TÉCNICA LEGISLATIVA Y FUNCIÓN CONSULTIVA

Ignacio Granado Hijelmo ¹

I. EL CONCEPTO DE TÉCNICA LEGISLATIVA Y SU UBICACIÓN EN LA ENCICLOPEDIA JURÍDICA.-

En una primera aproximación, suele concebirse la Técnica Legislativa como aquella rama del Derecho que tiene por objeto lograr la racionalidad de las normas jurídicas en cuanto que textos comunicacionales preceptivos.

Esta concepción se centra en una consideración del Derecho como lenguaje incorporado a textos significativos y obligatorios, pero sólo una ubicación más concreta de la Técnica Legislativa entre las restantes ramas del Derecho permite distinguirla de ellas y establecer los lazos de unión que tiene con las mismas. Parece, pues, aconsejable que, antes de adentrarnos en la navegación por el mar jurídico interior en que la Técnica Legislativa consiste, comencemos desplegando la carta náutica de la Enciclopedia Jurídica para considerar sus principales sectores con respecto a la Técnica Legislativa.

1. Técnica Legislativa y Epistemología Jurídica.-

La *Epistemología* es siempre la primera rama a considerar en cualquier saber ya que estudia las distintas concepciones del mismo a lo largo de la Historia. Así pues, la *Epistemología Jurídica* se ocupa de las diversas concepciones históricas del Derecho. Quizá pueda parecer a alguno que este planteamiento se sitúa muy lejos y por encima de las cuestiones que parecen constituir el objeto de la Técnica Legislativa y así es en realidad, pero si lo incluimos en primer término es porque la posición epistemológica que sobre el Derecho se adopte va a influir de forma determinante en la concepción, contenido y operatividad de la Técnica Legislativa.

En efecto, la teoría y la práctica de la Técnica Legislativa será diferente, por ejemplo, para un *iusnaturalista* que piense que el texto de las normas positivas debe resultar siempre trascendido por las exigencias axiológicas derivadas de la ontología natural de las cosas, que para un *iuspositivista* que se centre en el dato de la norma sin consideraciones meta-textuales. Pero hay otras muchas visiones del Derecho: el *marxismo*, el *egologismo* y multitud de concepciones particulares de juristas más o menos conocidos muchas de las cuales, como es bien sabido, están conduciendo en la actualidad a un amplio pluralismo conceptual.

¹ Letrado-Secretario General del Consejo Consultivo de La Rioja. Trabajo publicado *Anuario Jurídico de La Rioja*, Logroño, Parlamento de La Rioja-Universidad de La Rioja, ISSN 1135-7096, 2000-2001, núm. 6-7, págs. 173 a 203.

Por ello, me parece honesto comenzar confesando mis propias creencias epistemológicas sobre el fenómeno jurídico, ya que procuraré mantenerme en congruencia con ellas en mi concepción de la Técnica Legislativa.

Pues bien, hace tiempo que vengo sosteniendo una visión holística del Derecho compatible con la denominada *Teoría General de Sistemas* y, más concretamente, con la *Sistemología Estructural*. A esta concepción del Derecho unimos una de la realidad y de la persona humana que hunde sus raíces en la filosofía zubiriana y en el personalismo comunitario. Es con estos pertrechos intelectuales con los que concluimos nuestra propia visión de la *Ontología Jurídica*, es decir, sobre qué es y en qué consiste el Derecho.

Concebimos, así el *Derecho* como un sistema formal y tridimensional (axiológico, dogmático y sociológico) que es diacrónico y se encuentra implementado con los demás que componen esa vasta alteridad que denominamos el mundo, cuyo objeto es la conformación justa del orden social para el logro de la paz civil en un entorno de bienestar material según las circunstancias determinadas por el espacio y el tiempo de que se trate.

Entendemos por *sistema* toda unidad de intelección que manifiesta una coherencia entre las distintas *estructuras* que lo componen y las de otros sistemas con las que se implementan, de suerte que puede ser estudiado mediante las técnicas de creación de *modelos* y análisis de la estática y, sobre todo, de la *dinámica de sistemas*.

Así pues, la concepción epistemológica que podemos denominar *Jurisprudencia de Sistemas*, concibe la realidad como un complejo sistémico en cuyo conocimiento paulatino vamos profundizando a lo largo de la Historia y en el que el Derecho se ubica como un subsistema formal dentro del más amplio en que la cultura consiste.

Esta concepción abre, pues, el Derecho a la Cultura, lo proyecta diacrónicamente por la flecha del tiempo hacia la Historia y la Prospectiva, no lo ahoga en las limitaciones iuspositivas de la Dogmática sino que lo dilata, por arriba, hacia la Axiología y, por debajo, hacia la Sociología, todo ello sin perder de vista la *implementación*, esto es, la íntima conexión que el Derecho tiene con los demás sistemas en cuanto participa en ellos como estructura -jurídica- de los mismos.

Hemos calificado de *holística* (del griego *òlos*, totalidad) a esta visión teórica y cultural del Derecho ya que trata de concebirlo como una totalidad inmersa en la totalidad del mundo y que sólo desde una perspectiva de totalidad puede comprenderse y funcionar adecuadamente. Es obvio, pues, que esta visión general (eso es lo que etimológicamente significa la palabra griega *teoría*) condicione cuanto vamos a señalar sobre una pequeña parte del todo jurídico cual es la Técnica Legislativa.

2. Posición de la Técnica Legislativa en la Dogmática Jurídica.-

Son muchos los juristas -y casi todos los no juristas- que restringen el ámbito de la *Ciencia del Derecho* a la *Dogmática*, esto es, al estudio y consideración de esos *dogmas*

peculiares del Derecho que son las normas jurídicas y, más en concreto, de las normas jurídicas positivas escritas y vigentes en un espacio y tiempo determinados.

Hay que reconocer que el estudio monográfico de la *Dogmática Jurídica* ha generado brillantes y completos análisis de las normas y ha conducido a la *Ciencia del Derecho* a extremas cotas de perfección hasta el punto de que hoy en día no se puede ser jurista sin un profundo conocimiento de la Dogmática Jurídica al uso. Vaya, pues, por delante el reconocimiento de este crédito.

Sin embargo, lo que es virtud puede degenerar en vicio si, al amparo de la Dogmática, se pretender olvidar la trascendencia jurídica de los postulados axiológicos y las exigencias sociales. Ambos reduccionismos yugulan la virtualidad de los avances dogmáticos y empobrecen lamentablemente la *Ciencia del Derecho* al impedirla comulgar, por un lado, con los valores y, por otro, con las realidades sociológicas y, en último término, al desvincular al Derecho de la cultura.

Esto dicho, dentro de la mansión de la *Dogmática Jurídica* podemos distinguir tres grandes estancias intelectuales según se dediquen al estudio de los sujetos, objetos o acciones normativas, que nos han de servir para ubicar más precisamente en ellas al invitado que nos ocupa: la Técnica Legislativa.

A) En primer lugar, nos encontramos con la *Teoría de los sujetos normadores*, frase genérica que sugiere el Prof. Atienza y que no sólo comprende al consabido “*legislador*”, sino también a cualesquiera “*draftsmen*”, es decir, todo aquel que se vea en la tesitura de tener que redactar una norma jurídica, sea ésta de tipo legislativo (una ley, un reglamento o cualquier otro tipo de disposición normativa), negocial (un contrato o un testamento, por ejemplo) o judicial (una sentencia u otra resolución judicial).

El componente acusadamente subjetivo de este plantamiento (subjetivo en el sentido de centrado en los sujetos), aconseja no incluir en este apartado a la rama del saber jurídico que denominamos Técnica Legislativa, si bien ello no debe hacernos olvidar la influencia que en la Técnica Legislativa puede tener esta perspectiva en cuanto que, en suma, la consideración de los sujetos normadores conduce a la de las *fuentes materiales del Derecho*, es decir, las fuerzas sociales que impelen la producción normativa y, por lo tanto, también pueden influir en su forma de manifestación textual.

B) En segundo lugar, tenemos la que Atienza llama *Teoría de los objetos normativos* y que no es sino la bien conocida *Teoría de las Normas Jurídicas* con que los Profesores de Filosofía del Derecho suelen obsequiar a sus alumnos en el primer curso de nuestras Facultades de Derecho. Desde luego, empleamos aquí la expresión *normas* en un sentido amplio, abarcando todo tipo de disposiciones y decisiones jurídicas públicas o privadas, no sólo las leyes en sentido estricto material o formal.

