar el asunto consultado, pues trata de ilustrar a la autoridad consultante en su decisión y de reforzar a ésta con criterios jurídicos, pero no de suplantar o sustituir la decisión final del órgano administrativo o jurisdiccional competente. Por ello, los razonamientos consultivos pueden ser más amplios, más ricos, más matizados, más abiertos que los propios de una sentencia o un laudo, donde el juzgador está constreñido a dar una solución unívoca y definitiva a la litis.

En definitiva, el dictamen, aunque tiene un *idem* con otros textos jurídicos y, en especial, con las sentencias o laudos arbitrales, presenta un *plus*, una tipicidad propia que el *Estilo consultivo* debe reflejar.

5. Ad unum. La función consultiva y la reconducción del sistema a la unidad.

La enorme complejidad del Estado entendido como grupo social deriva de la magnitud de sus elementos estructurales (personas integrantes, ámbito espacial, poder político) y de las amplias y variadas actuaciones que en la actualidad se le atribuyen para la provisión de las cada vez más extensas necesidades sociales (como seguridad, educación, justicia o sanidad, entre otras). Esa dilatación de lo público que caracteriza a los modernos Estados sociales y democráticos de Derecho hace que, con frecuencia, sólo se teorice o analice alguno de sus aspectos jurídicos, económicos o sociales, olvidando la imprescindible visión holística que el

Estado, como cualquier otra realidad, requiere para ser entendida en el ámbito universal de cognición que requiere el sistema-mundo y que, desde luego, sólo aporta la Filosofía cuando no olvida la unidad esencial del todo que emerge desde el fondo del conocimiento de cualquiera de sus partes.

La función consultiva no pretende tanto, pero sí le compete, en su propio ámbito, situarse en línea con esa titánica labor de la Filosofía por explicar racionalmente el mundo y descubrir su unidad radical. De ahí que los AOC tengan también como misión primordial o de fondo descubrir la unidad trascendental que late tras los asuntos que se les consultan para inferir de ella las pautas, jurídicas y, en suma, racionales, que los explican, justifican y permiten, en suma, enmarcarlos en los sistemas más amplios a los que pertenecen o con los que se relacionan, para así presentarlas como criterios aconsejables de actuación. En otras palabras, la función consultiva alcanza su dimensión más profunda cuando, una vez detectado y aislado un problema jurídico, proyecta sobre el mismo una *visión holística* que, de una manera progresiva, lo enmarca en la institución jurídica a la que pertenece y, ubicada ésta en la rama del Derecho que la alberga, dicho problema es comprendido en sus diversas implicaciones axiológicas (sistema de valores que lo iluminan), dogmáticas (sistema normativo que lo regula), sociológicas (sistema social en el que surge) y diacrónicas (sistema evolutivo en el que se enmarca), es decir, queda comprendido en el seno del ordenamiento jurídico vigente en el ámbito aplicativo de que se trate.

Ahora bien, a su vez, ese ordenamiento jurídico también debe ser holísticamente comprendido por los AOC, de suerte que sea referido al grupo social estatal de que se trate y, por tanto, entendido en el marco de los condicionantes constitucionales que el mismo se ha dado en uso de su potencia constituyente soberana; unos condicionantes que, no sólo son de Derecho interno, sino también, en muchos aspectos, de Derecho supra, infra o extra estatal. Esta constatación hace que la función consultiva deba tener un horizonte gnoseológico de *Derecho global*, aunque su actividad se desarrolle fundamentalmente en el ámbito estatal.

En todo caso, en el ámbito en el que se desarrolle la función consultiva, esa visión pan-óptica que le caracteriza produce un efecto de reconducción a la unidad del sistema jurídico que puede quedar oscurecida por las visiones sectoriales que imponen criterios constitucionales como la división de poderes, la distribución territorial de las competencias públicas o la pluralidad de agentes aplicadores de las normas jurídicas, entre otros factores de disgregación. En los *Estados compuestos*, esto es, en aquellos en que junto a una instancia de poder político central (*Oberstaat*, en la terminología germana), existen distintas instancias territoriales dotadas de poder político (*Gliedstaat*, como el conjunto de nuestras CCAA) y otras de ámbito general (*Gesamstaat*), como el Poder Judicial o la Corona), la reconducción a la unidad del sistema es aún más necesaria que en los Estados contruidos constitucionalmente de forma unitaria. Es cierto que las Constituciones ofrecen técnicas y mecanismos diversos de coordinación, cooperación, colaboración y control inter-institucional que (como, en nuestra CE, son la legislación básica, la supervisión de competencias de ejecución o incluso la coacción ínsita en el art. 155 o los estados de alarma, excepción y sitio), pero la función consultiva tiene, entre sus misiones, la de recordar siempre la unidad del sistema constitucional, evitar su disgregación y reconducir a dicha unidad las desviaciones que presente.

Obrando así, la función consultiva se sitúa en línea con la unidad constitucional del sistema político instaurada y querida por el poder constituyente, esto es, por el pueblo soberano que conforma el grupo político estatal. Y, a su vez, esta reconducción a la unidad, sitúa a la

función consultiva también en línea con el esfuerzo de la Filosofía del Derecho por abrir a la cultura el fenómeno jurídico.

VI. CONCLUSIONES: La posición institucional de la función consultiva.

Como conclusión de esta Memoria, estimo que la posición institucional de la función consultiva y de los AOC que la encarnan en el Estado de Derecho, se traduce en ser : i) para ante los poderes públicos, instancias *motivas* (de justificación), *munitivas* (de refuerzo), *monitivas* (de advertencia) y *monitorias* (de ordenación); ii) para ante los ciudadanos, instancias *cautelares* (de garantía); y iii) para ante el sistema constitucional, instancias de *ponderales* (de contrapeso, equilibrio y moderación de los poderes públicos).

1. La función consultiva como instancia de justificación (*motiva*).

Motivo es la causa que ha movido a hacer algo y que, en consecuencia, lo explica, sobre todo, si se expone en un escrito donde consta como fundamento (motivación) de la decisión adoptada ⁷⁰. Pues bien, en el dictamen o, en su caso, en los votos particulares que contenga, esto es, desde la perspectiva del AOC consultado, la motivación consiste en el conjunto de fundamentos jurídicos que le sirven de apoyo (*ratio iuris*) y que, por tanto, han *movido*, a quienes los han aprobado, para adoptar la decisión de emitirlos.

En la decisión que, a la vista del dictamen, adopte el órgano consultante, la motivación consiste también en los razonamientos de Derecho que han *movido* a quienes la adopten, teniendo en cuenta que tales razonamientos pueden coincidir, en todo o en parte, con los del dictamen o, en su caso, con los de los votos particulares que éste contenga, o bien ser distintos, puesto que, por lo general, los dictámenes no son vinculantes. Por ello, los dictámenes emanados de la función consultiva pueden servir como motivación de las decisiones que, sobre lo consultado, deban adoptar los consultantes ⁷¹; y, si éstos discrepan, en todo o en parte, del órgano consultado, las razones de tal discrepancia deben ser también fundamentadas⁷².

La explicación de esta permanente exigencia de motivación estriba en que el *Estado de Derecho* es un *Estado de razón* que proscribe constitucionalmente toda arbitrariedad (cfr. art. 9.3 CE).

2. La función consultiva como instancia de refuerzo (*munitiva*).

La función consultiva presenta también una virtualidad *munitiva* (de *munio*, fortificar) ⁷³, en el sentido de que produce el efecto *legitimante* de reforzar y blindar (*munire*) las decisiones de los poderes públicos que se conforman con el criterio expresado por los AOC en sus dictámenes.

Este efecto de blindaje es evidente en el caso del Poder Ejecutivo que, al seguir el dictamen, reviste de *auctoritas* sus decisiones, las cuales, sin esa racionalidad jurídica añadida, serían de mera *potestas* y, tal vez, incluso reprochables al amparo de la precitada interdicción constitucional de la arbitrariedad contenida en el art. 9.3 CE. El mismo efecto de refuerzo es también claro en el caso de los dictámenes emitidos para los Parlamentos. En cuanto a los

órganos jurisdiccionales y al TC, los dictámenes consultivos operan, según se ha señalado, como importantes elementos de apoyo y fundamentación.

Incluso las funciones consultivas aparentemente unilaterales, como la de formular observaciones y sugerencias, pueden ser calificadas igualmente como *monitivas*, puesto que se dirigen a los poderes públicos con objeto de mejorar los servicios públicos, esto es, de garantizar que su actuación se realice en el marco de legalidad, eficacia y eficiencia querido por el ordenamiento jurídico y exigido por el interés público.

3. La función consultiva como instancia de advertencia (*monitiva*).

Empleo el neologismo función *monitiva*, para aludir a uno de los aspectos de la función consultiva, cual es la formulación por los AOC de avisos y advertencias de diverso tipo en los dictámenes y otros documentos, como los de observaciones y sugerencias y las mociones.

Pretendo con ello destacar que estas advertencias son meramente *monitivas* (de *moneo-ere*, advertir y avisar), esto es, prestaciones propias de la *auctoritas*, no de la *potestas*, razón por la cual no pueden revestir el carácter de decisiones, órdenes, sanciones u otras manifestaciones *monitorias* (de *monito-are*, conminar) ⁷⁴.

A) En la formulación de dictámenes.

Como quiera que advertir puede variar de sentido según la finalidad y las circunstancias, en la formulación de dictámenes, la función *monitiva* puede desempeñar, entre otras, las siguientes finalidades: i) aconsejar una acción procesal o negocio que conviene emprender (*agere*); ii) prevenir anticipadamente un riesgo o peligro (*cavere*); iii) comunicar simplemente algo que interesa o afecta al consultante (*nuntiare*); iv) reprender, reconvenir y amonestar por algo disfuncional que se aprecia en su ámbito de responsabilidad (*admonere*); v) corregir una infracción, mostrando la falta cometida, no para castigarla o sancionarla, sino para que sea reparada, enmendada o evitada en lo sucesivo (*corrigere*); vii) objetar ciertas interpretaciones o prácticas que pueden lesionar el ordenamiento jurídico o resultar arbitrarias (*objicere*); o viii) mostrar los modos y medios para mejorar una situación (*melio-rem facere*).

Tan variopintas advertencias no suelen figurar en las *conclusiones* del dictamen, sino más bien en su fundamentación como *obiter dicta* o, excepcionalmente, como un pronunciamiento separado del cuerpo del dictamen, así sucede en el caso de las *acordadas* ⁷⁵.

B) En la formulación de observaciones y sugerencias.

En la formulación de observaciones y sugerencias, la función *monitiva* de los AOC no se manifiesta mediante respuestas concretas, como en los dictámenes, sino mediante suaves y generales admoniciones, cuya finalidad sólo es advertir yerros para que puedan ser corregidos y así mejorar el funcionamiento de los servicios públicos afectados.

4. La función consultiva como instancia de decisión (*monitoria*).

La función consultiva, al ser de mera *auctoritas*, carece, en principio y salvo algunas excepciones, de competencia para adoptar decisiones de *potestas* sobre los asuntos consultados. Conviene, pues, exponer esta regla general y sus excepciones.

A) La *pre-(ju)dicación* como regla general.