Son muchos los especialistas que ubican aquí la Técnica Legislativa puesto que, tras explicar qué sea una norma jurídica, cuáles son sus elementos, su interpretación y funcionalidad, no parece descabellado analizar los problemas que la misma plantea en

cuanto que texto comunicacional. Sin embargo, entendemos que la *Teoría de las Normas* debe mantenerse académicamente en un nivel de consideración abstracta, objetiva y general de la normativa jurídica, dejando para la tercera parte -a la que seguidamente aludiremos-, las consideraciones más funcionales y concretas.

C) Así pues, en tercer y último lugar, procede considerar la denominada por Atienza *Teoría de las acciones normativas* que estudia los distintos grupos de normas en su perspectiva tanto estática como dinámica en las distintas fases del Derecho (producción, intelección, aplicación y ejecución).

- La primera fase es, lógicamente, la *producción* jurídica o *normación* que, a su vez, opera en distintos niveles subfásicos (internacional, constitucional, legislativo e impositivo o concretador mediante actos privados, como son los contratos o testamentos, o públicos, como son los actos administrativos y los judiciales). Se comprenden, así, en este apartado las *Teorías*: En el Derecho Privado, *del Negocio Jurídico* (atento a la problemática de las disposiciones contractuales o testamentarias) y, en el Derecho Público, *de los Tratados internacionales* (donde integramos tanto los Tratados en sentido estricto, como la problemática del Derecho derivado de las Organizaciones supranacionales de integración), *de la Constitución* (que estudia las normas constitucionales internas de cada Estado) y *de la Legislación* (que se centra en las disposiciones públicas de rango meramente legislativo o reglamentario).

Es precisamente en el seno de la *Teoría de La Legislación* donde, como seguidamente veremos, se ubica, junto con otros saberes, la Técnica Legislativa, aunque sus principios y reglas también se aplican a las normas producidas en el nivel impositivo o concretador (actos administrativos o judiciales) cuyo estudio sistemático, como veremos, suele hacerse, sin embargo, al tratar de la fase impositiva o aplicativa del Derecho.

-La *fase de intelección* del Derecho nos conduce a la problemática de la *Metodología Jurídica* que se ocupa de todo lo relativo a la conceptualización (*Teoría del razonamiento y los conceptos jurídicos*), interpretación (*Teoría de la hermenéutica jurídica*), exposición sistemática (*Teoría del método jurídico* en sentido estricto) y modo de fundamentar las decisiones jurídicas (*Teoría de la argumentación jurídica*). Aunque la Técnica Legislativa no se ubica entre estos saberes, es claro que se muestra tributaria de muchas de sus aportaciones.

-La *fase aplicativa o impositiva* del Derecho, especialmente por parte de los poderes públicos Ejecutivo y Judicial, conduce, respectivamente, a las *Teorías: del Acto Administrativo y de la Sentencia*, si bien respecto a ésta última la terminología es muy variada pues hay quienes prefieren hablar más ampliamente de *Teoría de la Jurisdicción*, de la *Judicación* o de la *Justicia*, según las distintas concepciones, aunque siempre el objeto es analizar la problemática de la sentencia y demás decisiones judiciales, entendidas como normas jurídicas aplicables a la resolución de un caso concreto. *La Técnica Legislativa*, como su propio nombre indica, nació para la depuración de las normas generales (Constitución, leyes, reglamentos) mas, como hemos adelantado, también se aplica a esta fase impositiva del Derecho.

-Por último, aunque conceptualmente la *fase de ejecución* puede y debe distinguirse de la *impositiva o de aplicación del Derecho*, la que podemos denominar *Teoría de la ejecución jurídica* suele ser estudiada conjuntamente con la de la aplicación que se trata de ejecutar.

3. Técnica Legislativa y Teoría de la Legislación.

Pese a la clara sectorización esbozada, carecemos, por motivos académicos, de una visión de conjunto de ese sector de la Dogmática Jurídica que hemos denominado *Teoría de las acciones normativas*, ya que sus distintas partes suelen ser analizadas por los especialistas de las ramas jurídicas más afines.

Así la *Teoría del Negocio Jurídico* viene siendo patrimonio de los civilistas, como la *Teoría de la Constitución* ha sido generalmente monopolizada por los constitucionalistas, la *Teoría de los Tratados Internacionales* suelen reservársela los internacionalistas, mientras que han sido los procesalistas quienes se han ocupado de los problemas teóricos generales que forman el contenido de la *Teoría de la Jurisdicción, Judicación o Justicia*. Ha quedado así en situación académica de *res nullius* la *Teoría de la Legislación*, a lo sumo ocupada por algún generalista, filósofo o teórico del Derecho.

Sin embargo, es propiamente a la *Teoría de la Legislación* a la que pertenece la Técnica Legislativa, junto con otras disciplinas concomitantes. Ha sido Atienza quien más ha reflexionado sobre esta ubicación, distinguiendo en la *Teoría de la Legislación* las siguientes ramas, muy relacionadas entre sí pero que conviene no confundir:

- La *Teoría Legislativa*, que comprende el estudio de la Ley y el Reglamento, sus distintos conceptos, naturalezas y funcionalidad como fuentes del Derecho. Pese a ciertas aportaciones de los civilistas, hay que reconocer que han sido los administrativistas y, en menor medida, al menos entre nosotros hasta ahora, los constitucionalistas, quienes han cultivado esta parcela jurídica en las Partes Generales de sus respectivas disciplinas. Mención a parte, aunque relacionada con esta Teoría legislativa, merece el estudio de los Tratados Internacionales y del Derecho derivado de Organizaciones supranacionales de integración, que suele ser considerado por los especialistas en Derecho Internacional Público.

-La *Metodología Legislativa* que trata de todo lo relativo al contenido, fines y medios de las disposiciones legislativas. Esta disciplina carece, por lo general, de cultivadores genéricos ya que suele ser tratada a propósito de disposiciones o grupos normativos concretos de los que dimanar los fines pretendidos, los medios a emplear para lograrlos y, en suma, el contenido concreto y ordenación de la norma o normas correspondientes. Por eso suele tratada fragmentariamente en la Parte Especial de las distintas disciplinas y sólo suele aflorar como disciplina autónoma a raíz de estudios comparativos o diacrónicos.

- La *Política Legislativa* alude a un problema de estrategia y táctica de la norma en función de los fines de transformación social pretendidos por la misma; por eso impera como rector de esta materia un criterio político cual es el *principio de oportunidad* que trata de evitar que persistan o surjan normas *inconvenientes* según las circunstancias sociales de lugar y tiempo a considerar con vistas a la eficacia de la norma. La Política Legislativa suele aparecer por ello en las fronteras de la Dogmática Jurídica y más bien, según las perspectivas, como un capítulo de la Ciencia Política, de la Sociología Jurídica o de la Historia del Derecho.

-La *Técnica Legislativa*, en fin, contempla la norma jurídica como un mero texto comunicacional que, para ser obligatorio, debe resultar válido y claro; por eso trata de ajustarla a los principios de *legalidad* y *seguridad jurídica*.

Así pues, desde la perspectiva de la Dogmática Jurídica, la Técnica Legislativa es la parte de la *Teoría de las acciones normativas* y, concretamente, de la *Teoría de la Legislación*, que contempla y estudia las normas jurídicas como textos comunicacionales obligatorios desde la perspectiva de su legalidad y seguridad jurídica.

Por nuestra parte, en cuanto la opción epistemológica que profesamos comporta una creencia en la dimensión dogmática del Derecho, compartimos la ubicación inicial que de la Técnica Legislativa acabamos de efectuar en el plano extendido de la Enciclopedia de saberes jurídicos, pero el carácter no sólo tridimensional sino holístico del Derecho que mantenemos nos obliga -partiendo de esta ubicación y concepto estricto de la Técnica Legislativa-, a penetrar en áreas mucho más amplias que dilatarán también la perspectiva de esta materia. Y es que, siguiendo con el símil marinero, estamos en una navegación, hemos localizado nuestra nave y el puerto donde se ubica, pero ahora comienza la singladura. Como intuyó el gran Zubiri en su decisivo ensayo "*Estructura dinámica de la realidad*", ésta, como una nave, es móvil y, por tanto, no sirve avistarla y anclarla: hay que subir a bordo y lanzarse a navegar con ella, pues la fuerza de esa visión que es la "*teoría*" en su puro sentido etimológico, no puede ser la petrificante que tenía la mirada de la Gorgona, sino la del piloto o el timonel, siempre abierta a nuevos horizontes.

3. Impacto de la Axiología y Sociología Jurídicas en la Técnica Legislativa.

Una primera consecuencia de la opción epistemológica que nos hemos impuesto es constatar que el Derecho no es sólo una *Ciencia pura*, centrada en la norma jurídica y elegantemente desentendida de los problemas valorativos y sociales, sino que es también una *Ciencia Moral, Política, Económica y Social*, pues su misión consiste básicamente en la conformación justa de la sociedad para el logro de la paz civil en un entorno de bienestar material según las circunstancias determinadas por el espacio y el tiempo de que se trate.

Por eso, en el esquema mental de la *Jurisprudencia de Sistemas*, la Técnica Legislativa, ha de ser puesta *en tensión de tridimensionalidad*, es decir, no sólo ha de atender a las implicaciones dogmáticas de la legalidad y seguridad de la norma, sino que ha de atender también a las dimensiones axiológicas y sociológicas de la misma.

A) La *dimensión moral* del Derecho requiere que éste no realice cualquier conformación de la sociedad sino precisamente la que sea *justa* y ese valor moral en que la *justicia* consiste impone, no sólo valores superiores *del* ordenamiento jurídico, como los bien conocidos *principios generales del Derecho*, sino también valores superiores *al* ordenamiento jurídico, como son los *derechos humanos* cuyas exigencias son más exigentes a medida que con el tiempo vamos profundizando en su conocimiento y exigencias y en el de la estructura óptica y social de la persona humana en que se fundamentan.

De esta suerte, los derechos humanos trascienden a su concreta formulación histórica y textual para convertirse en ideas-fuerza llamadas a poner en tensión a todo el ordenamiento jurídico y expulsar del mismo cualquier norma legal o consuetudinaria que les resulte contraria, por venerable y ancestral que sea y aunque esté bendecida por la tradición, la jerarquía o la normativa religiosas.

Repárese en que la concepción escolástico-tomista de la justicia que ha sido tradicional en la cultura jurídica de Occidente, la entiende como una virtud *segunda* en el sentido de que es posterior al Derecho pues, al ser concebida como la *constante voluntad de dar a cada uno lo suyo*, es la norma jurídica -el Derecho, en suma- quien define previamente qué es lo suyo de cada cual y que, por tanto, se le debe en justicia. La justicia así entendida sólo sirve, en rigor, para una actuación "*ex post legem*", o sea, centrada en la fase de aplicación del Derecho establecido (*de iure condito*), dando por buena la situación legalmente establecida e impidiendo, en consecuencia, una crítica profunda a las normas jurídicas, por lo que puede ser fácilmente tildada de conservadurismo.

Por el contrario, la Axiología que sostenemos extiende y anticipa la virtualidad de la justicia a la fase de producción del Derecho (*de iure condendo*), permitiendo una crítica radical de la norma proyectada, al requerir que sea justa en el sentido de ajustada a las exigencias de los derechos humanos y, en ese sentido, supone una actuación *primaria, preventiva, prelegislativa o "ante legem"* que implica, desde luego, una actitud mucho más progresista.

No obstante, es forzoso reconocer que, como han demostrado los neo-escolásticos, (por todos, J. Piepper) la contradicción entre ambas posturas epistemológicas es más aparente que real, al menos en el plano teórico, si se considera que los derechos humanos y demás exigencias derivadas de la ontología de la persona humana conforman un núcleo prioritario o dato apriorístico de Derecho que es de justicia respetar.

En cualquier caso, la Axiología Jurídica es, en nuestra concepción del Derecho, una dimensión completamente operativa y forzosamente ha de plasmarse en la Técnica Legislativa al posibilitar una crítica de la *legitimidad* de la norma, como luego veremos.

B) La *dimensión sociológica* constituye en nuestra concepción uno de los elementos esenciales del fenómeno jurídico sin cuya consideración las normas vigentes no serán *eficaces*. Es curioso constatar cómo los juristas han parecido desentenderse de los problemas de *eficacia* de las normas como si bastase con que éstas fuesen válidas y vigentes, sin apreciar que la verdadera vigencia de una norma no es tanto su formal

existencia sin haber sido derogada (*vigencia formal*), cuanto su efectiva aplicación en la práctica (*vigencia material*). Pues bien, ésta depende mucho, no sólo, como luego veremos, del ajuste de la norma a la realidad normada sino también y principalmente de su *posicionamiento en línea* con las exigencias y necesidades sociales del momento a las que el Derecho debe responder eficazmente. El éxito o fracaso social de una norma, la desobediencia civil y otros fenómenos similares sólo pueden explicarse considerando a la Sociología Jurídica como una dimensión inherente al fenómeno jurídico como sistema de regulación social que hace del Derecho también -como antes adelantábamos- una Ciencia Política, Económica y Social.

La posibilidad, conveniencia, economicidad y socialidad de la norma son así dimensiones que importan también al fenómeno del Derecho entendido como sistema y la Técnica Legislativa no puede ser ajena a las mismas.

4. Técnica Jurídica y dimensión diacrónica del Derecho.

A diferencia de los partidarios de los partidarios de un tridimensionalismo jurídico estricto, entendemos que el Derecho no se reduce a sus dimensiones dogmática, axiológica y social, sino que se encuentra también trascendido por el *factor tiempo* o *temporalidad*.

La *Historia del Derecho* no es sólo una Ciencia evidentemente histórica, esto es, una rama de la *Historia general* especializada en el estudio de las normas e instituciones jurídicas del pasado, sino un componente esencial del fenómeno jurídico y, por tanto, una Ciencia propiamente jurídica, en cuanto explica la dimensión diacrónica del Derecho contemplándolo -y es importante reseñar esta circunstancia-, no sólo en su evolución pasada, sino también en su proyección futura y la regulación del nexo entre ambos momentos.

La que podemos denominar *Diacrónica Jurídica* -para no forzar confusamente el sentido tradicional del término *Historia*- comprende así en mi criterio:

A) La *Historia del Derecho* propiamente dicha, dedicada no sólo a exponer las normas e instituciones del pasado con un método y sentido historiográficos o como unos *antecedentes* institucionales meramente eruditos, sino a presentarlas como elementos evolutivos que han conformado el Derecho presente y que, por lo tanto, forman *parte seminal* del mismo, de su estructura vigente y de la forma en que lo concebimos en la actualidad.

B) El *Derecho Intertemporal* o *Transitorio*, pero no en sentido de explicar mecánicamente la sucesión ordenada de normas en el tiempo o la eficacia de las mismas en esa dimensión, sino de analizar los límites sistémicos de las modificaciones normativas para posibilitar una crítica al ámbito de las derogaciones y del respeto a los *derechos adquiridos*.

Esta última materia tengo la impresión de que ha sido tratada de forma muy superflua por la doctrina y la jurisprudencia como si el respeto a las posiciones jurídicas adquiridas al

amparo de una normativa anterior constituyese un baluarte inadmisibles o al menos sospechoso frente a las pretensiones reformadoras de los legisladores parlamentarios investidos por la legitimidad de su elección democrática de las potestades precisas para acometer cualquier reforma social.

En mi criterio debe partirse en esta materia de la idea, apuntada hace años por el internacionalista Miaja de la Muela, de que los derechos adquiridos (*vested rights*), en general, han de valer y girar en el tráfico jurídico como verdaderos *derechos humanos* ya que la aptitud para recibir y ostentar posiciones jurídicas deriva de la *personalidad jurídica* que, a su vez, se fundamenta en la peculiar *dignidad* que la persona humana revista ante el Derecho. Por ello, en general, las normas jurídicas (en sentido amplio, es decir, incluyendo también las estipulaciones contractuales y las decisiones judiciales) han de tener una *eficacia prospectiva* o *ex nunc* -esto es, proyectada desde ahora hacia el futuro- y ha de contemplarse con disfavor su pretensión de retroactividad o eficacia *ex tunc* -esto es, proyectada desde ahora hacia el pasado y hasta un *entonces* que señala el punto final de la *eficacia retroactiva* de la norma-.