La función *monitiva* (de *moneo*, advertir) se sitúa en el ámbito de la *auctoritas*, porque la formulación de advertencias en que consiste forma, a su vez, parte de la más amplia función de *judicación* (*iudicatio*), que estriba en aplicar el saber para emitir razonadamente una opinión jurídica sobre un asunto litigioso, exponiendo el Derecho aplicable al mismo, con carácter meramente declarativo (*sententia*). En el proceso romano clásico (*per formulas*), la *iudicatio* correspondía al juez (*iudex*) o arbitro (*arbiter*), el cual, aun siendo lego en Derecho, ejercía *auctoritas*, puesto que sentenciaba, apoyándose en el consejo de los juristas (*iusconsulti*). Repárese en que la radical *auctoritas* ínsita en el vocablo *iudicatio* era de naturaleza sagrada, como lo prueba que incluye el sustantivo *dicatio-nis* (de *dico-are*, dedicar), el cual aludía a una ofrenda sacral que se consagraba a la divinidad. En efecto y como antes se ha indicado, en la mentalidad jurídica romana la respuesta dada por los jurisprudentes a una consulta jurídica implicaba un ofrecimiento religioso de la misma a los consultantes, como acción de gracias a la divinidad por la inspiración (*numen*) con la que se había dignado mostrar al jurista (todavía considerado un sacerdote especializado en Derecho) la forma de resolver, con criterios divinos, un litigio humano. Pues bien, como se ha expuesto, la función consultiva es preventiva e implica una prognosis de la opinión que formulará un juez si el asunto consultado deviene contencioso. Los AOC formulan, pues, sus dictámenes en contemplación de una eventual y futura *judicación* y, por eso, la función que ejercen es *monitiva*, tiene los caracteres propios de la *auctoritas* inherente a la *iudicatio* y puede ser concebida como una *pre-(ju)dicación*.

Por el contrario, la función *monitoria* (de *monito-are*, conminar) se sitúa en el ámbito de la *potestas*, porque la formulación de órdenes en que consiste forma, a su vez, parte de la más amplia función de *jurisdicción* (*iurisdictio*), que estriba en aplicar el poder público para imponer, obligatoria y coactivamente, el Derecho con carácter ejecutivo en un asunto litigioso, emitiendo imperativamente un mandato, sanción u otra decisión contundente (*monitum*)⁷⁶. En el proceso formulario romano, la *iurisdictio* correspondía al magistrado (*praetor*), que ejercía *potestas* cuando preparaba el proceso, citaba a las partes, nombraba a los jueces, elegía la fórmula procesal, impulsaba la tramitación y asumía la ejecución de lo sentenciado⁷⁷. Repárese en que la radical *potestas* ínsita en el vocablo *iurisdictio* era de *imperium*, como lo prueba que incluye el sustantivo *dictio-nis* (de *dico-ere*, decir, y de *dicto-are*, dictar) expresivo de un pronunciamiento solemne y formal de algo que se dice para ser escrito, cumplido y ejecutado sin contemplaciones. En efecto, en la mentalidad jurídica romana lo propio de los magistrados con *imperium* era precisamente *decir* o *dictar* al pueblo lo que obligatoriamente había que hacer; y de ahí: i) que una de las facultades inherentes a la magistratura fuera el *ius edicendi* o de publicar edictos (*edicta*) de obligado cumplimiento; y ii) que la magistratura excepcionalmente investida con un poder público supremo fuera denominada dictador (*dictator*). Pues bien, como se ha expuesto, la función consultiva se limita a exponer los criterios jurídicos adecuados para resolver la consulta, pero no prefigura la decisión ulterior que, en ejercicio de su jurisdicción (*iurisdictio*), pueda tomar y dictar el consultante, en cuanto titular de la *potestas*, para imponer coactivamente una determinada configuración del orden jurídico discutido. Por eso, la función que ejercen los AOC no es, principio, *monitoria*, no reviste los caracteres propios de la *potestas* y no puede ser concebida como una *pre-(juris)dicción*.

La diferencia entre las funciones e instituciones de *judicación* (*monitivas*, de *auctoritas* y de *dicare*) y de *jurisdicción* (*monitorias*, de *potestas* y de *decire* o *dictare*) desapareció cuando el proceso formulario romano fue sustituido, en época post-clásica, por la *cognitio extra ordinem*, en la que, por motivos de conveniencia práctica, se atribuyeron al juez, no sólo las funciones de

juzgar y sentenciar, sino también las de ordenar el proceso, imponer la disciplina de estrados y hacer ejecutar lo juzgado. Este modelo, perfeccionado, a partir de la *episcopalis audientia*, por el proceso canónico, es el que, tras la separación de poderes auspiciada por la Revolución francesa, ha conducido a nuestro actual sistema procesal, donde la misma CE (art. 117.1) establece un Poder Judicial, aclarando seguidamente la paradoja que implica esta dual denominación (de *potestas*, poder, y *auctoritas*, judicial), al atribuirle (art. 117.3 CE) la *jurisdicción* (en sentido amplio), como una *potestad* que implica juzgar (es decir, la *judicación*, que es función de *auctoritas*) y hacer ejecutar lo juzgado (es decir, la *jurisdicción* en sentido estricto, que es función de *potestas*).

Pero el respeto a este acreditado y generalizado criterio constitucional, no debe oscurecer la virtualidad que, para comprender la función consultiva, conserva la elegante distinción clásica entre *iurisdictio* y *iudicatio*, puesto que la misma permite sentar, como regla general, que los AOC: i) deben desempeñar sólo funciones *monitivas*, pues éstas implican ejercer una *auctoritas* que les es propia; se orientan preventivamente a una *iudicatio* a la que prefiguran; y conducen a formular un *consejo*, formulado en forma de dictamen o de observaciones y sugerencias, que propiamente les compete; y ii) no deben desempeñar funciones *monitorias*, pues éstas implican una *potestas* que les es ajena; se orientan a una *iurisdictio* a la que no prefiguran; y conducen a adoptar una *decisión* sobre lo consultado, que propiamente no les compete.

B) La monición como excepción.

Ahora bien, excepcionalmente y sólo cuando la legislación, por motivos justificados, así lo permite, la función consultiva puede revestir carácter *monitorio*. Así sucede cuando una disposición confiere al dictamen un carácter *vinculante* porque entonces, el órgano consultante, al quedar vinculado por el dictamen, no puede adoptar una decisión que se separe del mismo y, por tanto, éste último se convierte (por ministerio de la ley que lo declaró vinculante) en la verdadera decisión que se adopta sobre el asunto dictaminado. Obviamente, estos casos trasmutan la función consultiva, que es de *auctoritas*, en una instancia de *potestas* y, por eso, los dictámenes *vinculantes* no cuentan con el *favor iuris* y tienden, doctrinal y jurisprudencialmente, a ser matizados, cuando no abiertamente criticados.

Así, en primer lugar, es preciso aclarar sutilmente, a propósito de la distinción entre dictámenes *preceptivos* y *vinculantes*, que, en rigor, la primera de estas dos categorías no existe, ya que, siendo siempre necesario legalmente que se emita el dictamen solicitado, la *preceptividad* más bien alude sólo a la *consulta*, en el sentido de que es obligatorio formularla cuando el órgano consultante ha de decidir sobre algunas cuestiones predeterminadas por el legislador.

En segundo lugar, conviene analizar si, cuando se califica a un dictamen de *vinculante*, se alude verdaderamente a una vinculación, ya que, en los casos que suelen citarse como paradigmáticos (como es el de los dictámenes sobre revisión de oficio de actos y disposiciones administrativas que sean nulos de pleno Derecho), más bien se trata de un efecto de *habilitación*, por el que sólo un dictamen favorable faculta al consultante para revisar el acto, con lo que tal dictamen no sustituye al órgano decidente, sino que sólo le facilita el cumplimiento de una *condicio iuris* (requisito legal) que la ley le impone para que pueda decidir la revisión del acto ⁷⁸.

El disfavor jurídico hacia el dictamen *vinculante* se ha manifestado claramente en la STC 31/2010, de 28 de junio, sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC'06) al

declarar inconstitucional el precepto que pretendía conferir carácter vinculante al dictamen del Consejo (antes Consultivo) de Garantías Estatutarias (CGE) sobre propuestas legislativas tramitadas en el Parlamento catalán ⁷⁹.

En suma, si bien existen casos en que la función consultiva puede revestir carácter *monitorio*, éstos deben ser excepcionales e interpretados estrictamente, no sólo para preservar el carácter de *auctoritas* inherente a los órganos consultados (reserva de la función consultiva), sino también para proteger la integridad de las funciones de *potestas* que incumben constitucionalmente a los órganos consultantes (reserva de la función decidente).

C) La formulación de mociones.

La *moción* es una institución de especial relevancia en Derecho parlamentario, como figura genérica que engloba las *Proposiciones no de ley* y cualesquiera otras propuestas de actuación; por lo que, en definitiva, consiste en un acto parlamentario que sirve para manifestar la voluntad o deseo de los parlamentarios que lo promueven para que la Cámara correspondiente adopte una concreta decisión ⁸⁰. Pero las *mociones* no son exclusivas del parlamentarismo y también son recogidas en la legislación sobre otros órganos no parlamentarios, como son los AOC, para que éstos puedan instar, a los poderes públicos a quienes se dirigen, para que hagan u omitan aquello que la moción propone.

Ahora bien, *moción* (*motio-nis*), es un sustantivo derivado del antes citado verbo *moveo* (mover), lo que indica que se trata de una función más propia de la voluntad que de la inteligencia, ya que quien la presenta pretende impulsar algo, es decir, se comporta como un *motor* en orden a *obtener* algo (lo propuesto) de alguien (aquel a quien se dirige); no como un *monitor* que sólo trata de mostrar un criterio razonado con el que *guiar* u *orientar* a quien lo ha requerido.

Por eso, la *moción*, aunque esté razonada y sea razonable, es una función más propia de la *potestas* que de la *auctoritas* y, de ahí, que no corresponda, directa y propiamente, a la esencia de la función consultiva, donde las *mociones* constituyen actos esporádicos que sirven para trasladar a los poderes públicos el deseo (*voluntas*) del AOC de que se haga u omita algo que interesa al ámbito competencial que le corresponde; pero no para remitirles un parecer razonado (*sententia*), en suma, un *dictamen* o criterio jurídico que éstos hayan solicitado.

La *moción* encierra, pues, un sentido más *monitorio* que *monitivo* y, por ello, no se avienen con la naturaleza jurídica de los dictámenes ni tampoco con la de las observaciones y sugerencias, las cuales no deben, por tanto, ser vehiculadas mediante *mociones*, sino a través de las *memorias*, *memorandos* u otros documentos semejantes.

5. La función consultiva como instancia de garantía (cautelar).

A) Garantía para el órgano consultante.

Como antes se ha expuesto, en la función consultiva, *cavere* (precaer, garantizar) ⁸¹ conviene a las advertencias encaminadas a prevenir a alguien de un riesgo y, en concreto, al efecto de aseguramiento o garantía cautelar que, para el aconsejado, tiene contar con un dictamen previo en el que puede apoyar lo que decida y así eliminar o reducir el riesgo de que tal decisión sea luego judicialmente revisada.

B) Garantía para los ciudadanos afectados.

Pero el efecto de aseguramiento afecta también a los ciudadanos a quienes se refiera la decisión que el consultante adopte, ya que el dictamen les garantiza que la misma estará jurídicamente fundada si se apoya en él o, caso contrario, corre el riesgo de ser impugnada con éxito ante los órganos jurisdiccionales.

Tras la aprobación de la LPA'58, la doctrina ius-administrativista (auspiciada por la egregia figura de Eduardo García de Enterría) comenzó a destacar el papel de garantía para el ciudadano que tenía la intervención, preceptiva y vinculante, del Consejo de Estado en materia de revisión de oficio de actos administrativos nulos de pleno Derecho; pues no en vano se trataba con ella de moderar el empleo de una potestad administrativa tan formidable como es la autotutela revisora, que posibilita que la Administración declare por sí misma, sin acudir previamente a la vía jurisdiccional, la invalidez de sus actos radicalmente nulos.

Como bellamente expresó Landelino Lavilla, la LPA y la intervención del Consejo de Estado en esta materia, manifestaba el equilibrio entre *privilegio* y *garantía* que está en la base misma del Derecho Administrativo. Es más, la extrapolación de esta doctrina a otras instituciones jurídico-administrativas (la expropiación forzosa, la responsabilidad patrimonial, la contratación pública o la ordenación del urbanismo), facilitó que la Transición política a la democracia pudiera hacerse, en cuanto a las Administraciones públicas, partiendo de las grandes Leyes administrativas dictadas entre los años 1955 y 1975, pues logró construir una teoría bastante aceptable del Estado de Derecho que permitió una adaptación, sin grandes traumas, al régimen constitucional de 1978.