Obviamente es difícil sentar criterios genéricos en esta materia tan ligada a situaciones concretas, pero estimo que la *Diacronía Jurídica* puede ayudar a la toma de decisiones. Es lo que está haciendo nuestro Tribunal Constitucional al reservarse la potestad de definir la amplitud de efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad en vez de sostener a ultranza una retroactividad que, en principio, parecería congruente con una declaración de nulidad radical.

C) Finalmente, hay que incluir aquí a la *Prospectiva Jurídica* que, lejos de ser un arte profético o adivinatorio encaminado a vaticinar lo que va a suceder, constituye la proyección del pasado histórico y la realidad actual sobre la flecha del tiempo, en la seguridad de que el futuro no se construye aleatoriamente sobre la base de factores absolutamente imprevisibles, sino que, sin perjuicio de admitir siempre la aparición de elementos inesperados, son muchas las estructuras que, sembradas en el pasado y existentes en la actualidad, han de condicionar decisivamente el tiempo venidero.

Hoy ya sabemos que, en Física Teórica, es concebible viajar a través del tiempo, pero no son precisas máquinas de ciencia-ficción (como las popularizadas en la serie cinematográfica *"Regreso al futuro"*) para afirmar la posibilidad de un cierto control del porvenir, sentando las bases de la evolución futura de las instituciones sociales, fijando las directrices que han de regir los procesos de transformación y, en suma, analizando la dinámica de los sistemas sujetos a los mismos.

Es más, de seguir ciertas teorías matemáticas (como la del caos o los fractales), habría que concluir que, en rigor, no existen acontecimientos imprevisibles sino meramente imprevistos por nuestro deficiente conocimiento de algunos sistemas que se nos aparentan desordenados cuando, en realidad, lo que ocurre es que no sabemos bien el orden profundo que encierran (así, algunos sistemas aparentemente caóticos han podido ser representados mediante modelos fractales e incluso reproducidos por medios informáticos).

Los juristas estamos ayunos de estos saberes porque nos falta la propedéutica de los mismos que, en mi criterio, es la *Sistemología Estructural* y sus conocimientos derivados tales como la *Dinámica de Sistemas* complejos o la *Semiótica Jurídica*, ya que, si no sabemos “leer” e interpretar los *signos* jurídicos del tiempo presente, malamente sabremos preparar un futuro jurídico mejor para las generaciones venideras que, en suma, es lo que supone que pretende toda labor legislativa.

La Técnica Legislativa no puede ser tampoco una Ciencia jurídica desprovista de tensión diacrónica y, por tanto, su operatividad ha tener también un componente histórico y prospectivo.

5. Implementación sistémica y Técnica Legislativa.

El sistema en que el Derecho consiste es complejo debido a las relaciones que mantienen entre sí las dimensiones (axiológica, dogmática, sociológica y diacrónica) que hemos analizado, pero su complejidad es mayor aún si se repara en que, a su vez, lo que denominamos Derecho no es sino la estructura -jurídica- de todos y cada uno de los sistemas en que se organiza la realidad normada (agricultura, industria, economía, familia, etc.), los cuales no sólo constan de la estructura jurídica obviamente (hay juristas que sólo ven esa estructura) sino de otras muchas (por ejemplo, el sistema agrícola no se reduce a la leyes agrarias, sino que comprende también, la capacitación, la ingeniería o la economía agrarias, entre otras muchas estructuras). A su vez, los distintos sistemas están relacionados entre sí de múltiples formas (los ejemplos pueden ser variados: un descenso de la natalidad (sistema demográfico) influye en el sistema educativo, las mejoras en el sistema viario y de comunicaciones generan sinergias en el sistema económico e industrial, las bajadas de los tipos de interés incrementan la inversión...).

Así pues, existen variados tipos o niveles de *relaciones sistémicas*:

A) Un primer tipo es el nivel que podemos denominar de *relaciones intrasistémicas* o *internas*. Son las que se producen entre las diversas estructuras que componen cada sistema y expresan el grado de coherencia del sistema consigo mismo. Por ejemplo, en el sistema agrario, una mejora en la estructura consistente en la capacitación de los agricultores supone una disminución de la estructura de siniestralidad laboral, lo mismo que en el sistema educativo una potenciación de la estructura financiera mediante fuertes inversiones supone una mejora en la estructura consistente en la calidad de la enseñanza.

En el caso del sistema jurídico, las relaciones inter-estructurales son más bien *interdimensionales* (es decir, las generadas por el mutuo condicionamiento entre las dimensiones axiológica, sociológica dogmática y diacrónica, principalmente). En efecto, ya sabemos que el Derecho es un sistema formal que se integra como estructura (jurídica) en cada uno de los sistemas que integran la realidad normada, de suerte que, más que integrado por estructuras, es él mismo la estructura jurídica de otros sistemas, hasta el punto de que, agregando todos los sistemas normados, el Derecho aparece macroscópicamente como la estructura jurídica general del sistema social. Por eso, en el sistema jurídico, más que de estructuras, hemos preferido hablar de dimensiones componentes y, como en nuestra

concepción epistemológica, el Derecho ha de ser entendido pluri-dimensionalmente, es decir, trascendido por distintas dimensiones (axiológica, sociológica, axiológica y diacrónica, principalmente), entendemos, en consecuencia, que, para aludir al Derecho, debe hablarse más que de relaciones inter-estructurales, de relaciones (intra-sistémicas) de carácter inter-dimensional.

Estas consideraciones son, obviamente, muy abstractas, pero tienen importancia para la Técnica Legislativa porque determinan para las normas jurídicas exigencias de racionalidad de muy distinto tipo, concretamente, no sólo las derivadas de las restantes estructuras del sistema que configure la realidad normada de que se trate (agricultura, industria, familia, etc.), sino también las determinadas por las distintas dimensiones que trascienden al propio fenómeno jurídico (axiológicas, dogmáticas, sociales, etc.).

B) Un segundo nivel es el de las *relaciones inter-sistémicas* o *externas*. Son las que se producen entre los diversos sistemas normados y expresan el grado de coherencia del sistema de que se trate con la realidad que necesariamente le rodea. Contempladas desde sistemas más amplios y compuestos, permiten apreciar el grado de *sistematicidad* o integración armónica del conjunto.

Si se nos permite la forma de expresión, estas relaciones permiten visiones paisajísticas o de ecología medio-ambiental de los sistemas complejos. Es claro que los sistemas pueden situarse más o menos en línea con sus colindantes y que, en función del grado de colaboración con los mismos, sus relaciones pueden ordenarse gradualmente desde el apoyo y potenciación hasta la interferencia y conflicto, pudiendo pasar por múltiples grados intermedios. Pensemos, por ejemplo, en las consecuencias que el descenso de la natalidad (sistema demográfico) conlleva en el sistema educativo (menor necesidad de centros escolares y profesorado) o que el aumento de las expectativas de vida supone para el sistema de servicios sociales (necesidad de más residencias de ancianos).

Tampoco la Técnica Legislativa puede ser ajena a esta problemática y a las múltiples exigencias de racionalidad que determinan las relaciones externas entre los diversos sistemas normados por el Derecho.

II. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA.

La Técnica Legislativa interesa a todos los operadores jurídicos que se vean en la tesitura de producir, redactar o supervisar el texto de normas jurídicas en cualesquiera de las fases del Derecho (desde la legislativa en su más amplio sentido, es decir, comprendiendo todo tipo de disposiciones generales, hasta la negocial -redacción de cláusulas y estipulaciones en negocios jurídicos- y la impositiva o aplicativa que integra la formulación de resoluciones judiciales y administrativas), por eso afecta de modo singular a los juristas encargados de la función consultiva.

En general, denominamos *consultiva* a la función social que tienen encomendada los juristas consistente en responder autorizadamente a las consultas que se les formulen sobre el fundamento que en Derecho tengan pretensiones, proyectos o cuestiones sobre las que existan o pudieran suscitarse dudas jurídicas.

Más en concreto, la expresión "*función consultiva*" alude a la atribuida por la ley a ciertos juristas que la desarrollan en el seno de órganos independientes de cualquier poder y que precisamente tienen encomendada la misión institucional de emitir dictámenes fundados en Derecho sobre cuestiones problemáticas que puedan someter a su consideración los órganos públicos facultados para ello.

Para comprender con mayor profundidad la naturaleza de la función consultiva y su relación con la Técnica Legislativa, conviene precisar ciertos grupos de conceptos, tales como los de poder, legalidad, autoridad y legitimidad que suelen confundirse con frecuencia.

1. Poder, voluntad y potestad.

Ampliamente entendido para comprender todas sus manifestaciones públicas y privadas, el poder no es sino la capacidad de influir más o menos intensa y extensamente en la vida de otras personas y antropológicamente no se incardina entre los efectos de la inteligencia sino de la voluntad humana pues no consiste tanto en un saber o conocer, cuanto en un querer. Constituye así el poder una forma de "*voluntas*" que tradicionalmente conocemos como "*potestas*".

Una típica manifestación del poder es la *potestad normativa*, es decir, la de emanar o producir normas obligatorias. Por eso, el artículo 1089 de nuestro Código Civil, recogiendo una tradición jurídica ancestral, enumera las *fuentes de las obligaciones* señalando como tales sendas manifestaciones de voluntad, sea la voluntad soberana del pueblo contenida en la ley, sea la voluntad de los particulares contenida en los contratos y demás manifestaciones de la precisamente denominada *autonomía de la voluntad*, sea -por una analógica ficción- la que subyace en la espontaneidad inherente a las obligaciones cuasi-contractuales o en la culpabilidad propia de las *aquilianas*.

2. Legalidad y Legitimidad.

El poder, pues, tiene la virtualidad de emanar normas obligatorias; unas normas que, si proceden de un poder público, son públicas y las denominamos desde antiguo *leyes*. Por eso, el poder emana *legalidad*.

Pero la estructura óptica de la persona humana -compuesta de inteligencia y voluntad-, hace que resulte intolerable la sumisión a normas que repugnen a la razón y se impongan por la sola voluntad del que tiene potestad para emanarlas. A ese preciso ajuste a la razón de las normas emanadas del poder y que componen la legalidad vigente, se denomina tradicionalmente, *legitimidad*.

Pues bien, pertenece a la más eximia cultura jurídica de Occidente la idea de que el poder no puede imponerse por la razón de su fuerza (*ratio imperii*), sino por la fuerza de la razón (*imperio rationis*) por lo mismo que la voluntad no puede aceptarse como un simple querer, sino que debe ajustarse a la inteligencia o arbitrio de la razón para no caer en la *arbitrariedad*. Esa idea fundamental conlleva la de que la *legalidad* emanada de la voluntad del poder debe ajustarse a la *legitimidad* emanada de la razón del saber pues sólo así será razonable y se sitúa en línea con las íntimas exigencias estructurales de la ontología natural de la persona humana y de la sociedad que los hombres integran y las normas han de regir.

La *legitimidad* del poder es, por de pronto, *de origen*, esto es, debe justificarse racionalmente desde su misma fuente, como ocurre con los pactos en cuanto derivan de la libre voluntad concorde de voluntades particulares o con las leyes parlamentarias en cuanto proceden de una elección libre y voluntaria del pueblo soberano. En efecto, se parte de la idea roussoniana de que los valores de *libertad y propiedad*, en los que se quintaesencia todos los derechos humanos, sólo pueden ser limitados por propia decisión de sus titulares manifestada individualmente a través de la forma originaria del *contrato privado* o colectivamente mediante representantes que den forma de ley al *contrato social* donde cada uno enajena parte de su libertad y propiedad en favor del conjunto, sometiéndose para el reparto y delimitación de las respectivas cuotas de propiedad y libertad a la regla de la decisión adoptada por la mayoría de los representantes elegidos periódicamente de forma libre, individual y secreta.

Pero es obvio que no basta con una genérica legitimidad de origen para justificar cualquier legalidad emanada del poder, especialmente del poder público, sino que es precisa también una específica *legitimidad de ejercicio* de suerte que en cada acto del poder, en cada una de sus disposiciones normativas, luzca la *razonabilidad* que la justifique ya que la *razón* es la única fuente de legitimación, sin la cual es poder deviene meramente *arbitrario* y *deslegitimado* en cuanto que simple y pura voluntad impuesta por la fuerza sin razón alguna que lo justifique.

3. Auctoritas y potestas.

Siendo, como hemos adelantado, la *potestas*, no el poder socialmente establecido y emanador de legalidad, sino el poder socialmente reconocido como legítimo y emanador de una legalidad que sea, además, legítima, ese reconocimiento legitimante sólo deriva de la razonabilidad genérica de su origen y concreta de su ejercicio en cada acto de poder. Mas ¿quién ha de determinar qué acto o en qué medida sea o no razonable?

Desde luego, es posible que el titular del poder se comporte autónomamente de una forma razonable y así lo perciban y entiendan los destinatarios de sus sabias normas, tal y como ha sucedido históricamente con cuantos gobernantes absolutos han ejercido *motu proprio* un buen gobierno. Pero la experiencia de incontables abusos ha venido aconsejando una desconfianza radical en los gobernantes de los que no puede esperarse - por la debilidad estructural de la persona humana-, que se ajusten siempre y de forma voluntaria a los postulados de la razón. Por ello, la Ciencia Política, desde los primeros estudios de

Aristóteles sobre el Derecho constitucional comparado de los países helénicos, hasta la monumental obra de los ilustrados franceses, aconseja la división del poder (legislativo, ejecutivo y judicial), de suerte que éste se ejerza por órganos distintos que se limiten y controlen mutuamente.

La división del poder y el juego de contrapesos que la caracteriza, es, normalmente, una idea y logro revolucionarios, ya que no puede esperarse como algo habitual que el detentador de un poder absoluto se someta de grado a un ejercicio limitado del mismo, salvo que, como ocurre en la actualidad, los gobernantes sepan de antemano que no tienen otra solución que aceptar ese estado de cosas y, aún así, la división del poder conserva siempre una fuerza tensional que reaparece cada vez que surge un conflicto entre los órganos titulares de los distintos poderes.

Desde luego, el juego de contrapesos institucionales se ha depurado mucho en las modernas democracias sobre la base de arbitrar fórmulas, procedimientos y órganos de composición caso de conflicto, sin perjuicio de acudir siempre a la decisión dirimente del pueblo en unos comicios generales.

Pero repárese en que el recurso a la división del poder no deja de ser un remedio adoptado en el seno mismo del poder, es decir, en la órbita o ámbito de la *voluntas* inherente al mismo. En efecto, el denominado Poder Legislativo, limita al Ejecutivo desde decisiones de voluntad, como sucede si aprueba una moción de censura que derriba al Gobierno o no aprueba los proyectos de ley que éste le remita. Viceversa, el Ejecutivo limita al Parlamento si decide disolverlo y convocar elecciones, lo mismo que el Judicial cuando revisa y anula actos administrativos y, sobre todo, cuanto ejecuta forzosamente sus propias sentencias de condena a los poderes públicos.

Sin embargo, cuando nos preguntábamos quién ha de determinar si un acto es o no razonable, no estábamos pensando en personas ni órganos integrados en el propio *poder*, aunque fuere en estructuras separadas y divididas del mismo, sino en personas u órganos de puro *saber*, es decir, en instituciones de *auctoritas*.

En efecto, la determinación de si es no, o en qué medida, conforme a la razón un acto concreto del poder público, como es, por ejemplo, una norma jurídica que se proyecta publicar, no puede adoptarla quien tiene el *poder*, sino quien tiene el *saber* porque la razón es atributo de la inteligencia. El saber jurídico es el único capaz de determinar si la norma proyectada respeta las exigencias de razonabilidad que el Derecho comporta y ese saber reside en los juristas. Ahora bien, en Derecho y, por lo tanto, entre los juristas y en los órganos jurídicos integrados por los mismos, no existe otra jerarquía que la derivada del saber, porque “solo sabe quien sabe”.

El mecanismo tradicional de articulación de las relaciones entre poder y saber ha sido el de pregunta y respuesta pues, como señala el brocardo orsiano, “*pregunta quien puede, responde quien sabe*”. De ahí que las relaciones sistémicas entre *potestas* y *auctoritas* se canalicen institucionalmente a través del engranaje consulta-dictamen que es tradicional en el mundo jurídico.