C) Garantía de los caudales públicos.

No puede, pues, menospreciarse el efecto garantizador que la función consultiva representa para ante la ciudadanía. Pero tampoco exagerarse hasta el extremo de sostener que es el único que la justifica. En efecto, no puede olvidarse que la función consultiva está prevista, en el Estado constitucional de Derecho, como una instancia de equilibrio entre los Poderes públicos, para garantizar el ajuste a Derecho de las disposiciones, generales y particulares que los mismos deban adoptar. Esta es su misión prioritaria, sin perjuicio de que pueda proyectar su eficacia garantizadora hacia otros ámbitos y también hacia a la ciudadanía.

Esta necesaria moderación se impone especialmente en los casos en que la intervención del AOC no fue buscada inicialmente por el legislador con una finalidad de garantía ciudadana sino con alguna otra de interés público. Sucede así en el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración por daños y perjuicios, donde la exigencia legal de un previo dictamen consultivo no pretendía tanto garantizar a los ciudadanos contra una fijación unilateral de las indemnizaciones por la Administración, cuanto de asegurar que los caudales públicos con los que debían ser pagadas no eran arbitrariamente gastados por los órganos decidentes.

Se seguía así la misma cautela que indujo al legislador a crear los Jurados de Expropiación para fijar los justiprecios debidos por las expropiaciones forzosas. Obviamente, cuanto mayor es la independencia objetiva del órgano consultivo, mayor es la garantía que su dictamen supone para la ciudadanía, pero en el bien entendido de que el legislador más bien pensaba en preservar los fondos públicos e incluso en someter a una especie de curatela patrimonial a los órganos de gasto. Repárese a este respecto en que, siguiendo la pauta romana de someter a tutela a los menores, pues carecían de patrimonio propio, la Administración pública prácticamente fue

reputada tal, al sujetarla, en sus gastos y pagos, a la función interventora, pues los correspondientes caudales públicos procedían de los tributos cobrados a la ciudadanía. En la misma línea, se situaría la exigencia de un preceptivo dictamen consultivo en los casos en los que la discrecionalidad administrativa para fijar justiprecios o indemnizaciones pudiera hacer peligrar a los fondos públicos.

Ahora bien, es de reconocer que la publicación de la CE de 1978 determinó un cambio radical en la dogmática de estas instituciones administrativas, en cuanto que la obligación administrativa de indemnizar y la consultiva de dictaminar al respecto, de tener una relevancia meramente administrativa, pasan a incardinarse entre las exigencias y garantías institucionales (de responsabilidad de los poderes públicos en el art. 9.3 CE; y de indemnidad de los ciudadanos en el art 106.2 CE) derivadas del Estado social de Derecho.

6. La función consultiva como instancia de prevención (*preventiva*).

Resultante de los caracteres *monitivo* y *cautelar*, es el *preventivo*, por el que la función consultiva convierte a los AOC en instancia adecuada para evitar litigios al advertir, mediante sus dictámenes, de los riesgos que entraña, para los poderes públicos y para la ciudadanía, adoptar decisiones no ajustadas a Derecho.

Este efecto es particularmente acusado en asuntos constitucionales ya que los AOC son la única instancia legitimada para efectuar un control directo de *estatutoriedad* de disposiciones autonómicas y, por tanto, operan *de facto* como guardianes de las garantías estatutarias.

También es apreciable este efecto en el ámbito jurisdiccional respecto a los asuntos que devienen contenciosos, ya que el dictamen previamente recaído en ellos advierte a las partes de las eventuales consecuencias de la apertura ulterior de las instancias judiciales y facilita a los jueces el ejercicio de la *judicación* que les compete al conocer del asunto en estrados.

7. La función consultiva como instancia de composición (*neutral*).

Las notas de objetividad, independencia y autonomía orgánica y funcional que presentan los AOC incentivan a encomendarles, de forma accesoria, también funciones de composición de intereses, como son las de resolución de ciertas reclamaciones o recursos, las de arbitraje o arbitraje en ciertas materias o las de fijación de criterios en cuestiones en las que, existiendo controversia entre una persona interesada y un órgano de los poderes públicos, conviene evitar la judicialización del asunto. Tal sucede, por ejemplo, con la asunción por algunos AOC (como el de Castilla y León) de la condición de *Tribunales administrativos de recursos contractuales* o con las propuestas para asignarles funciones de arbitraje administrativo o la resolución de reclamaciones sobre gobernanza, transparencia o secretos oficiales, entre otras.

Suele criticarse esta habilitación por no estar atribuida al Consejo de Estado, pero el argumento no es sólido porque dicha institución nació precisamente para instrumentar la jurisdicción contencioso-administrativa como *retenida*, circunstancia que se mantuvo en España hasta la supresión de la denominada *vía de agravios* para enjuiciar cuestiones de personal. Nada, a mi juicio, obsta para que los AOC autonómicos, con la debidas adaptaciones orgánicas y funcionales, desempeñen con acierto estas misiones arbitrales en determinados ámbitos materiales susceptibles de judicialización⁸².

8. La función consultiva como instancia de educación (*didáctica*).

La historiografía canónica suele afirmar que los Cabildos catedráticos desempeñaban una misión propedéutica y didáctica en las Diócesis respecto a la forma adecuada en que debía celebrarse la liturgia. Entiendo que lo mismo debería predicarse ahora de los AOC ya que, en sus dictámenes, deben señalar las pautas correctas para la aplicación de las disposiciones jurídicas y de los distintos procedimientos. En efecto, los dictámenes facilitan, a los poderes públicos y, en especial, a los funcionarios encargados de la gestión administrativa, criterios seguros de actuación, sobre todo mediante el efecto docente que tiene la reiteración de la doctrina sobre asuntos dudosos o en los que caben diferentes interpretaciones.

Para evitar denominarla simplemente *doctrina* (que es el criterio académico sobre un asunto jurídico), *jurisprudencia* (que es el criterio formulado reiteradamente por los órganos judiciales supremos en cada materia) o *doctrina administrativa* (que suele aplicarse al criterio de los órganos administrativos internos de resolución de recursos o consultas vinculantes), el Consejo de Estado ha empleado la denominación *doctrina legal* (que alguno ha pretendido denominar *legisprudencia*) para referirse a la doctrina que reiteradamente mantiene sobre un problema jurídico, aunque se está extendiendo la más adecuada denominación de *doctrina consultiva*. Pues bien, precisamente a través de la *doctrina consultiva*, los AOC se comportan como instancia externa, de carácter propedéutico y didáctico, sirviendo como modelo o directriz a los aplicadores del Derecho en sus respectivos ámbitos competenciales.

9. La función consultiva como instancia de estilo (*estética*).

Como quiera que antes he tratado con detalle los distintos aspectos, incluidos los estéticos, que subyacen en la *elegantia iuris* que es propia del estilo consultivo, baste ahora con recordar que la observancia de las normas propias del estilo consultivo coadyuva al buen ejercicio de la precitada misión didáctica, pero ésta también incide en los aspectos formales de la correcta redacción de escritos administrativos⁸³. En suma, a los AOC, corresponde una responsabilidad estética que no deben olvidar ya que, en profundidad, implica cuestiones éticas.

10. La función consultiva como instancia de moderación (*ética*).

El estilo consultivo implica cuestiones éticas porque la función de los AOC implica el ejercicio de virtudes públicas imprescindibles para la estabilidad del Estado de Derecho. Para no reiterar lo expuesto sobre la íntima relación de la función consultiva con la prudencia y la justicia, sólo pretendo aludir ahora a la templanza, entendida como la virtud fundamental que impele a actuar con moderación y equilibrio, ya que no es menos importante que las anteriores en la caracterización de los AOC.

En efecto, no basta con que los AOC manifiesten en sus dictámenes el conocimiento jurídico que es preciso para la actuación sobre la que se les consulta, de suerte que la respuesta que den en sus dictámenes sea adecuada a Derecho y resulte aplicable con seria sensatez en el marco jurídico correspondiente. Con ello, el dictamen sería *prudente*. Tampoco basta con que el criterio formulado en el dictamen sea respetuoso con las posiciones jurídicas activas y pasivas de los distintos afectados, sin lesionar ninguna más allá de lo querido por la ley. Con ello, el dictamen sería *justo*. Crucial es también que el dictamen esté revestido de la virtud de la fortaleza pues, aunque parezca más propia de los órganos de *potestas*, es imprescindible en los de *auctoritas* para algo tan esencial como es saber mantener su objetividad, imparcialidad e

independencia frente a cualesquiera presiones. Con ella, el dictamen será *neutral* y *objetivo*. Pero es preciso, además, que lo aconsejado en el dictamen (y la forma de expresarlo en él) revista los matices de precisión y contención adecuados para que dicho dictamen resulte *equilibrado*.

En el ámbito moral, la templanza es una virtud referida a la limitación y moderación en todas las actuaciones humanas, tanto privadas como públicas. Por lo que se refiere a la función consultiva, esta virtud impone una auto-limitación (*self-restraint*): i) para no responder más allá de lo preguntado; ii) para no expandir las competencias consultivas más allá de los límites estructurales y funcionales del sistema consultivo; y iii) para interpretar las normas jurídicas en los límites derivados de las instituciones que regulan.

En suma, la función consultiva tiene que ser *moderada*, *limitada* y *equilibrada*, porque debe ser *moderadora*, puede ser *limitante* y tiene que ser *equilibrante*.

11. La función consultiva como instancia de contrapeso (*ponderal*).

Finalmente, con todo lo expuesto, estimo aclarado que la función consultiva no es un adorno inútil o un lujo superfluo en las democracias, sino que, por el contrario, es uno de esos necesarios mecanismos de pesos y contrapesos (*checks and balances*) con los que se entreteje la democracia y se construye el Derecho, para garantizar a la ciudadanía la eficacia práctica de la división de poderes, asegurar el cumplimiento efectivo de los derechos humanos y del orden constitucional, mantener el sometimiento pleno de la Administración al ordenamiento jurídico, conferir legitimación de ejercicio a los poderes que la tengan de origen y luchar contra todas las inmunidades de poder y arbitrariedades que impidan que el *Estado de Derecho* sea un *Estado de razón*.

VII. BIBLIOGRAFIA.

-La bibliografía manejada se cita en las notas.

-Las obras del autor de la Memoria pueden consultarse en *Dialnet* (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=176181>).

-La bibliografía general sobre la función consultiva puede consultarse, ordenada por materias, en la página del Consejo Consultivo de La Rioja en internet (<https://www.ccrioja.es/index.php?id=262>).

=====

¹ Advertencia preliminar. Los términos griegos se expresan en alfabeto fonético latino. Se utilizan las siguientes **siglas**: AOC (Altos Órganos Consultivos del Estado y de las CCAA); AJD (*Anuario Jurídico de La Rioja*); CAR (Comunidad Autónoma de La Rioja); CCAA (Comunidades Autónomas); CC (Consejo/s Consultivo/s); CCR (CC de La Rioja); CE (Constitución española de 1978); cfr. (véase); CGPJ (Consejo General del Poder Judicial); D (Dictamen); DEJ (MUÑOZ MACHADO, Santiago (dir.), *Diccionario del Español Jurídico (DEJ)*, Madrid, RAE-CGPJ, 2016); DRAE (*Diccionario de la Lengua española*, RAE, 23ª ed, 2014); ed. (editor/editorial); EEAA (Estatutos de Autonomía); EAR'99 (Estatuto de Autonomía de La Rioja, reformado por Ley Orgánica 2/1999, de 7 de enero); LEC'00 (Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil); LO (Ley Orgánica); LOTC (LO 2/1979, de 3 de octubre, del TC, modificada por LO 7/1999, de 21 de abril); LPA'58 (Ley de 17 de julio de 1958, de Procedimiento administrativo); LPAC'92 (Ley 30/1992, de 26 de

noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones públicas del procedimiento administrativo común); LPAC'15 (Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas); LSP'15 (Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del Sector público); o.c. (obra citada); p.e. (por ejemplo); RA (Real Academia); RAE (Real Academia Española), RACMYP (Real Academia de Ciencias Morales y Políticas); RAJYL (Real Academia de Jurisprudencia y Legislación); REDA (*Revista Española de Derecho Administrativo*); REFC (*Revista Española de la Función Consultiva*); RJN (*Revista Jurídica de Navarra*); S (Sentencia); STC (Sentencia del TC); ss. (y siguientes); TC (Tribunal Constitucional); TS (Tribunal Supremo); TSJ (Tribunal Superior de Justicia); UR (Universidad de La Rioja); y VVAA (Varios autores).