Por supuesto, existen otros muchos saberes además del jurídico, casi tantos como sistemas integran el mundo. Por eso, en la actualidad, ante la enorme complejidad del mundo moderno, no basta atemperar las decisiones públicas al saber jurídico, sino que es preciso someterlas a un “*pool*” de racionalidades emanadas de los distintos saberes sistémicos (políticos, sociales, administrativos, jurídicos, económicos, sanitarios y técnicos de las más diversas clases). Tiene, así, razón el pensador francés Paul Ricoeur cuando afirma su preferencia por las decisiones adoptadas con el consejo de órganos independientes y de composición pluridisciplinar.

4. Estado de Derecho y Estado de razón.

El movimiento constitucionalista surgido de la Revolución francesa y enriquecido con aportaciones tanto inglesas como norteamericanas, se ha extendido por Occidente plasmandose en la forma política que denominamos Estado de Derecho, es decir, una organización de la convivencia política en que todos los poderes públicos están estructuralmente sujetos a la Ley y al Derecho.

Nuestra vigente Constitución de 1978 más aún más lejos pues, tras reconocer en el número 1 de su artículo 9 la sujeción universal de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, proclama nítidamente en el párrafo 3 del mismo precepto la interdicción de la arbitrariedad de dichos poderes públicos.

De esta forma nuestra Constitución no se contenta con instaurar en su art. 1.1. un simple *Estado de Derecho*, social y democrático, sino que, con la prohibición de la arbitrariedad del art. 9.3 instaura un verdadero *Estado de razón* ya que proscribe cualquier actuación de los poderes públicos que no sea razonable, esto es, que no resulte amparada y justificada por la razón, especialmente, desde luego, por la razón jurídica quintaesenciada en la Constitución y desplegada en el resto del ordenamiento jurídico incluidos sus principios, valores y criterios generales de interpretación.

III. ALTOS ÓRGANOS CONSULTIVOS Y TÉCNICA LEGISLATIVA.

Una consecuencia lógica (de lógica institucional) de cuanto acabamos de señalar sobre la naturaleza del poder y su necesidad de legitimación de ejercicio es la creación de Altos Órganos Consultivos que garanticen con sus dictámenes jurídicos absolutamente independientes el ajuste de los actos de los poderes públicos a la razón, especialmente, a la razón jurídica para que dichos actos se encuadren en el Estado razonable de Derecho querido por la Constitución. Esa función tiene especial trascendencia cuando lo consultado a tales Órganos son proyectos de disposiciones generales ya que éstas, al estar llamadas a incardinarse en el ordenamiento jurídico, serán susceptibles de reiteradas aplicaciones y, por tanto, de generar efectos sobre toda la ciudadanía y de ahí la importancia de que los Altos Órganos Consultivos conozcan y apliquen en estos casos la Técnica Legislativa en cuanto saber jurídico encaminado a garantizar la calidad de las normas.

1. Los Altos Órganos Consultivos.

Desde luego pudiera pensarse que la existencia de un Poder Judicial también independiente e institucionalmente destinado a la revisión de lo previamente actuado por los poderes públicos supone una garantía suficiente para los ciudadanos. Sin embargo la actuación judicial suele ser lenta y, además, es siempre *a posteriori*, mientras que tanto los ciudadanos como los propios titulares de los poderes públicos precisan de la garantía preventiva que supone un dictamen consultivo que, de alguna forma, anticipe lo que pudieran decir los órganos judiciales si el asunto deviniera contencioso.

De ahí procede la idea de la creación de los Altos Órganos Consultivos, por más que su origen concreto obedezca a una compleja evolución institucional. En efecto, prescindiendo del remoto antecedente que supone el régimen polisinodal de los Austrias (donde, entre otros, se constituyó ya un Consejo de Estado), los modernos Altos Órganos Consultivos derivan del modelo del Consejo de Estado francés creado en épocas napoleónicas para atribuirle el enjuiciamiento contencioso de los actos administrativos que la interpretación jacobina de la división de poderes desaconsejaba residenciar en el Poder Judicial.

El modelo bonapartista de Consejo de Estado con jurisdicción contencioso-administrativa retenida fue importado por España a través del Estatuto de Bayona y, pese a la creación de la jurisdicción contencioso-administrativa en 1845, se mantuvo hasta que la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, siguiendo ahora el modelo anglosajón, permitió la paulatina judicialización de la jurisdicción contencioso-administrativa que, con diversos avatares que ahora no son del caso, conduciría a su Ley reguladora de 1956, antecedente inmediato de la actual de 1998 que ha completado la universalización del enjuiciamiento de los actos del Gobierno y la Administración por los órganos judiciales de esta jurisdicción especializada.

Pero el prestigio alcanzado por el Consejo de Estado -merced a la calidad de sus dictámenes y a la alta capacitación jurídica de sus Consejeros y Letrados- ha hecho que la pérdida de sus iniciales competencias contenciosas (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 que le han convertido en 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, tras la Sentencia 204/1992, del Tribunal Constitucional, su clonación en los distintos Estatutos de Autonomía que, como el riojano (art. 42 EAR'99), han dotado de sendos Consejos Consultivos a las distintas Comunidades Autónomas.

En otros lugares hemos analizado con detalle las diversas funciones y competencias atribuidas por la legislación vigente a los Altos Órganos Consultivos, bástenos ahora con insistir en que los mismos ostentan una crucial función legitimadora de los poderes

públicos en cuanto que, mediante sus fundados dictámenes, el prestigio de su capacitación y la objetividad inherente a su independencia, aportan a las decisiones de la “*potestas*” la legitimación de ejercicio que precisan y que sólo la “*auctoritas*” puede conferir.

2. Funciones de los Altos Órganos Consultivos en materia de normativa.

Entre otras materias, viene siendo tradicional atribuir a los Altos Órganos Consultivos competencia para dictaminar preceptivamente sobre los distintos proyectos de disposiciones generales que los poderes públicos proyecten publicar, especialmente aquéllos que supongan el desarrollo normativo de normas de rango superior.

Por otro lado, la Técnica Legislativa tiene por objeto directo las normas a la consecución de cuya calidad se encamina; de ahí que los Altos Órganos Consultivos deban emplear la Técnica Legislativa para el mejor cumplimiento de su función de supervisión de la calidad de las normas sometida a su dictamen.

Procede, pues, que examinemos los distintos aspectos en que puede fracasar una norma desde la perspectiva de la calidad y racionalidad que la Técnica Legislativa trata de asegurar y los Altos Órganos Consultivos deben precaver:

A) Calidad lingüística.

Una primera exigencia de la norma es que aparezca redactada o formulada en términos tales que permitan su eficacia como mero texto comunicacional preceptivo 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.

En este punto, los Altos Órganos Consultivos suelen aplicar una amplia auto-restricción en sus funciones dictaminadoras para no caer en meras apreciaciones subjetivas sobre el estilo o la terminología y para no invadir las competencias de las autoridades especializadas en la preceptiva idiomática, pero es claro que deben y suelen corregir las faltas más evidentes o groseras y que deben depurar la terminología para que se ajuste a la jurídica así como procurar el respeto de las construcciones más correctas del lenguaje en se formule la norma cuando las incorrectamente empleadas alteren el sentido de la misma o dificulten su comprensión. En suma, deben cuidar de que la norma no sea *absurda*.

B) Racionalidad lógica.

La norma proyectada ha de respetar las reglas de la lógica formal y deóntica. Es bien conocido el ejemplo de proposición incorrecta presentado por Villar Palasí: “*Juan, no está aquí, Luis, tampoco, luego Juan y Luis están juntos*”.

No es misión de los Altos Órganos Consultivos entremezclarse en las viejas cuestiones lógicas sobre los universales, los predicables y los silogismos y menos aún tomar partido por alguna de las múltiples escuelas lógicas existentes en el panorama de la actual filosofía, pero es claro que no deben pasar por alto construcciones y proposiciones que repugnen a una concepción generalizada de la lógica formal, teniendo en cuenta que la lógica de las normas es deóntica y especial (por ejemplo, en Derecho pueden admitirse “*adquisiciones a non domino*” en contra de la regla lógica de que *nadie da lo que no tiene*, cuando lo exige la tutela de la confianza en el tráfico jurídico). En suma, la función consultiva debe conseguir no sólo que la norma no sea absurda, sino también que no sea *insensata*.

C) Congruencia normativa.

No basta con que la norma proyectada sea correcta lingüística y lógicamente sino que ha de resultar también congruente con el ordenamiento jurídico en que se trata de integrar. Aquí los criterios fundamentales a examinar son los de competencia y jerarquía.

- La competencia impide que una norma trate de regular cuestiones o materias no incluidas en el ámbito competencial del órgano que pretenda formularla.
- La jerarquía impone que las normas de rango inferior no se opongan a lo establecido por otras de rango superior.

Los Altos Órganos Consultivos deben de velar fundamentalmente por la depuración normativa en ambos niveles proponiendo que no se incorporen al ordenamiento jurídico normas que, de hacerlo, debieran ser inmediatamente expulsadas por mismo por regular materias en las que no se tienen competencia o hacerlo en contra de normas de rango superior. Pero, además, han de velar, en general, por la congruencia del ordenamiento jurídico, de suerte que la norma que trata de ingresar en él lo haga de forma armónica con las precedentes. Para ello doctrinas de jurisprudencia de sistemas como la de los *grupos o conjuntos normativos* puede resultar de mucha utilidad.

D) Coherencia teleológica.

La norma, además de correcta gramatical y lógicamente e integrada de forma congruente en el ordenamiento que la acoja, ha de ser coherente con la finalidad que pretende ya que, de lo contrario, puede ocasionar aberraciones que la doctrina ha señalado en ocasiones como divertidas (normas que se dictan precisamente para que no se cumplan o sabiendo que no van a cumplirse) pero que pueden resultar muy anómalas (normas que tratan de producir un efecto contrario al que declaran) y, en todo caso, atentatorias contra dos criterios contenidos en el art. 9.3 de la Constitución, como son la garantía de la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad, por los que deben velar los Altos Órganos Consultivos.

E) Implementación sistémica.

En coherencia con nuestra visión sistémica del Derecho, las normas jurídicas han de ser contempladas siempre desde el sistema en que se integran y en atención a los demás con los que éste se conecte. Ello implica que las normas jurídicas han de respetar como criterios de racionalidad los que se deriven de su implementación sistémica.

Ahora bien, este análisis puede resultar muy complejo derivado de que, como antes hemos expuesto, procede examinar no sólo las relaciones internas (*intra-sistémicas*), como son las *inter-estructurales* (las existentes entre las diversas estructuras del sistema en que la norma se incardine) y las *inter-dimensionales* (las derivadas de las dimensiones axiológica, dogmática y sociológica), sino también las relaciones externas (*inter-sistémicas*).

Este análisis es, obviamente, *holístico*, por lo mismo que pretende una contemplación global de la norma en su perspectiva de totalidad, pero sobre todo por su pretensión -si se quiere utópica- de lograr lo que ahora se denomina en Ciencias Sociales la "*calidad total*", en este caso, de la norma proyectada.

Generalmente, los juristas suelen restringir su análisis de los proyectos normativos a los de la dimensión dogmática del Derecho, embebiendo en esta todo lo relativo a la crítica de vigencia de la norma en el espacio y el tiempo, a la competencia o la jerarquía, a la interpretación y aplicación según los criterios más acreditados de la Ciencia del Derecho y, siguiendo esta tradición, la mayor parte de los dictámenes de los Altos Órganos Consultivos se ciñen a esta faceta.

El miedo que los titulares de la *potestas* profesan hacia los potenciales efectos de limitación del poder que puede conllevar la función de los Altos Órganos Consultivos hace que las leyes creacionales o reguladoras de muchos de ellos restrinjan su intervención a los aspectos de legalidad y excluyan los de oportunidad o conveniencia.

Sin perjuicio de lo difícil que resulta deslindar en la práctica ambos aspectos, lo cierto es que todo depende del concepto que de la legalidad y, en suma, del Derecho se mantenga. Por nuestra parte, la concepción sistemológica que profesamos nos hace pensar que un jurista no debe sustraerse a la consideración holística que hemos expuesto.

En efecto, la dimensión axiológica debe estar siempre presente en la crítica de la norma: ¿respetan o no los derechos humanos según se desprenden de la antropología profunda de la persona humana y según los concibe la conciencia actual que de los mismos tenemos?. Esta cuestión estimamos que es siempre crucial y no puede ser tildada de asunto de conveniencia política o de oportunidad.

¿Va a ser eficaz la norma o, por el contrario, va a resultar incongruente con los datos sociológicos conocidos?. Los estudios de impacto social, de resistencia o aceptación, en suma, los derivados de la dimensión sociológica del Derecho, parecen extrajurídicos a muchos juristas, pero, con todas las auto-restricciones y cautelas que se quiera, no deben ser

olvidados en el análisis global que la norma al que no deben renunciar los Altos Órganos Consultivos.

Similares preguntas y cuestiones podríamos formularnos a propósito de las distintas relaciones de implementación interna, externa y diacrónica del sistema jurídico en que vaya a incardinarse la norma. Desde luego, todas las consecuencias y derivaciones van a influir en la calidad de la norma y deben ser consideradas por los Altos Órganos Consultivos aunque en sus dictámenes tiendan a aparecer sólo las que afecten a las condiciones de validez y eficacia de la norma.

En suma, la función consultiva no debe contentarse, como decíamos antes, con que la norma proyectada no sea *absurda* ni *insensata*, sino que debe procurar también que sea *sistémica*, es decir, que se implemente adecuadamente en el ordenamiento jurídico, sea congruente con el fin que con ella se pretende y no penetre de forma anti-sistémica en otras dimensiones o estructuras del propio sistema de cuya normación se trate o de otros con los que éste se relacione.

IV. CONCLUSIONES.

1. Hemos procurado exponer la materia objeto de este trabajo en coherencia con la *Sistemología Estructural* y, concretamente, con la *Jurisprudencia de Sistemas*, como opción epistemológica que soporta la metodología que nos hemos impuesto. Así hemos mantenido una visión holística y sistémica de la realidad y del Derecho para aplicarla a la Técnica Legislativa, una vez ubicada éste entre los diversos saberes que conforman la Enciclopedia Jurídica.

2. La *realidad* está organizada en sistemas, es decir, en unidades de intelección coherente que permiten conocerla a través de las estructuras internas que las componen y en las relaciones que éstas mantienen entre sí y con las de otros sistemas. También el *Derecho* puede ser concebido como sistema, concretamente, como un sistema de normas, formal, pluri-dimensional (diacrónico, axiológico, dogmático y sociológico) e implementado con los demás, cuyo objeto es la conformación justa del orden social para el logro de la paz civil en un entorno de bienestar material, según las circunstancias determinadas por el espacio y el tiempo de que se trate.

3. La *Técnica Legislativa* constituye un saber perteneciente a la dimensión dogmática del Derecho por lo que, en la Enciclopedia Jurídica, se ubica entre la Dogmática Jurídica y puede ser concebida, en el seno de la misma, como aquella la parte de la *Teoría de las acciones normativas* y, concretamente, de la *Teoría de la Legislación*, que contempla y estudia las normas jurídicas como textos comunicacionales obligatorios desde la perspectiva de su legalidad y seguridad jurídica, si bien, desde una perspectiva sistémica, le corresponde también una contemplación holística de la norma proyectada para lograr la calidad total de la misma.

4. La Técnica Legislativa interesa a *todos los operadores jurídicos* que se vean en la tesitura de producir, redactar o supervisar el texto de normas jurídicas en cualesquiera de

las fases del Derecho (desde la legislativa en su más amplio sentido, es decir, comprendiendo todo tipo de disposiciones generales, hasta la negocial -redacción de cláusulas y estipulaciones en negocios jurídicos- y la impositiva o aplicativa que implica la formulación de resoluciones judiciales y administrativas), por eso afecta *de modo singular a los juristas encargados de la función consultiva*.

5. La expresión "*función consultiva*" alude a la atribuida por la ley a ciertos juristas que la desarrollan en el seno de órganos independientes de cualquier poder y que precisamente tienen encomendada la misión institucional de emitir dictámenes fundados en Derecho sobre cuestiones problemáticas que puedan someter a su consideración los órganos públicos facultados para ello.