² Las principales publicaciones que he dedicado a esta materia son las siguientes: i) "AOC y control preventivo de constitucionalidad", en *Actas de las Jornadas sobre la Función Consultiva*, Granada, 1998, 73-111; ii) "La posición institucional de los AOC y en especial del CCR", en CCR, *Repertorio*, 1996, Logroño, CCR, 1998, 107-138, que también puede ser consultada, en resumen, en internet (www.ccrioja.es > *Información* > *Presentación*); iii) "La función de los CC; una reflexión de bienvenida al Consejo de Navarra", en *RJN*, 28, 2000, 41-64; iv) ; iv) "Técnica legislativa y función consultiva", en *AJR*, 2000-2001, UR y Parlamento de La Rioja, 6-7, págs.173-203; v) "La función de los CC ante la reforma de la Justicia", en *RAJYL*, *Estudios acerca de la reforma de la Justicia en España*, Madrid, RAJYL, 2004, vol. 2, págs. 681-708; vi) "La función consultiva ante la reforma de la justicia", en *REFC*, 1, 2004, 61-82; vii) "El arbitraje en Derecho Administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación", en *RJN*, 39, 2005, 39-56; viii) "Los AOC y la calidad de las normas", en *REFC*, 6, 2006, págs. 181-208; ix) "Concepto y naturaleza jurídica de la Administración consultiva", en RAZQUIN LIZARRAGA, J.A. (dir.) y ALENZA GARCÍA, J.F. (coord.), *Organización y procedimientos administrativos, Libro homenaje al Prof. Francisco González Navarro*, Pamplona, Gobierno de Navarra- Ed. Thomson-Aranzadi, 2007, págs. 275-301; x) "El estilo consultivo: concepto y pautas", en *REFC*. 24, 2015, págs. 19-90; y x) "Una actuación consultiva peculiar: Las observaciones y sugerencias para la mejora de la actividad administrativa", en *REFC*, 27, 2017, págs. 77-148.

³ Cfr. GRÜN, E, *Una visión sistémica y cibernética del Derecho*, Buenos Aires, 1998.

⁴ Los sofistas trataron, en efecto, de explicar el mundo, no por la omnipotencia divina, sino por la intervención de elementos materiales de proyección holística, como el agua, que todo lo disuelve (Tales), el aire que todo lo envuelve (Anaxímedes), la tierra que todo lo sustenta (Empedocles), el fuego, que todo lo consume (Heráclito), o los átomos que todo lo integran (Demócrito), llegando incluso a prescindir, mediante aporías, del problema mismo del movimiento (Zenón); todo ello para centrarse en el *ser* (Parménides) y, sobre todo, en el *ser humano*, convertido así en la medida de todas las cosas (Protágoras), como destacó Esquilo en el mito de Orestes (el hombre que logra sustraerse al enjuiciamiento divino para sólo someterse al humano del Areópago). Pese a los fallos de Lógica formal (sofismas) que encerraban, estas propuestas no fueron reputadas insensatas, pues legitimaban el humanismo y la democracia. Por eso, la crítica de Sócrates a los planteamientos sofísticos le costó la vida a manos de los demócratas; pero (cuando su ejemplo fue seguido por su discípulo Platón, partidario del gobierno de los sabios, y por Aristóteles, que fundamentó la Física, la Ética y la Política en un sólido realismo), la democracia ateniense desapareció absorbida, primero, por la aristocracia espartana, vencedora en la Guerra del Peloponeso y, luego, por el autocrático imperio macedónico. Mientras, en la India, Buda había también solventado el problema del movimiento sustrayéndose del mundo mediante el nirvana. Cfr. GIGON, Olof, *Los orígenes de la filosofía griega*, Madrid, Ed. Gredos, 1980; MARTIN, Juan, *Buda o la negación del mundo*, Madrid, Ed Espasa, 1954.

⁵ Cfr. ZAFRA VALVERDE, José, *El Derecho como fuerza social*, Pamplona, Eunsa, 2001.

⁶ Estos conceptos proceden de ZAFRA VALVERDE, José, *Teoría fundamental del Estado*, Pamplona, Eunsa, 1967, aunque modulados por la relevancia limitante de los derechos humanos que estimo imprescindible para la concepción actual del Estado.

⁷ El método científico se basa en proposiciones verificables que pueden fijar *paradigmas* sobre los que edificar las construcciones teóricas capaces de ofrecer, sería aunque provisionalmente (hasta que se produzca un cambio paradigmático), una interpretación coherente del universo o de un sector de la naturaleza. Cfr. KUHN, Thomas S, *La estructura de las revoluciones científicas* (1962), consultado en la Ed. Fondo de Cultura Económica , 2005.

⁸ En rigor, me refiero siempre a la *realidad*, pero recurro aquí al término *cosa* en el sentido de *objeto*, como cualquier *algo* que está ahí, frente a mí o ante otro *alguien*, ofrecido (*iectum-ob*) para ser inteligido.

⁹ Cfr. LOPEZ QUINTAS, Alfonso, *La Ética o es transfiguración o no es nada*, Madrid, BAC, 2014.

¹⁰ El término *auctoritas* (como *augur* y *augustus*) deriva del verbo latino *augeo* (el cual, a su vez, deriva del griego *ausano* y ambos del radical indoeuropeo *awg*, siempre con el significado de hacer crecer, aumentar o potenciar), pero referido a una fuerza, superior y originariamente divina, que es la que crea y mantiene la vida y provoca el crecimiento, de suerte que la acción humana queda corroborada por esa potencia divina que la permite, confirma y acrecienta. Repárese en que *augeo* (de donde el sustantivo castellano *auge*) es un verbo a la vez transitivo (hacer crecer) e intransitivo (crecer); por eso, en la ancestral oración que (con posible inspiración en alguna fórmula ritual) Escipión dirigió a los dioses para que le ayudasen contra los cartagineses (recogida en Tito Livio, *Ab urbe condita*, 29, 27), les pidió para su actuación *bonis auctis auxitis*, (donde *auctis*, participio de *augeo* -aumentar-, significa acrecentamientos; y *auxitis* es apócope de *aux(er)itis*, segunda persona plural del futuro perfecto de indicativo de *augeo*, “aumentaréis”, que expresa la esperanza de que los dioses favorecieran sus proyectos); es decir, se trata de una petición reduplicativa para que sus esfuerzos guerreros fueran potenciados (*auxitis*) en su desarrollo con propicios (*bonis*) incrementos (*auctis*), pues entendía que los dioses eran los únicos *auctores* (causadores o causantes) capaces de colmar y reforzar las tentativas humanas.

¹¹ La voluntad racional de la divinidad omnipotente fue denominada *yos* (otro radical indo-europeo, este ínsito en el genitivo griego [*d*]ios, origen, a su vez, del sustantivo latino *ius*, Derecho); era reputada como la fuente primaria de todo poder y saber en el cielo y la tierra; y se creía que era comunicada mediante los *pontífices* (hacedores de puentes de comunicación entre la humanidad terrenal y la divinidad celestial) cuando declaraban qué era conforme (*fas*) o contrario (*nefas*) al designio divino.

¹² Estos sacerdotes especializados fueron llamados *jurisprudentes* o simplemente *juristas* porque conocían el Derecho (*ius*), pero teniendo en cuenta que su función no era tanto la meramente profesional de comunicárselo (*dicere ius*) a las partes, cuanto la sacerdotal de ofrecérselo (*dicare ius*) como una oblación debida a la divinidad por haberse dignado conferir al jurista la inspiración (*numen*) precisa para resolver los conflictos humanos con criterios celestiales, puesto que sus respuestas (*responsa*) se recababan de la misma y antigua sabiduría, oracular y augural, de los pontífices. La densidad de las respuestas fue aumentando a medida que los juristas profundizaban en la *ratio iuris* de las mismas para aplicarlas a otras similares (por *eadem ratio*) o para resolver casos nuevos (con *aliquid novi*).

¹³ El concepto de prestación deriva de un fragmento de *Digesto* 44.7.3 pr, en el que (descartado que se tratase de un glosema) Paulo refiere toda obligación a un *aliquid dandum, vel faciendum, vel praestandum* (dar, hacer o prestar algo). ERste texto ha sido interpretado en el sentido de que el término *praestare*, derivaba de *praes* (garantía) y *stare* (constituirse ante alguien con firmeza) y estaría relacionado con *praedium* (terreno), para expresar, en el primitivo proceso de las *legis actiones*, la asunción, por un fiador procesal (*praedes*), de la responsabilidad de que cumpliría una obligación litigiosa del afianzado, dado que, en la sociedad rural romana, se suponía que sólo un terrateniente podía ofrecer una verdadera garantía. Tan es así que, para el romanista Hägerström, el origen del concepto mismo de obligación jurídica (*ob-ligatio*, como *vinculum iuris* interpersonal) procede de un sometimiento mágico-religioso que vinculaba al deudor con el acreedor en virtud de una promesa sacral (*sponsio*), ritualmente formulada (*¿spondes mihi?, spondeo*) en un marco de simbolismo pontifical muy antiguo. Cfr. WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, “*Contrahere obligationem* en el Derecho romano clásico”, en *Revista de Derecho*

(Valdivia), 32-1, 2019, págs. 9-27. Para la voz *praestare*, cfr, A. TORRENT RUIZ, *Diccionario de Derecho Romano*, Edisofer SL, Madrid, 2005

¹⁴ De ahí que la prestación de asistencia jurídica (consultiva y también contenciosa, es decir, de representación y defensa en juicio) no se entendiera como un arrendamiento (*locatio-conductio*) de obra (*operis*), esto es de resultado, sino de servicios (*operarum*), esto es, de actividad. La razón estribaba en que el jurista era considerado como el *deudor* de los servicios de asistencia jurídica, esto es, como *arrendador*, denominado *locator* para resaltar que era quien debía prestarlos “colocándolos”, es decir, extrayéndolos de sí y poniéndolos a disposición del cliente, que era el acreedor que podía exigirlos. Cfr. MONCAYO RODRÍGUEZ, Socorro, “*Locatio-conductio*, una institución unitaria con múltiple función económico- social”, en *Letras jurídicas*, 15, 2007, págs. 177-188.

¹⁵ Cfr, arts. 377.2 y 383.1 y 2 Cc. La *ratio iuris* de esta opción estriba en que la actividad humana creadora de las formas (*specificatio*) es la que da valor a la materia (según la visión hilemórfica de los proculeyanos defendida por Celso y Tuberón en *Digesto* 33.10.7.1) y no viceversa (según la visión estoica de los sabinianos), porque el valor axiológico de la obra (*nova species*) sólo deriva de la dignidad (*dignitas*) que transmite su hacedor (*specificator*) al transformar una materia inerte en un medio semiótico para comunicar ideas, sentimientos o intereses, salvo cuando medie mala fe o lo hecho por el especificador tenga menos valor objetivo que la materia transformada.

¹⁶ El brocardo (que, desde Rolandino hasta la doctrina de la *renovatio contractus* de Nuñez Lagos, impera en la bibliografía notarial) procede de Baldo (*Ad Digestum Vetus* 10.4.9.3) cuando (al glosar un fragmento del Libro XXIV de los *Comentarios al Edicto pretorio* en el que Ulpiano, matizando una opinión de Sabino, precisaba que *mutata forma, prope interimit subsantiam rei*, mudada la forma, casi se destruye la sustancia de la cosa), concluyó (pág. 786), que *forma est quae dat esse rei*.

¹⁷ Eso explica que, en dicho ámbito privado, quien aconseja conserva el derecho moral de autor del dictamen, pero el contenido intelectual de éste es trasferido al aconsejado junto con el documento que lo incorpora en el momento, no de la emisión, sino en el de la recepción documental (*traditio instrumenti*), lo que significa que, mientras dicha recepción efectiva no se produzca, el dictamen continúa en la órbita del emisor a todos los efectos, salvos los inherentes a la relación contractual, como, p.e, la prohibición de publicar la consulta o la respuesta.

¹⁸ Esta sentencia senaria procede del jurista italiano Albertano de Brescia (1195-1251) que, en 1246, publicó un *Liber de consolationis et consilii*, de cuyo Lib. XI, págs. 29-30, la tomó (entre 1306 y 1336), un *Maestre Pedro* (alto dignatario eclesiástico, coetáneo del rey Sancho IV, cuya identidad es debatida) para incluirla en su *Libro del consejo e de los consejeros* (consultado en la ed. de Cilengua, San Millán de la Cogolla, La Rioja, 2014), concretamente en el Cap. I (titulado, *qué cosa es consejo e cuántas son las cosas que convienen a él*). Cfr. HARO CORTÉS, Marta, “*Compilatio* y transmisión en el *Libro del consejo e de los consejeros*”, en *De la lettre à l’esprit. Hommage à Michel Garcia*, ed. Carlos Heusch, Lyon, Éditions Le Manuscript, 2009, pp. 233-258.

¹⁹ Cfr. BAURA, Eduardo, “*Il consiglio del giurista*”, 2013, Lección inaugural del año académico, U. Pontificia de la Santa Cruz, Roma, 2013, señala que los consiliarios deben realizar juntos, entre otras, las acciones deliberativas de conocer (*cum-scire*), consensuar (*cum-sentire*), omitir (*cum-saltare*), reflexionar (*cum-silire*) y reposar (*cum-sedere*) las ideas que plasmarán en su dictamen.

²⁰ El DEJ vincula el origen de los brocardos da *mihi factum, dabo tibi ius* (dame los hechos, te daré el Derecho) y *iura novit curia* (el Derecho es conocido por el Tribunal) a la admonición *venite al factum, iura novit curia* que un juez medieval hiciera a un Abogado para que no le explicase los aspectos jurídicos de la causa, sino que se ciñese a los hechos del proceso, pues ciertamente estas máximas, aunque conformes con el espíritu del Derecho romano, proceden del Derecho común (cfr. la *Decretal* X.2.16, de Alejandro III, *debet factum ita clare proponere, ut ex eo ius agendi colligatur*) y siguen siendo aplicadas por la

jurisprudencia. Cfr. DOMINGO OSLÉ, Rafael, *Reglas jurídicas y aforismos*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000, págs. 40 (regla num. 124) y 70 (regla núm. 312).

²¹ A este respecto, el canon 127.3 del vigente Código de Derecho Canónico (CIC'83) establece que “todos aquellos cuyo consentimiento o consejo se requiere están obligados a manifestar sinceramente su opinión (*sententiam suam sincere proferendi*) y también, si lo requiere la gravedad de la materia (*si negotiorum gravitas id postulat*), a guardar cuidadosamente secreto (*secretum sedulo servandi*), obligación que el Superior puede urgir”.

²² En Teología, el *buen consejo* al que alude esta advocación mariana es “*haced lo que Él os diga*” (Jn 2.5), que se considera paradigmático de toda verdadera *Mariología*, en cuanto que ésta remite a la *Cristología*. Para la liturgia de esta festividad mariana, cfr. *Misal agustiniano*, Roma, 2007, págs 33-35. Para los aspectos pastorales, cfr. las reflexiones sobre el consejo formuladas, en la *Audiencia general del 23-11-2016* y en la Bula *Misericordiae vultus* (2016), por el Papa Francisco, así como en la Encíclica *Dives in misericordia* (1980), por Juan Pablo II.

²³ En la *euboulía*, que (según Santo Tomás de Aquino, *Summa Theologica* 2^a.2^{ae}, q. 51, ad 1) es la virtud de aconsejar rectamente, quedan implicadas: **1)** como **potencias anímicas**: i) la *inteligencia* (capacidad previa para conocer); ii) la *voluntad* (constancia precisa para aprender) y iii) la *memoria* (aptitud para recordar lo aprendido); **2)** como **dones espirituales**: i) la *sabiduría* (posesión de un saber comportarse sensatamente adquirido por la conciencia, la evidencia y el sentido común); ii) el *entendimiento* (comprensión efectiva y profunda de lo real en sus múltiples relaciones sistémicas); iii) la *ciencia* (capacidad para adquirir, aumentar y aplicar saberes ciertos sobre el funcionamiento de la realidad mediante un método de verificación riguroso y, por extensión, la tenencia de esos mismos saberes); y iv) el *consejo* (capacidad de quien tiene conocimiento de una materia para proponer correctamente un comportamiento acertado sobre ella a quien carece de ese conocimiento); **3)** como **virtudes cardinales**: i) la *prudencia* (que no es un actuar cauto, sino un conocimiento distintivo de la realidad para elegir el bien y desechar el mal como fin de las acciones, en el marco de lo que se conoce); ii) la *justicia* (capacidad de distinguir lo justo de lo injusto para, real y efectivamente, dar a cada uno lo que en Derecho le corresponde y eliminar las desigualdades carentes de sentido); iii) la *fortaleza* (capacidad de resistir las presiones y mantener con valentía y seriedad, pero sin obcecación, la postura que se estime correcta); y iv) la *templanza* (capacidad de actuar en coherencia con lo que piensa y con el equilibrio preciso para moderar los impulsos irracionales o insensatos y así, al aconsejar, *ser profeta de un augurio cautivo*); y **4)** como **obras espirituales de misericordia**, las que consisten en: i) *enseñar* al que no sabe; ii) *corregir* al que yerra; y iii) *dar buen consejo* al que lo necesita.

²⁴ Cfr. CAPELLA, J.R. *El Derecho como lenguaje*, Ed. Ariel, Barcelona, 1968; ROBLES, Gregorio, *El Derecho como texto (Cuatro estudios de Teoría comunicacional del Derecho)*, Madrid, Civitas, 1998. Para el enlace de estas cuestiones con la Filosofía lingüística y el positivismo lógico, cfr. HABERMAS, J, *Teoría de la acción comunicativa*, Ed. Taurus, Madrid, 1994.

²⁵ GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Lo fáctico y lo signico, una introducción a la Semiótica jurídica*, Pamplona, EUNSA, 1995, destaca: i) que la Semiótica estudia los procesos de comunicación interpersonal mediante palabras o signos de cualquier otro tipo empleados para trasladar a un receptor un determinado mensaje comunicacional expresivo de un contenido comunicativo, por lo que analiza los *significantes* (expresados con letras, sonidos, luces u otros medios) y los *significados* (realidades, sean materiales o ideales) para tratar de extraer su *significado* (sentido, interpretación) y colmar así el proceso comunicativo entre un emisor y un receptor; y ii) que, tras la obra de Umberto Eco (*Tratado de Semiótica general*, 1975), se aplica al estudio de cualesquiera comunicaciones significativas; por lo que también existe su vertiente jurídica, al reputar a las disposiciones como mensajes comunicacionales preceptivos.

²⁶ Cfr. “Una actuación consultiva peculiar...”, o.c, págs. 77-148.

²⁷ He analizado esta cuestión en: i) “Técnica legislativa y función consultiva”, o.c, págs. 173-204; y ii) “Los AOC y la calidad de las normas”, o.c, págs. 181-208.

²⁸ Sobre el concepto constitucional de arbitrariedad, cfr mi estudio: “La interdicción...”, págs. 123-190.

²⁹ *Dictamen* parte del radical indoeuropeo **d(e)jik**, del que proviene *digitus* (dedo), pues, en la función consultiva, los dedos tienen una fuerte carga simbólica en la iconología, donde un solo dedo levantado es el gesto del discípulo y, en general, de quien pregunta (esto es, del titular de la *potestas* que consulta sobre algo en lo que tiene que decidir); sin embargo, dos dedos levantados es signo del maestro y, por extensión, de quien responde autorizadamente (esto es, del titular de la *auctoritas* que sabe de lo consultado). Esta digitación remite al verbo **dicto-are** (dictar), que alude a lo respondido cuando ha sido dictado (*dictatum*), aunque la verbalización previa al dictado remite al verbo **dico**, que: i) en un primer sentido, **dicere** (decir), implica decir algo (*aliquid*) a alguien (*alicui*), revelando así la correspondencia dialógica entre una pregunta (*quaestio*) a la que se contesta con una formulación oral (*dictum*); y ii) en un segundo sentido, **dicare** (ofrecer), revela un matiz trascendente derivado del origen sacral y augural de la función consultiva, ya que expresa que la respuesta que el consiliario daba al consultante implicaba una oblación que ambos ofrecían a la divinidad que la había inspirado. En cuanto al sufijo de resultado (dicta-) **men** (al igual que en otras palabras acabadas en “mento”, como *documento* o *testamento*), expresa la plasmación documental de lo que ha sido dictado y escrito para su constancia en cualquier soporte que sea durable, legible y susceptible de protocolización, conservación, archivo y recuperación.

³⁰ La expresión procede del Antiguo Régimen, cuando los Reales Consejos asumían, por delegación del Rey (es decir, investidos con una *potestas* regia avocable y revocable), la competencia integral (es decir, legislativa, ejecutiva, judicial y consultiva) sobre la materia (hacienda, guerra) o el territorio (Aragón, Indias) que constituía su objeto, aunque se empleaba más para las resoluciones meramente consultivas (con la fórmula *es de dictamen que se digne, se diga o se ejecute*), que para las ejecutivas (disposiciones regias como la *Real Cédula*, la *Real Provisión* o el *Real Decreto*, adoptadas con la fórmula *S.M y los Sres del Consejo han decidido*, seguida de un infinitivo de mandato, como *ordenar, disponer* o *enviar*). Esto explica el lema (inapropiado para los actuales altos órganos meramente consultivos) *cum iis, praevidet et providet* (con estos Consejeros, el Rey prevé y provee) que figura en la pág. 294 de la monumental obra de MARTÍNEZ SALAZAR, Antonio, *Colección de memorias y noticias del gobierno general y político del Consejo*, Madrid, Imp. Antonio Sanz, 1764 (*facsimil*, BOE, 2002), referida a todos los Reales Consejos.

³¹ El *Estatuto de Bayona* remodelaba los Consejos de Estado y Real, con la idea de que el nuevo *Consejo Real* fuera el heredero del viejo *Consejo de Castilla*, pero su iniciativa de declarar nulas las abdicaciones de Bayona ocasionó su supresión mediante Decreto firmado por el propio Napoleón en Chamartín el 4 de diciembre de 1808. Casi simultáneamente, la *Junta Central*, reunida en Sevilla, decidió restablecerlo, pero atribuyéndole las competencias de todos los Consejos y Tribunales del Antiguo Régimen, bajo la denominación de *Consejo y Tribunal Supremo de España e Indias*, pero este Consejo excepcional sería suprimido por el *de Regencia* el 16 de septiembre de 1810, en vísperas de reunirse las Cortes en Cádiz. Cfr. SANCHEZ-ARCILLA BERNAL, José, *Historia de las Instituciones político administrativas contemporáneas (1808-1975)*, Madrid, Dickinson, 1994, págs. 249-250 y 416.

³² Por Decreto de 13 de marzo de 1814, se creó el *Tribunal Supremo de Justicia*, pero lo contencioso-administrativo, en la versión de *jurisdicción retenida*, se atribuía al Consejo de Estado. Cfr. TOMAS Y VALIENTE, *El Consejo de Estado en la Constitución de 1812*, incluido en su obra póstuma prologada por Bartolomé Clavero, *Constitución: Escritos de introducción histórica*, Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 102-103

³³ El *regreso de Fernando VII* supuso volver al sistema de Consejos (Decretos de 4 y 27 de mayo de 1814 y 31 de marzo de 1815). El *Trienio liberal* restableció en modelo gaditano (Decreto de 12 de marzo de 1820). La *segunda reacción absolutista* restableció los viejos Consejos (Decretos de 1 de octubre y 26 de junio de 1823), aunque con funciones suspendidas (Decreto de 13 de septiembre de 1835) hasta que la nueva *Junta Consultiva de Gobierno* que las había asumido fue suprimida (Decreto de 28 de diciembre

de1825). El *testamento de Fernando VII* determinó la creación de un *Consejo de Gobierno* que dejó en suspenso al *de Estado* y trasladó las funciones de los demás a un *Consejo Real de España e Indias*, que asumió las contencioso-administrativas, mientras que el resto de las judiciales se encomendaban a los *Tribunales Supremos de España e Indias, Guerra y Mar y Hacienda* (Decreto de 24 de marzo de 1834). Restablecida la Constitución gaditana en 1836, se disolvieron los *Consejos de Gobierno y Real de España e Indias* (Decreto de 13 de agosto de 1836), pero se mantuvo el *Tribunal Supremo de España e Indias*, que siguió, primero, funcionando con arreglo a su Decreto constitutivo de 24 de marzo de 1834 y, luego, con sujeción al famoso Reglamento Provisional de la Administración de Justicia de 1835. Como la Constitución de 1837 guardó silencio al respecto, el *Tribunal Supremo* continuó hasta la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, que lo consolidó definitivamente, pero sin funciones contencioso-administrativas, que teóricamente seguían perteneciendo al Consejo de Estado creado por la Constitución de Cádiz. Cfr. NIETO, Alejandro, *Los primeros pasos del Estado constitucional*, Ariel, Barcelona, 1996.

³⁴ Ley de 1 de enero de 1845 y RR.DD. de 6 de julio y 22 de septiembre de 1845. El triunfo de los progresistas en 1854 determinó la sustitución del *Consejo Real* por un órgano que, pese a su nombre de *Tribunal contencioso-administrativo*, seguía siendo administrativo y de jurisdicción delegada (Decreto de 7 de agosto de 1854). El regreso de los moderados determinó el restablecimiento del *Consejo Real* (Decreto de 16 de octubre de 1856) que pronto pasó a denominarse *Consejo de Estado* (Decreto de 14 de julio de 1858).

³⁵ La *I República* reorganizó el Consejo de Estado, pero ya sin las funciones contencioso-administrativas (Decreto de 1 de junio de 1874). La *Restauración* devolvió las competencias contencioso-administrativas al Consejo de Estado (Decretos Leyes de 17 y 20 de enero de 1875).

³⁶ La Ley de lo Contencioso Administrativo de 13 de septiembre de 1888 convirtió la *Sección de lo Contencioso-Administrativo* del Consejo de Estado en *Tribunal de lo Contencioso-Administrativo* que, por Ley de 5 de abril de 1904, del Consejo de Estado (y su Reglamento, aprobado por Decreto de 10 de enero de 1906,) sería desvinculado del Consejo de Estado y adscrito definitivamente al *Tribunal Supremo* como *Sala Tercera*.

³⁷ Aunque conservaba lo que podemos denominar convencionalmente una *jurisdicción retenida residual* en cuantos asuntos quedaron entonces *excluidos de la jurisdicción contencioso-administrativa*, y que podemos sistematizar en *asuntos normativos* (Reglamentos), *tradicionales asuntos "de Estado"* (Tratados y cuestiones de Derecho Internacional Público); *antiguos asuntos "de cámara"* (es decir, las viejas funciones sinodales de *gracia, merced y patronato regio*, que conllevan la competencia sobre los actos políticos y discrecionales, la materia de personal y los asuntos de Derecho nobiliario o Penitenciario, como los indultos); y, *asuntos parajudiciales* (como la propuesta de resolución de los conflictos de jurisdicción o de las presas marítimas). Nótese que este conjunto competencial explica básicamente las que actualmente conserva.

³⁸ La *Dictadura* reforzó el carácter prestigioso y técnico del Consejo de Estado al crear la figura de los *Consejeros Permanentes* y la *Comisión Permanente* (Decreto Ley de 21 de junio de 1929). La *II República*, sin embargo, suprimió el Pleno (Decreto de 22 de abril de 1931) y, si bien la Constitución de 1931 (art. 96) preveía crear un *Cuerpo Consultivo Supremo*, sólo llegó a instaurarse una *Junta Permanente de Estado* (Decreto de 7 de noviembre de 1933), pronto suprimida (Decreto de 30 de mayo de 1936).

³⁹ La Ley de 10 de febrero de 1940 y el Decreto de 5 de agosto de 1941 volvieron al modelo de la Ley de 1904, aunque pronto se acometió una nueva regulación (Ley de 25 de noviembre de 1944), más centrada en su composición que en sus competencias. Cfr. GARCIA ALVAREZ, Gerardo, *La función constitucional del Consejo de Estado*, Barcelona, Cedecs, 1996.

⁴⁰ La defensa de las Leyes Fundamentales se atribuía al *Consejo del Reino* mediante el *recurso de contrafuero*. La jurisdicción que el Consejo retenía en materia de personal a través del llamado *recurso de agravios* fue asignada a la jurisdicción contencioso-administrativa por su Ley reguladora de 1956 mediante el *proceso especial en materia de personal*.

⁴¹ Las Leyes de Expropiación forzosa, de 16 de diciembre de 1954; Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956; Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957; Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958 y Contratos del Estado (Decreto legislativo 923/1965, de 8 de abril), que formaban el armazón normativo del llamado *Estado Administrativo de Derecho*, exigían la intervención consultiva del Consejo de Estado en importantes asuntos que la jurisprudencia contencioso administrativo exigía como una ineludible garantía procedimental (cfr. por todas, la STS, 3ª, de 11 de noviembre de 1977, Ar. 4356).

⁴² Es paradigmático el caso de la República de Chile, en cuyo escudo nacional figura el altivo lema *por la razón o la fuerza*, que data de la época de la independencia (1812) y donde, al fracasar dos iniciativas parlamentarias para convertirlo en *por la fuerza de la razón*, se ha tratado de explicar más como una primacía de la razón jurídica sobre el uso de la fuerza legítima en caso de contravención, que como una pervivencia del espíritu belicoso de los criollos. Cfr. BRAVO LIRA, Bernardino, *Por la razón o la fuerza, el Estado de Derecho en la Historia de Chile*, Ed. Univ. Católica de Chile, Santiago de Chile, 1996; y ROITMAN ROSENMAN, Marcos, *Por la razón o la fuerza, Historia de los golpes de Estado, dictaduras y resistencia en América Latina*, Ed Siglo XXI, Madrid, 2019.

⁴³ En el Capítulo 38 de la Primera parte (1ª ed, 1604), al tratar “*del curioso discurso que hizo don Quijote de las armas y las letras*”, en las que Cervantes personifica, respectivamente, la fuerza y la razón, se expresa: “*Dicen las letras que sin ellas no se podrían sustentar las armas, porque la guerra también tiene sus leyes y está sujeta a ellas, y que las leyes caen debajo de lo que son letras y letrados. A esto responden las armas que las leyes no se podrán sustentar sin ellas, porque con las armas se defienden las repúblicas, se conservan los reinos, se guardan las ciudades, se aseguran los caminos, se despejan los mares de corsarios, y, finalmente, si por ellas no fuese, las repúblicas, los reinos, las monarquías, las ciudades, los caminos de mar y tierra estarían sujetos al rigor y a la confusión que trae consigo la guerra el tiempo que dura y tiene licencia de usar de sus privilegios y de sus fuerzas*”. Esta reflexión es completada en el Capítulo 42 de la Segunda Parte (1ª ed, 1615) cuando, entre los “*consejos que dio Don Quijote a Sancho Panza antes de que fuese a gobernar la Ínsula de Barataria*”, le dice, entre “*otras cosas bien consideradas*”, en palabras del Duque: “*Los trajes se han de acomodar con el oficio o dignidad que se profesa, que no estaría bien que un jurisperito se vistiese como soldado ni un soldado como un sacerdote. Vos, Sancho, iréis vestido parte de letrado y parte de capitán, porque en la Ínsula que os doy tanto son menester las armas como las letras y las letras como las armas*”.

⁴⁴ En la tradición apocalíptica hebrea (bíblica y talmúdica), *Leviathán* (“enroscado”) era un gigantesco monstruo marino con forma de serpiente que, como la bestia cornuda *Behemot* (“poderoso”), impersonaba al maligno y sólo sería devorado por los justos en el banquete festivo de *Armagedón*, al fin del mundo. Hobbes sustituyó esa iconología por un grabado que representaba a un gigante (barbudo, enmallado y coronado que, con los brazos extendidos y portando en una mano una espada y en la otra un cetro, levantaba su cintura sobre un paisaje habitado por pequeñas figuras humanas). En la misma línea, el Museo de Prado exhibe el cuadro *El Coloso* (circa 1812, hasta hace poco atribuido a Francisco de Goya y que los expertos asignan ahora a su discípulo Asensio Juliá), que muestra un paisaje brumoso en el que, visto de espaldas y con el puño en alto, avanza una figura masculina de proporciones gigantescas, mientras, en el suelo y con un tamaño muy reducido, personas y animales huyen despavoridos. Estas imágenes simbolizaban un poder absoluto (ya fuere del *Demonio* como señor temporal del mundo en la mentalidad semítica; del *Monarca* absoluto que Hobbes anhelaba para finalizar las guerras de religión; o del *Emperador* Napoleón I que amedrentaba a Europa en la época goyesca). Cfr. GRAVES, Robert; PATAI, Raphael, *Los mitos hebreos*, Ed. Alianza, Madrid, 2015

⁴⁵ La idea se expresa en el Capítulo X, cuando el candoroso personaje accede, entre astros diminutos, a un imaginario *Asteroide 325*, habitado por un rey que, vestido de púrpura y armiño, se encuentra sentado en un trono muy sencillo y, sin embargo, majestuoso. El rey exigía que su autoridad fuera respetada y no toleraba la desobediencia. Era, pues, un monarca absoluto y universal. Un poder tal maravilla al *Principito* (P) que sostiene con el rey (R) esta profunda conversación: A (P) *Quisiera ver una puesta de sol... hazme*

*el gusto... ordena al sol que se ponga... (R) Si ordeno a un general que vuele de flor en flor como una mariposa, o que escriba una tragedia, o que se transforme en ave marina y el general no ejecuta la orden recibida, ¿quién, él o yo, estaría en falta?. (P) Vos -dijo firmemente el Principito. (R)- Exacto. Hay que exigir a cada uno lo que cada uno puede hacer -replicó el rey-. **La autoridad reposa, en primer término, sobre la razón. Si ordenas a tu pueblo que vaya a arrojar al mar, hará una revolución. Tengo derecho de exigir obediencia porque mis órdenes son razonables@.***

⁴⁶ No en vano *Fides et ratio* es el título de la Encíclica de 14 de septiembre de 1998 que el Papa Juan Pablo II dedicó a esta materia y que comienza afirmando que: “*la fe y la razón son como las dos alas con las cuales el espíritu humano se eleva hacia la contemplación de la verdad. Dios ha puesto en el corazón del hombre el deseo de conocer la verdad y, en definitiva, de conocerle a Él para que, conociéndolo y amándolo, pueda alcanzar también la plena verdad sobre sí mismo (cf. Ex 33, 18; Sal 27 [26], 8-9; 63 [62], 2-3; Jn 14, 8; 1 Jn 3, 2)*”.

⁴⁷ Esta doctrina se contiene en el famoso pasaje de *El Espíritu de las Leyes*, Libro 11, Capítulo 6: “**todo hombre que tiene poder se ve llevado a abusar del mismo: va hacia adelante hasta que tropieza con límites; por ello, para que no se pueda abusar del poder, es preciso que el poder detenga al poder; porque, si el poder es ilimitado, su arbitrariedad es total y la libertad del hombre, mínima**”.

⁴⁸ Los conflictos nacionalistas, como el que en nuestros días estamos viviendo en Cataluña, presentan netamente la confrontación entre: i) por un lado, una *legalidad* constitucionalmente vigente que impone, con la fuerza jurisdiccional, una determinada forma de distribución territorial del poder político del Estado en la que no se permite la autodeterminación de una parte del territorio de dicho Estado; y ii) por otro lado, una *legitimidad* extra-constitucional que pretende justificarla, según el ideario nacionalista, en base al derecho humano universalmente reconocido de autodeterminación de los pueblos, pero aplicándolo, no a la emancipación de pueblos coloniales (que es su estándar internacional de intelección), sino a la secesión de partes territorialmente determinadas de Estados democráticos cuya Constitución no proscribiera el nacionalismo como ideología, pero prescribe la unidad estatal, salvo que se apruebe formalmente (es decir, mediante el procedimiento constitucionalmente previsto de reforma constitucional) una reforma constitucional que posibilite la independencia de parte del territorio.

⁴⁹ El *derecho a la revolución* (defendido por Locke en Inglaterra y por los primeros revolucionarios franceses) no es, en rigor, sino el ejercicio de la potestad constituyente originaria por un grupo poblacional que desea fundar un nuevo orden constitucional en un Estado preexistente o convertirse en un nuevo Estado soberano, separándose de otro en el que anteriormente se integraba; por lo que tal *derecho* sólo puede materializarse *a posteriori*, si concurren dos consentimientos (uno interno y otro externo) que operan como condiciones suspensivas: i) que el Estado (como grupo social) afectado consienta la instauración del nuevo orden constitucional o la secesión del nuevo Estado; y ii) que la comunidad internacional (como grupo social) preste su reconocimiento al nuevo orden constitucional o al nuevo Estado emergente. Por eso, la realización de un golpe de Estado, de una revolución o del ejercicio unilateral de la autodeterminación para declarar la independencia constituyen siempre tipos delictivos que son sancionados penalmente por el Estado concernido cuya Constitución la prohíbe.

⁵⁰ *Legitimación* es un concepto polisémico. En Filosofía, expresa las condiciones de validez que justifican un conocimiento o una teoría. En Derecho civil, se refiere a la especial relación de un sujeto con un objeto para justificar una especial capacidad o prohibición de obrar con respecto al mismo. En Derecho procesal, consiste en la especial relación que un sujeto mantiene con un asunto litigioso y que, al revelar un interés personal en el mismo, modula la posición procesal de las partes confiriéndoles un estatuto de posibilidades de actuación más o menos amplias, como sucede cuando se admite a trámite la demanda formulada por un interesado o cuando se inadmite en la instancia la acción pretendida por quien carece de interés en el asunto o quiere litigar de mala fe o fraudulentamente.

⁵¹ Para una visión global de las relaciones entre lo consultivo y lo contencioso en el caso de nuestro sistema administrativo autonómico, cfr. mi ensayo *La asistencia jurídica a las CCAA*, Logroño, IER, 1996.

⁵² La STC 204/92 (que reconoció la constitucionalidad de los AOC autonómicos) se refería, no lo olvidemos, precisamente a un caso de falta de dictamen preceptivo sobre el Anteproyecto de un Reglamento autonómico. En ella, el TC rechaza, además, todo intento de eliminar la intervención preceptiva del AOC correspondiente sobre la base de distinguir entre *ejecución reglamentaria* (de leyes autonómicas por reglamentos autonómicos) y *desarrollo normativo* (de legislación estatal básica por reglamentos autonómicos), distinción que el TC rechaza expresamente a tales efectos. En consecuencia, la STS, 3ª, de 03-06-1996, tras un exhaustivo análisis de la evolución jurisprudencial, terminó exigiendo definitivamente el dictamen de un AOC, no sólo para los reglamentos ejecutivos de las leyes estatales elaborados por la CCAA, sino también para los reglamentos ejecutivos dictados por dichas CCAA en ejecución de una Ley de la propia Comunidad Autónoma. Cfr. ALONSO GARCIA, Ricardo, *Consejo de Estado y elaboración de Reglamentos estatales y autonómicos*, Madrid, Civitas, 1992.

⁵³ Este procedimiento estaba regulado en los arts. 129 a 132 LPA'58, expresamente dejados en vigor por la DD.2-b) LPAC'92, hasta su derogación por la DD Única.1-d) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que regula esta materia en sus arts. 22 a 26, redactados por la DF 3.12 LSP'15.

⁵⁴ Cfr. SANDULLI, A.M., *Funzioni neutrali e giurisdizione*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1964.

⁵⁵ Cfr. DIOS, Salustiano de, *El Consejo Real de Castilla (1385-1522)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982.

⁵⁶ Cfr. BLANQUER CRIADO, David Vicente, *Consejo de Estado y Autonomías*, Madrid, Tecnos, 1994, y RUIZ MIGUEL, Carlos, *Consejo de Estado y Consejos Consultivos Autonómicos*, Madrid, Dyckinson, 1995.

⁵⁷ Un buen y actualizado resumen de la situación, en SUAY RINCÓN, José, "Consejos Consultivos autonómicos: una breve semblanza comparada", en *REFC*, 28-19, 2018, págs.. 37-47.

⁵⁸ Esta forma de organización de los AOC fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la derogada DA 17ª LPAC'92, cuyo contenido ha pasado al vigente art. 7.1 LSP'15, a cuyo tenor "*La Administración consultiva podrá articularse mediante órganos específicos dotados de autonomía orgánica y funcional con respecto a la Administración activa o a través de los Servicios de ésta última que prestan asistencia jurídica. En tal caso, dichos Servicios no podrán estar sujetos a dependencia jerárquica, ya sea orgánica o funcional, ni recibir instrucciones, directrices o cualquier clase de indicación de los órganos que hayan elaborado las disposiciones o producido los actos objeto de consulta, actuando para cumplir con tales garantías de forma colegiada*". Estas cautelas legales (y la misma expresión *Administración consultiva*) revelan precisamente el peligro que encierra esta opción.

⁵⁹ Según este modelo, en los casos en que era preceptivo el dictamen, los órganos facultados para recabarlo podrían acudir al Consejo de Estado o al AOC autonómico, aunque, efectuada la opción por uno de ambos, se haría con todas las consecuencias y en los términos de la legislación aplicable, por lo que luego no sería posible recabar el dictamen del otro sobre la misma materia. Este modelo sólo estuvo vigente en La Rioja hasta 2001, pero en la práctica no se aplicó, pues siempre se consultó sólo al AOC autonómico.

⁶⁰ La desaparecida Comisión para la reforma de las Administraciones públicas (CORA) emitió el 21 de junio de 2013 un polémico informe en el que proponía la supresión de los AOC autonómicos como medida de racionalización administrativa para residenciar sus competencias en el Consejo de Estado. La medida de recentralización no llegó a realizarse pues contradecía la potestad de auto-organización constitucional y estatutariamente conferida a las CCAA y reconocida por la STC 204/1992 específicamente para la creación de sus propios AOC y por el mismo Consejo de Estado (cfr. su Dictamen 419/2016) y, además, era inviable en la práctica dados los miles de dictámenes que anualmente emiten los AOC autonómicos y la variedad de funciones que estos desempeñan. Sobre esta cuestión, cfr. las acertadas opiniones de SALGUEIRO MOREIRA, Carmen Mª, "Reflexiones sobre el futuro de los AOC", en *REFC*, 28-29, 2017-2019, págs. 23-36.

⁶¹ No es rigurosamente necesaria una *reserva estatutaria*, siempre que los dictámenes de los AOC en esta materia no sean preceptivos (teniendo en cuenta que nunca pueden ser vinculantes para el Poder Legislativo); pero, en todo caso, la inserción del dictamen en el procedimiento legislativo: i) ha de respetar la *reserva de ley*, en el sentido de que ha de ser establecida por una norma con rango de ley, que exprese la auto-disposición del Parlamento al respecto; y ii) ha de respetar la *reserva de Reglamento parlamentario*, en el sentido de que debe sujetarse en su ejercicio concreto al procedimiento que el respectivo Parlamento señale en sus propias normas reglamentarias para no minorar la constitucional autonomía reglamentaria de la Cámara.

⁶² La referida disposición atribuye al Consejo de Estado competencia para emitir dictamen preceptivo sobre la impugnación de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las CCAA ante el TC.

⁶³ Sobre las tres Alecturas@ o interpretaciones actuales de la Constitución, cfr. mi ensayo *Reflexiones jurídicas para un tiempo de crisis*, o.c, págs. 119-123.

⁶⁴ Haberlo identificado, a propósito del arte fotográfico, ha sido mérito del lingüista y semiólogo Roland Barthes, al distinguir, en su ensayo *La cámara lúcida* (1980), dos elementos en toda fotografía artística, el *studium* y el *punctum*. El *studium* -señala- “tiene que ver con la cultura y el gusto; es lo que nos interesa o emociona en virtud de un impulso generado por la cultura de la que participamos”; pero “muchas fotografías permanecen inertes... no me marcan... no hay (en ellas) ningún punctum... ese azar que en ella desputa... surge de la escena como una flecha que viene a clavarse... (y) puede llenar toda la foto...aunque, muy a menudo, sólo es un detalle que deviene algo proustiano...íntimo, innombrable...”.

⁶⁵ El *Glossarium* de C. DU CANGE recoge la voz medieval *stillus* como equivalente a fórmula documental propia de la secretaría judicial o del notariado: *acta forensia vel scribae officium*.

⁶⁶ En *El Sínodo diocesano del Obispo Lepe, estudio jurídico*, Logroño, Ed. Santos Ochoa, 2012, págs. 106 ss., he descrito la *sinodalidad* canónica como una manifestación de la comunión eclesial por la que los fieles -obispos, presbíteros y laicos- expresan, desde sus respectivos ministerios, su solicitud por la Iglesia (local, particular, intermedia y universal), participando y corresponsabilizándose solidariamente en diversas formas de socialidad canónicamente aceptadas (oficios, instituciones o actos eclesíasticos, sean espontáneos, paralelos, colectivos o colegiales) mediante las cuales el Pueblo de Dios realiza la función salvífica (magisterial, sacerdotal y pastoral) encomendada por Cristo a su Iglesia. La sinodalidad canónica es, pues, un concepto genérico que comprende diversas especies, de las cuales la *colegialidad* episcopal es la más conocida, pero que, en todo caso, es de carácter eclesiológico y no restringe su ámbito al asesoramiento en Derecho.

⁶⁷ En el *ius publicum romanum* clásico, las altas magistraturas, como los cónsules, eran, sí, colegiales, pero en el sentido de integradas por *colegas*, esto es trascendidas de una *potestas* única e igual que sólo quedaba limitada por el poder idéntico del otro magistrado copartícipe que podía vetar (*intercedere*) las decisiones de su colega; a diferencia de las corporaciones de *auctoritas*, como el colegio pontifical o el Senado, que se estructuraban en colegios cuyos componentes debían consensuar o votar sus dictámenes. Para distinguir ambas colegialidades, Álvaro D’Ors acuñó el brocardo “el colega veta, el colegio vota”.

⁶⁸ Sobre el *ordo de celebrandis conciliis* desde el IV Concilio de Toledo (633), cfr. ORLANDIS; RAMOS LISSON, *Historia de los Concilios de la España romana y visigoda*, Pamplona, 1980, págs. 170-176. Respecto a la celebración de las Cortes medievales, cfr. la clásica obra de DE CAPMANY Y MONTPALAU, A, *Práctica y estilo de celebrar Cortes en el Reino de Aragón, Principado de Cataluña y Reino de Valencia y una noticia de las de Castilla y Navarra*, Madrid, 1821. En cuanto a las *Leyes del Estilo* (1274), como reacción de los altos órganos judiciales de la corte regia en favor del Derecho castellano contra la recepción del *ius commune* preconizado por las *Partidas* y el *Espéculo*, así llamado por influjo del *Espejo de Sajonia* (1220),

cfr. SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J, *Historia del Derecho*, Madrid, Dyckinson, 1995, pág. 382. Para el sistema polisindial de gobierno de la Monarquía hispánica, cfr. GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L, *Curso de Historia de las instituciones españolas*, Madrid, 1968.

⁶⁹ Como es sabido, sigue gozando de venerable prestigio la idea académica de que el proceso (jurisdiccional o arbitral) y el acto decisorio (sentencia o laudo) que lo concluye reproducen macroscópicamente un silogismo, donde la premisa mayor son los hechos probados (lo que exige una previa fase rituarial de determinación y prueba de los mismos); la premisa menor son las normas jurídicas aplicadas (lo que requiere los trámites de audiencia para valorar el material probatorio y las correspondientes alegaciones en Derecho); y la conclusión lógica, que es el fallo adoptado por el juez o árbitro.

⁷⁰ El adjetivo sustantivado *motivo* deriva del latín tardío *motivus*, a su vez, derivado de *motus*, participio de *moveo* (mover).

⁷¹ Así lo establece el art. 88.6 LPAC'15, a cuyo tenor “*la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma*”. Pero repárese en que este precepto, impele a distinguir entre *motivación* y *justificación*, ya que, para la *motivación*, exige una incorporación física (*in re*) del contenido del dictamen a la resolución que finalice el procedimiento, mientras que el efecto justificante que es propio de la *justificación* se produce por el dictamen mismo (*per se*), siempre que éste luzca en el expediente (*in acta*) y sirva de fundamento a la resolución (*in substantia*), aunque sólo sea citado o reproducido parcialmente en ella (*per relationem*).

⁷² El art. 7 del Reglamento del Consejo de Estado (aprobado por RD 1674/1980, de 18 de julio), que ha servido como patrón a todos los AOC autonómicos, exige que el órgano decidente manifieste, en la disposición que apruebe, si la misma es conforme con el dictamen o discrepa de él, en el primer caso, debe emplearse la expresión *de acuerdo con*; en el segundo, la de *oído*; y, como las decisiones adoptadas han de ser comunicadas al Consejo, éstas últimas generan, a su vez, un informe jurídico interno para que el Consejo conozca las causas y alcance de la discrepancia.

⁷³ El verbo latino *munio* (proteger) ha tenido especial implantación en la terminología castrense para expresar el trabajo de ingeniería militar tendente a fortificar (*munitor* equivale a zapador) y armar (de donde la palabra castellana *munición*), de suerte que lo así protegido se califica como *munitus*, hasta el punto de la *Munitoria* es el arte de fortificar, antagónica, pues, de la *Poliorcética*, que es arte contenciosa de asediar y quebrar las fortificaciones.

⁷⁴ El *Libro de Estilo de la Justicia* (LEJ), MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), Madrid, RAE-CGPI-Ed. Espasa, Barcelona, 2017, pág. 223, recuerda que *advertir* es un verbo polisémico que puede significar: i) una observación o percepción por uno mismo, es decir, un reparar *en*, percatarse o darse cuenta *de algo*, que se expresa a continuación con la partícula *que*, para darle un matiz sólo identificativo; ii) una información a otro, es decir, un avisar *a alguien* de *algo*, que se expresa a continuación también con la partícula *que*, para darle un matiz meramente ilustrativo; y iii) un amenazar *a alguien* *con* algo. que se expresa a continuación con la partícula *de que*, para conferirle el matiz intimidatorio. Pues bien, los dos primeros significados, al implicar *auctoritas*, pueden integrarse en la función *monitiva* propia de los AOC, pero no el tercero pues, al implicar *potestas*, se integra en la función *monitoria*, que les resulta impropia.

⁷⁵ Las *acordadas* se adoptan cuando el AOC aprecie la necesidad de que se efectúe un apercibimiento, corrección disciplinaria o incoación de expediente de responsabilidad por culpa contra algún funcionario (cfr, p.e. el art. 130.4 del Reglamento del Consejo de Estado, aprobado por RD1674/1980, de 18 de julio).

⁷⁶ En la tradición canónica, se denomina *monitum* a la decisión adoptada por un superior investido de *potestas* de régimen con la forma de un precepto singular que era comunicado en forma de *breve* para destacar su carácter expeditivo y terminante. En realidad, los *Breves* pontificios proceden de los *Decreta* de los emperadores romanos de la época post-clásica, es decir, durante el Dominado, lo que explica su recepción en el Derecho imperial bizantino, de donde pasaron al ruso, en el que, a partir del s. XIV, adoptaron la forma de *Ucases* de los zares (*Zar*, como es sabido, es un apócope eslavo de la voz latina *César*). Tras la dominación normanda en Sicilia, la técnica de los *Breves* pontificios fue asumida en Inglaterra por las cortes judiciales regias para documentar mandatos expeditivos (*writs*), que el Derecho procesal anglosajón mantiene para que los jueces, recabándose del antiguo poder irresistible de los monarcas normandos, formulen mandamientos (*writ of mandamus*), prohibiciones (*writ of prohibimus*), requerimientos de presencia física de alguien (*writ of habeas corpus*) o de fuerza en conocer algo (*writ of certiorari*). Nuestro moderno Derecho procesal civil (cfr. arts 812-818 LEC'00) ha seguido esta línea expresiva de *potestas* al conferir la denominación de *monitorio* a un proceso que, siendo declarativo, se caracteriza por una rápida y sencilla tramitación, adecuada para sustanciar pretensiones en las que está documentado con claridad el derecho del acreedor, y que termina con una resolución jurisdiccional ejecutoria; revelando así que la finalidad del proceso es facilitar brevemente al actor un título judicial directamente ejecutivo. Cfr. MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, *Derecho angloamericano y Derecho Canónico: las raíces canónicas del "Common law"*, Madrid, U. Complutense- Ed. Civitas, 1991; y, especialmente, R. CH. VAN CAENEGEM; José Luis Moreno-Torres Sánchez (trad.), "El nacimiento del *Common law* inglés", en *Interpretatio, Revista de Historia del Derecho*, 4, 1998, págs, 1-168.

⁷⁷ Sobre el binomio *iudicatio-iurisdictio*, cfr. DOMINGO OSLÉ, Rafael, *Auctoritas*, Ed. Ariel, 1996.

⁷⁸ El art. 106 LPAC'15, bajo el epígrafe *Revisión de disposiciones y actos nulos*, establece, en sus aps. 1 y 2 que: "1. Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y **previo dictamen favorable** del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el arto 47.1 LPAC'15. 2. Asimismo, en cualquier momento, las Administraciones Públicas de oficio, y **previo dictamen favorable** del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el art. 47.2 LPAC'15".

⁷⁹ La STC 31/2010, en su FJ 32, afirma que: "**del art. 76 EAC, referido al CGE, se impugna ... la eficacia vinculante atribuida a los dictámenes...** (pero este apartado) **del precepto es...**, constitucionalmente inobjetable, pues **la función dictaminadora atribuida al CGE no hace sino configurarlo en los términos del anterior CC de la Generalitat, especie del género institucional consultivo cuya constitucionalidad fue confirmada por la STC 204/1992, ... Las diferencias entre CGE y TC –fundamentalmente sustanciadas en el valor de cosa juzgada privativo de los pronunciamientos jurisdiccionales– se diluyen, no obstante, de manera muy notable atendido el carácter vinculante que el ap. 4 del art. 76 EAC atribuye a los dictámenes del CGE** «con relación a los Proyectos de ley y las Propositiones de ley del Parlamento que desarrollen o afecten a derechos reconocidos por el presente EAC». La indeterminación del modelo de control que habrá de corresponder al CGE, toda vez que el art. 76.2 EAC se remite en ese punto a «los términos que establezca la ley», **hace posible una pluralidad de opciones que pasan por dos extremos: A) el control sobre los Proyectos y Propositiones de ley se llevará a cabo en el momento de la presentación de las iniciativas legislativas en la Cámara y a lo largo de su debate en la misma; B) el control se verificará una vez concluido el procedimiento legislativo, pero antes de la publicación de la ley. En ambos casos, puede aún hablarse, con perfecta propiedad, de «Proyectos y Propositiones de ley». Si el dictamen del CGE es vinculante (importando poco que lo sea sólo en relación con determinadas iniciativas legislativas), ha de entenderse que un juicio negativo impedirá, en el primer caso, la tramitación de la iniciativa o, en su caso, la continuación del debate en sus términos originales; y, en el segundo supuesto, la publicación de la ley y su entrada en vigor. Lo primero supondría una inadmisibile limitación de la autoridad y las competencias parlamentarias, con grave quebranto de los derechos de participación política reconocidos por el art. 23 CE, en garantía de la libertad parlamentaria propia de los sistemas**

democráticos; lo segundo configuraría el control ejercido por el CGE en términos demasiado próximos (materialmente equivalentes, desde luego) a un control jurisdiccional sobre normas legales enteramente perfeccionadas en su contenido, perjudicándose entonces el monopolio de rechazo de las normas con fuerza de ley reservado por el art. 161 CE a este TC. Cualesquiera de ambas hipótesis abocan a la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del ap. 4 del art. 76 EAC, debiendo ser desestimada, por el contrario, la impugnación de sus ap. 1 y 2”.

⁸⁰ Cfr, p.e, IGLESIAS MACHADO, Salvador; MARAÑÓN GÓMEZ, Raquel (coords.), *Manual de Derecho parlamentario autonómico*, Madrid, Dyckinson-Parlamento de Canarias, 2016, pág. 293.

⁸¹ Del verbo latino *caveo* (precaverse, resguardarse) y, en concreto, de su participio *cautum* (asegurado, protegido), más que del adjetivo *cautus* (precavido, cauto), deriva la idea de lo cautelar como aquello que confiere a otro una seguridad o garantía (*cautio-nis*).

⁸² Cfr. SALGUEIRO MUREIRA, Carmen María, “Reflexiones sobre el futuro de los AOC autonómicos”, en REFC, 28-29, 2018, págs. 23-37. Por mi parte, he defendido la misma idea en : i) “La función consultiva ante la reforma de la justicia”, o.c, págs. 61-82; y ii) “El arbitraje en Derecho Administrativo...”, o.c, págs. 39-56.

⁸³ Para ello, son muy recomendables los *Libros de estilo*, como los editados por la RAE con el CGPJ (*Libro de estilo de la Justicia*. Madrid, Espasa, 2017) y con la Asociación de Academias de la Lengua Española (*Libro de estilo de la lengua española según la norma panhispánica*. Madrid, Espasa, 2018). En el ámbito de los AOC, con la supresión del CC de la Comunidad de Madrid, desapareció el apartado de su página oficial en internet que recogía unos adecuados criterios de estilo consultivo, que actualmente sólo tiene explicitados el CCR en su página *web* (*ccrioja.es*). Por mi parte, he recogido las pautas que estimo adecuadas en la segunda parte de mi estudio “El estilo consultivo...”, o.c, págs. 19-90.