6. Aconsejar no pertenece a la esfera de actuaciones de la voluntad y el querer sino a las de la inteligencia y el saber. Se trata, pues, de una prestación de *auctoritas*, es decir, propia del saber socialmente reconocido, cuya función primordial, cuando se proyecta a las relaciones jurídico-públicas, estriba en conferir a los órganos titulares de "*potestas*" o poder socialmente establecido, la *legitimación de ejercicio* que precisan para que cada uno de sus actos públicos se ajusten a la razón, especialmente, a la razón jurídica, esto es, al Derecho.

7. Ello es singularmente cierto en España donde nuestra Constitución instaura no sólo un *Estado de Derecho* (art.1.1.) sino también un *Estado de razón* al proscribir la *arbitrariedad* de los poderes públicos (art. 9.3). Pues bien, para instrumentar en la práctica constitucional las relaciones pregunta-respuesta que es el mecanismo tradicional de diálogo entre la potestad y la autoridad, se han creado los Altos Órganos Consultivos que, a imitación del Consejo de Estado (art. 107 CE), recogen los Estatutos de Autonomía tras la STC 204/92.

8. Una de las principales competencias de los Altos Órganos Consultivos -una vez perdida en nuestro Derecho la función contenciosa que los mismos retenían- es la *supervisión de los textos de disposiciones generales* que se proyecte publicar. Para el ejercicio de esta función, los Altos Órganos Consultivos deben recurrir, entre otros saberes, a los que constituyen el contenido de la Técnica Legislativa tal y como la hemos entendido.

9. Desde esa perspectiva, el texto de las normas proyectadas puede adolecer de defectos en los niveles *lingüístico*, *lógico* y de *congruencia normativa* con otras normas del ordenamiento (a la luz, principalmente, de los criterios de competencia y jerarquía), pero también puede adolecer de *faltas de racionalidad* debidas a disfunciones de las dimensiones axiológicas, sociológicas o diacrónicas del sistema jurídico de cuya normación se trata o de las relaciones de implementación que sus estructuras tienen con las de otros relacionados.

10. Aunque los Altos Órganos Consultivos deben imponerse una amplia auto-restricción para ceñirse en lo posible a los condicionantes que afecten a la validez y eficacia de la norma proyectada, no deben preterir una visión holística de la misma que les permita criticar en ella todo lo que tenga de *absurdo*, *insensato* y *anti-sistémico*, con vistas a lograr la utópica meta de la *calidad total* de la norma.

Estas diez ideas conclusivas se encierran en dos: *No hay más jerarquía en Derecho que la derivada del saber y el poder que no se ajusta al saber no es sino mera arbitrariedad.*

V. A MODO DE ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA.-

El presente trabajo constituye el texto de una conferencia que bajo el título "*Consejos Consultivos y Técnica Legislativa*" impartí en el Parlamento de La Rioja el 18 de octubre de 2000 en el marco de las *XIX Jornadas de Estudio* (esta vez, sobre *Cuestiones de Técnica Legislativa*) que periódicamente organiza dicha institución junto con la Universidad de La Rioja.

Aunque la forma de expresión escrita es siempre distinta de la oral, he procurado mantener en lo posible el esquema original con objeto de que quienes tuvieron la amabilidad de atenderme, sobre todo mis queridos alumnos de Derecho, puedan prescindir en lo posible de los siempre engorrosos "apuntes". Por la misma razón, he prescindido del usual recurso a las notas a pie de páginas o finales, sustituyéndolas por una breve indicación bibliográfica donde las obras que cito se remiten a otras muchas de las que libero al lector.

Para quienes quieran aproximarse a la Teoría General de Sistemas, conviene comenzar leyendo a un clásico: Ludwig von BERTALANFFY, *Perspectivas en la Teoría General de Sistemas*, versión española de Antonio Santisteban, Madrid, Alianza, 1989, si bien resulta más útil acudir a la sugerente aplicación de la misma al Derecho que efectúa el Prof. D. Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, "La Teoría General de Sistemas como matriz disciplinar y como método jurídico", en *Persona y Derecho*, Pamplona, 1989, págs. 23-173. Por mi parte, he desarrollado y aplicado ampliamente estas ideas en tres libros: GRANADO HIJELMO, Ignacio, *La Rioja como sistema*, 3 vols., Gobierno de La Rioja, 1993; *La asistencia jurídica a las Comunidades Autónomas*, Logroño, IER, 1996; y *Reflexiones Jurídicas para un tiempo de crisis*, Barcelona, EUINSA, 1997; así como en múltiples artículos monográficos. Adentrarse en las obras de Claus-Wilhelm CANARIS, *El sistema de la Jurisprudencia*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998 o de Niklas LUHMAN, *Introducción a la Teoría de Sistemas*, Barcelona, Anthropos, 1996, es ya para iniciados.

Sobre la visión tridimensional del Derecho, a la clásica obrita de Jesús BALLESTEROS, *Sobre el sentido del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, cabe añadir también la reciente de María del Carmen MURILLO DE LA CUEVA Y LERDO DE TEJADA, *En torno al tridimensionalismo jurídico*, Madrid, Dykinson, 1997.

Para la ubicación de la Técnica Legislativa en la Enciclopedia Jurídica, son útiles dos libritos de Manuel ATIENZA, *Contribución a la Teoría de la Legislación*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1997, y Gregorio ROBLES, *El Derecho como texto (Cuatro estudios de Teoría comunicacional del Derecho)*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1998, porque sobre Técnica Legislativa en sí entraríamos ya en la fronda. Los aventureros pueden partir en

España de los estudios del Grupo de Estudios de Técnica Legislativa (GRETEL) compilados en el libro *La forma de las Leyes (Diez estudios de Técnica Legislativa)*, Barcelona, Bosch, 1986, para llegar, por ejemplo, a la reciente obra de Luis María CAZORLA PRIETO, *Codificación contemporánea y Técnica Legislativa*, Pamplona, Aranzadi, 1999.

En cuanto a los Altos Órganos Consultivos se han escrito múltiples estudios muchos de los cuales cito, con mi propio pensamiento, en GRANADO HIJELMO, Ignacio “Altos Órganos Consultivos y control preventivo de constitucionalidad”, publicado en *Actas de las Jornadas sobre la Función Consultiva*, Granada, Consejo Consultivo de Andalucía, 1998, págs. 73-111. Este estudio fue asumido por el Consejo Consultivo de La Rioja como “Observaciones y Sugerencias para la mejora de la actuación Administrativa” en su primer *Repertorio* de 1996, Logroño, Consejo Consultivo, 1998, págs. 107-138, que se contiene a texto íntegro en internet, en el sitio del Consejo Consultivo de La Rioja (www.ccrioja.es) en cuya sección de “enlaces” puede accederse también a información sobre el Consejo de Estado y demás Altos Órganos Consultivos de España y otros Estados. Para la función institucional de estos Altos Órganos, cfr. mi estudio “La función de los Consejos Consultivos (Una reflexión de bienvenida al Consejo de Navarra)”, publicado en *Revista Jurídica de Navarra*, Pamplona, Julio-Diciembre, 1999, núm. 28, págs. 42-64.

Sobre la arbitrariedad en sentido constitucional, puede consultarse mi estudio “La interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos”, en Hinojosa Martínez, Eduardo, y González-Deleito Domínguez, Nicolás, coordinadores, *Discrecionalidad administrativa y control judicial, I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Ed. Civitas-Junta de Andalucía, 1996, págs. 123-189.

Finalmente, las referencias al binomio “*potestas-auctoritas*” proceden de una idea originaria del gran maestro de juristas que es D. Álvaro D’ORS, brillantemente desarrollada por el romanista riojano Rafael DOMINGO OSLÉ en su *Teoría de la auctoritas*, Pamplona, EUNSA, 1987, recientemente completada en su obra *Auctoritas*, Barcelona, Ariel, 1999. He aplicado estas ideas a lo consultivo en GRANADO HIJELMO, Ignacio, *La asistencia jurídica a las Comunidades Autónomas*, Logroño, IER, 1996, especialmente, págs. 41-74.

=====

TÉCNICA LEGISLATIVA Y FUNCIÓN CONSULTIVA

Ponencia presentada en el Parlamento de La Rioja el 18 de octubre de 2000 en
las
XIX Jornadas de Estudio (sobre Cuestiones de Técnica Legislativa),
en el marco del Convenio de dicha institución con la Universidad de La Rioja.

Por

Ignacio Granado Hijelmo

Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja