

**UNA ACTUACIÓN CONSULTIVA PECULIAR:
LAS OBSERVACIONES Y SUGERENCIAS PARA LA MEJORA
DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA**

Ignacio Granado Hijelmo

*Letrado-Secretario General del Consejo
Consultivo de La Rioja.*

Sumario:

- I. INTRODUCCIÓN.**
- II. METODOLOGÍA.**
- III. CONCEPTO.**
- IV. RÉGIMEN JURÍDICO.**
 - 1. Normativa reguladora.
 - 2. Terminología, semántica y tipología de las OS según estas disposiciones.
 - 3. Las OS como competencia y potestad u obligación legal.
- V. NATURALEZA.**
 - 1. La formulación de OS como *función*.
 - 2. La formulación de OS como función *Jurídica*.
 - 3. La formulación de OS como función *Jurídico Pública*.
 - 4. La formulación de OS como función (Jurídico-Pública) *Consultiva*, aunque peculiar.
 - 5. La formulación de OS como función monitiva y sus distinciones con las funciones *monitoria*, *motiva* y *munitiva*.
 - 6. La formulación de OS como (alta) función (jurídico-pública) Consultiva, pero de carácter *segundo*, no *secundario* o *accesorio*.
- VI. ESTRUCTURA.**
 - 1. Los elementos subjetivos de la formulación de OS.
 - 2. Los elementos objetivos de la formulación de OS.
 - 3. Los elementos formales de la formulación de OS.
- VII. FUNCIONAMIENTO.**
 - 1. La formulación de OS como proceso epistemológico.
 - 2. Las fases epistemológicas de la formulación de OS.
- VIII. EPÍLOGO.**

* Ignacio Granado Hijelmo es Doctor en Derecho y en Derecho Canónico, Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

A mi buen amigo Manuel Contreras Ortiz, Letrado Secretario General del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

I. INTRODUCCIÓN.

En su melancólica Rima VII, *El Arpa olvidada*, el gran poeta sevillano Gustavo Adolfo Bécquer, tras observar cómo, «*del salón en el ángulo oscuro, de su dueño tal vez olvidada, silenciosa y cubierta de polvo, veíase el arpa*», lamentaba líricamente: «*cuánta nota dormía en sus cuerdas, como el pájaro duerme en las ramas, esperando la mano de nieve que sepa arrancarlas*»; y concluía reflexionando: «*¡ay!, pensé; ¡cuántas veces el genio así duerme en el fondo del alma, y una voz, como Lázaro, espera que le diga: “levántate y anda”!*»

Azuzado en mi espíritu romántico por este sugerente poema, pensé que algo parecido puede acaecer con las *Observaciones y Sugerencias para la mejora de la actuación administrativa* (OS, en lo sucesivo) que, en cumplimiento de su propia normativa, efectúan los Altos Órganos Consultivos (en adelante, AOC); pues, publicadas con toda solemnidad, yacen inertes en las *Memorias* anuales, haciendo buena la penosa conclusión, atribuida a Manuel Azaña, de que la mejor forma de ocultar ideas en España es publicarlas como libro.

En un intento de revertir esta injusta preterición, aunque sin ánimo tau-matúrgico alguno, comparezco de nuevo –y muy complacido, por cierto–, ante el foro que más honroso resulta para un jurista –cual es el conformado por los compañeros y amigos que hemos hecho profesional la vocación por el servicio público como Letrados de la Alta Función Consultiva española–, para plantear la existencia, esencia y virtualidad de esa *rara avis* que, en el ámbito consultivo, conforman las OS.

Confieso que no me hubiera preocupado de tratar este asunto de no haber sido, de un lado, por mi conocida pasión por los “ornitorrincos jurídicos” –desenfadada metonimia que empleo para aludir a las instituciones de más difícil comprensión y tipificación–; y, de otro, por la insistencia que los AOC demuestran en publicar, año tras año, las sedicentes OS, aun siendo conscientes del limitado círculo de sus lectores y del reducido eco de sus contenidos.

Para exponer el objeto de estudio, esbozaré, en esta ponencia (tras una referencia a la metodología que la sostiene), el concepto, régimen y naturaleza jurídica de las OS, así como las dimensiones estática (estructura) y dinámica (funcionamiento) que presentan. Y, con objeto de que todo ello no cincele un epitafio para que descanse en paz la institución analizada, intercalaré, al tratar los anunciados aspectos, algunas consideraciones (críticas, deónticas y de prospectiva) sobre cómo, en mi criterio, deben o pueden ser reanimadas las OS para devenir instrumentos eficaces en la reforma o mejora de los servicios públicos.

II. METODOLOGÍA.

El presente estudio se apoya en la metodología de las Ciencias Sociales que, por ser fruto de la convergencia entre la *Teoría General de Sistemas*¹ y el *Estructuralismo*², se denomina *Sistemología estructural*³, pues entiendo que resulta útil para explicar las OS que formulan los AOC, partiendo del concepto de *sistema*.

Sistema es 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”⁴.

1 La *Teoría General de Sistemas* es una meta-teoría que trata de entender toda manifestación de la realidad como una unidad susceptible de intelección coherente e integrada por variables diversas que permiten también su interconexión con las demás. Surge hacia 1950, tras las intuiciones científicas de Ludwig von Bertalanffy y Jay Forrester sobre los sistemas y su dinámica; ampliadas, por Humberto Maturana, a la organización de los sistemas vivos (*autopoiesis*). W. Ross Ashby y Norbert Wiener la aplicaron a la matemática de la comunicación y a la regulación de sistemas mediante retroalimentación (*cibernética*). René Thom y E.C. Zeeman plantearon la *teoría de las catástrofes*, antecedente de lo que, en 1980, David Ruelle y otros describieron como *teoría del caos*, para explicar sistemas dinámicos no lineales. En 1990, John H. Holland y otros introdujeron la *teoría de los modelos*, para simular el comportamiento de sistemas complejos. La aplicación de todo ello a las Ciencias Sociales es mérito de autores como Niklas Luhmann o Samuel P. Huntington. En España, su introductor en el mundo jurídico ha sido mi maestro GONZÁLEZ NAVARRO, F., (cfr su ensayo, “La Teoría General de Sistemas como matriz disciplinar y como método jurídico”, en *Persona y Derecho*, Pamplona, 21, 1989, 23-172), un resumen de cuyo pensamiento ofrece el artículo de, su también discípulo, GUAYO CASTIELLA, Íñigo, “Apertura y clausura operativa del sistema jurídico”, en *VVAA, Organización y procedimientos administrativos, Libro homenaje al Prof. Francisco González Navarro*, Pamplona, Ed.Thomson-Aranzadi, 2007, págs. 149-174.

2 El *Estructuralismo* es una corriente filosófica cuyo origen se encuentra en el descubrimiento de las estructuras internas del lenguaje por el filólogo F. Saussure. Sus técnicas fueron aplicadas a la Antropología por C. Lévi-Strauss y luego a otras disciplinas, como la Psicología, la Semiótica, la Economía o la Informática y, por supuesto, a la Filosofía del lenguaje y al Neopositivismo lógico. En España, el *Estructuralismo jurídico* fue introducido por A. Hernández Gil, al constatar que normas, instituciones, valores, principios, categorías y otros componentes de la Teoría General del Derecho pueden ser interpretados como estructuras subyacentes que permiten explicar los fenómenos jurídicos por encima de los cambios determinados por el Derecho positivo. Cfr. HERNÁNDEZ GIL, A. y otros, *Estructuralismo y Derecho*, Madrid, Alianza, 1973. Para las relaciones entre la *Teoría General de Sistemas* y el *Estructuralismo*, cfr. WILDEN, A, *Sistema y estructura*, Madrid, Alianza, 1979. En general, cfr. DOSSE, F. *Historia del Estructuralismo*, 2 vols, Madrid, Ed. Akal, 2004.

3 La *Sistemología estructural* es una metodología para la explicación de las Ciencias Sociales, fruto de la confluencia entre la *Teoría General de Sistemas* y el *Estructuralismo*, que me parece fructífera para entender y exponer la realidad jurídica, especialmente cuando se integra con otras visiones complementarias, como el *pluri-dimensionalismo* y el *personalismo* jurídicos. He mantenido y aplicado esta metodología básicamente en tres libros: i) *La Rioja como sistema*, 3 vols, Ed. Gobierno de La Rioja, Logroño, 1993; ii) *La asistencia jurídica a las CCAA*, Ed. IER, Logroño, 1996; y iii) *Reflexiones jurídicas para un tiempo de crisis*, Ed. Euinsa, Barcelona, 1997.

4 La idea de “el mundo” como sistema es del ingeniero norteamericano Jay Wright Forrester que, tras haber descubierto la *Dinámica de sistemas* en su obra de 1961 *Industrial Dynamics*, introdujo la primera modelización del mundo (“*World-1*”), por encargo del *Club de Roma*, dando lugar a la famosa polémica sobre los *Limites del crecimiento* y a sucesivas matizaciones de sus discípulos, Dennis L. Meadows, Donella H. Meadows y Jorgen Randers, en los modelos “*World-2*” y “*World-3*”. Pero, en realidad, sólo se trata de una aplicación holística de la *Teoría General de Sistemas* a las Ciencias Sociales. Cfr. BERTALANFFY, Ludwig von, *Perspectivas en la Teoría General de Sistemas. Estudios científico-filosóficos*, versión española de Antonio Santisteban, Madrid, Alianza, 1980; y la obra colectiva *Tendencias en la Teoría General de Sistemas*, selección y prólogo de George Klir, versión española de A. Delgado y A. Ortega, 3ª ed., Madrid, Alianza Universidad, 1984.

La unidad de sentido que caracteriza a todo sistema supone la existencia de una causa, eficiente y final, que explique su existencia, virtualidad y proyección, esto es, que aclare cómo ha surgido, cuáles son y en qué consisten los elementos estructurales que lo componen, y qué misiones asumen éstos en orden a lograr el fin al que el sistema tiende, en el marco de los demás con los que se relaciona.

Tales misiones y relaciones representan las funciones propias del sistema de que se trate. Por eso, en este trabajo, se conciben las OS como una función de los AOC, entendidos éstos también como sistemas consultivos integrados en el más amplio que, en España, conforma nuestro Estado constitucionalmente compuesto.

III. CONCEPTO.

En la tesitura de acotar conceptos jurídicos, es habitual recordar la máxima romana sobre el peligro que encierran las definiciones, puesto que no es infrecuente tener que modificarlas⁵.

Estimo, empero, que tal prevención ha generado no poca oscuridad en los conceptos jurídicos y que, por tanto, esa antigua *regula* ha de ser matizada, pues definir implica un esfuerzo por comprender, identificar, deslindar y explicar las instituciones, de suerte que su riesgo no estriba tanto en el intento de lograr una formulación aceptable, esto es, *definidora*, cuanto en la vana pretensión de que la misma sea *definitiva*; y, de ahí que prefiera hablar más bien de *descripciones*, quizá incluso limitándolas o moderándolas con los calificativos de que sean iniciales y prácticas. En suma, no pretendo una *última definitio* sino tan sólo (*tantum*) una *descriptio utilis*.

Pues bien, esto dicho, estimo que las OS puede ser concebidas como una **función jurídico-pública de carácter *monitivo*, atribuida legislativamente a los AOC, para que, de forma prudencial, realicen una prestación consultiva, mixta de actividad y resultado, consistente en, tras reflexionar sobre el funcionamiento que, de los servicios públicos, han contemplado en sus dictámenes, formular, unilateralmente, algunas recomendaciones generales para mejorarlo, plasmarlas por escrito, e incluirlas, como una Sección independiente, en las respectivas Memorias anuales o en otros documentos oficiales, que se entregan a las correspondientes instituciones públicas.**

⁵ La *sententia* u opinión de que *in iure civile, omnis definitio periculosa est, parum est enim, ut non subverti posset* (toda definición es peligrosa en Derecho civil pues no es infrecuente tener que modificarla) viene recogida, en *Digesto* 50,15,202, como fragmento del Libro 10 *Epistolarum* del jurista sabiniano Javoleno Prisco, que fuera asesor áulico del emperador Trajano; y, aunque los proculeyanos la atribuían a su mentor, Labeón, parece claro que obedece a la prevención ciceroniana (Cicerón, *De oratore*, 2,25) de que definir es un ejercicio escolástico peligroso en la práctica. En todo caso, esta advertencia sirvió para que Cambacères eliminase las definiciones del *Code* napoleónico y, en general, de las leyes, relegando a la fijación de conceptos al ámbito académico. Cfr. REINOSO BARBERO, F., “*Definitio periculosa: ¿Javoleno o Labeón?*”, en *Bulletino dell’Istituto di Diritto Romano “Vittorio Scialoja”*, núm. 29, 1987, págs. 285-354.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO.

Comenzaré exponiendo brevemente la normativa reguladora de esta materia en los distintos AOC españoles, para luego extraer algunas conclusiones al respecto:

1. Normativa reguladora.

La competencia para formular OS es atribuida a los AOC en las siguientes disposiciones:

CONSEJO DE ESTADO

-LEY ORGÁNICA 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, (BOE núm. 100 de 25 de abril de 1980); art. 20 (modificado por el art. Único. 12 de la LO 3/2004 de 28 de diciembre (BOE núm. 313, del 29):

1. El Consejo de Estado, en Pleno o en Comisión Permanente, podrá elevar al Gobierno las **propuestas** que juzgue oportunas acerca de cualquier asunto que la práctica y experiencia de sus funciones le sugieran.

2. El Consejo de Estado en Pleno elevará anualmente al Gobierno una memoria en la que, con ocasión de exponer la actividad del Consejo en el período anterior, recogerá las **observaciones** sobre el funcionamiento de los servicios públicos que resulten de los asuntos consultados y las **sugerencias** de disposiciones generales y medidas a adoptar para el mejor funcionamiento de la Administración.

-DECRETO 1674/1980, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, (BOE núm. 209 de 30 de agosto de 1980):

-Artículo 67.10ª: Atribuye, a los Letrados Mayores de cada Sección, la función de elevar al Secretario General, en el mes de enero de cada año, una memoria de la Sección, en la que se expresen su actividad y las **observaciones y sugerencias** que pudieran desprenderse de los proyectos de dictamen despachados.

-Artículo 103.2: En el caso de los estudios, se podrán hacer **observaciones y sugerencias**. En relación con los informes o memorias se podrán formular, además, **enmiendas** a su contenido.

-Artículo 130.3: Cuando el dictamen contenga **observaciones y sugerencias** de distinta entidad, establecerá, siempre que sea posible, cuáles se consideran esenciales a efectos de que, si éstas son atendidas en su totalidad, la resolución que se dicte pueda utilizar la fórmula “de acuerdo con” el Consejo de Estado.

-Artículo 144.1: El Consejo de Estado en Pleno elevará anualmente al Gobierno una Memoria en la que, con ocasión de exponer la actividad del Consejo en el período anterior, recogerá las **observaciones** sobre el funcionamiento de los servicios públicos que resulte de los asuntos consultados y las **sugerencias** de disposiciones generales y medidas a adoptar para el mejor funcionamiento de la Administración.

CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

-**LEY 4/2005, de 8 de abril**, del Consejo Consultivo de Andalucía (BOE núm. 117, de 17 de mayo de 2005; BOJA núm. 74, de 18 de abril de 2005); art. 19: El Consejo Consultivo elevará una memoria anual al Consejo de Gobierno, en la que expondrá la actividad del mismo en el período anterior, así como las **sugerencias** que estime oportuno para la mejora de la actuación administrativa.

-**DECRETO 273/2005, de 13 de diciembre**, Reglamento orgánico del Consejo Consultivo de Andalucía (BOJA núm. 250 de 27 de diciembre de 2005); Artículo 2. Función:

El Consejo Consultivo velará en sus dictámenes por la observancia de la Constitución, el Estatuto de Autonomía y el resto del ordenamiento jurídico.

El Consejo elevará una Memoria anual al Consejo de Gobierno, en la que expondrá la actividad del mismo en el período anterior, así como las **sugerencias** que estime oportuno para la mejora de la actuación administrativa.

El Consejo no formulará consideraciones de oportunidad o conveniencia en relación con las cuestiones que le sean consultadas, salvo que sea solicitado expresamente.

Si de los dictámenes se dedujera que una determinada norma presenta deficiencias, lagunas, contradicción con otras superiores o con principios de obligado acatamiento, oscuridad u obstáculos para su efectiva aplicación, o pudiera producir resultados desproporcionados en relación con la finalidad perseguida, o que estén reñidos con los principios constitucionales y estatutarios y con los derechos reconocidos a la persona, el Consejo elevará al órgano solicitante un **memorandum** dando cuenta de ello. En particular, se destacarán las razones de legalidad, seguridad jurídica, justicia y otros valores constitucionales que hayan de ser tenidos en cuenta de cara a una futura modificación normativa.

CONSEJO CONSULTIVO DE ARAGÓN

-**LEY 1/2009, de 30 de marzo**, del Consejo Consultivo de Aragón (BOA núm. 68, de 8 de abril de 2009; BOE núm. 105 de 30 de abril de 2009); art.

19, c): Corresponden al Pleno las siguientes funciones....c) elevar, dentro del primer trimestre del año siguiente al que se refiera, una memoria de actividades al Gobierno de Aragón, en la que se expresarán tanto la actividad desarrollada en el período anterior como las *sugerencias* que se consideren oportunas tendentes a mejorar la actuación administrativa de la Comunidad Autónoma.

-DECRETO 148/2010, de 7 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Aragón, (BOA núm. 184 de 20 de septiembre de 2010), art. 18.2: ...La memoria expresará tanto la actividad desarrollada en el período anterior como las *sugerencias* que se consideren oportunas tendentes a mejorar la actuación administrativa de la Comunidad Autónoma. La Memoria deberá ser objeto de publicación.

CONSEJO CONSULTIVO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

-LEY 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, (BOPA núm. 256 de 4 de noviembre de 2004; BOE núm. 282 de 23 de noviembre de 2004); art. 15.1. El Consejo Consultivo publicará anualmente una memoria expresiva de sus actividades durante el ejercicio inmediatamente anterior, con los dictámenes emitidos y las *observaciones* que sobre el funcionamiento de la Administración Autonómica resulten de los asuntos sometidos a su consulta, así como, en su caso, las *sugerencias* que estime oportunas para la mejora de la actuación jurídico-administrativa en la Comunidad Autónoma.

-DECRETO 75/2005, de 14 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, (BOPA núm. 169 de 22 de julio de 2005):

Artículo 21. 1 (reproduce el contenido del cit. art. 15.1 de la Ley 1/2004).

Artículo 29. *Enmiendas*.

1. La redacción de las *enmiendas* o *adiciones* que afecten a la conclusión o conclusiones de un proyecto de dictamen deberá ser explícitamente aprobada antes de cerrarse la discusión sobre el punto controvertido. Si la enmienda o adición afectase a los antecedentes o a los razonamientos, aquélla puede darse por entendida, quedando encargado de modificarlos el ponente que hubiese preparado el dictamen. El Vocal que presente las modificaciones habrá de defenderlas, por la Presidencia se abrirá la discusión sobre si se admiten o no y, de no haber unanimidad, serán votadas.

2. En el caso de los estudios, se podrán hacer *observaciones* y *sugerencias*. En

relación con los informes o memorias, se podrán formular, además, enmiendas a su contenido y, si contuvieran conclusiones, se aplicarán, en los términos que correspondan, las reglas del apartado precedente.

Artículo 46. *Forma de los dictámenes.*

1 En la redacción de los dictámenes, se expondrán separadamente los antecedentes de hecho, las consideraciones de derecho y la conclusión o conclusiones, las cuales, en casos justificados, podrán formularse de modo alternativo o condicional.

2 La forma de los dictámenes descrita en el apartado anterior no será necesaria cuando la consulta solicitada tuviera por finalidad que el Consejo Consultivo *proponga nuevas formas posibles de actuación administrativa* o la *elaboración o reforma sin actuaciones previas de anteproyectos de disposiciones generales*, o cuando las *alternativas o condiciones posibles fueran múltiples*, no siendo necesaria en estos casos la exposición de los antecedentes ni las conclusiones.

3. Cuando el dictamen contenga *observaciones y sugerencias* de distinta entidad establecerá, siempre que sea posible, cuáles se consideran esenciales a efectos de que, si éstas son atendidas en su totalidad, la resolución que se dicte pueda utilizar la fórmula “de acuerdo con el Consejo Consultivo del Principado de Asturias”.

4. Cuando el Consejo aprecie la necesidad de apercibimiento, corrección disciplinaria o incoación de expediente de responsabilidad contra algún funcionario, lo hará constar mediante “*acuerdo*”, *en forma separada* del cuerpo del dictamen, que no se publicará, dictándose la resolución de acuerdo con, u oído, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias “y lo acordado”, siguiéndose entonces las actuaciones correspondientes.

5. Cuando se trate de conflictos de atribuciones el dictamen adoptará la forma de *proyecto de decisión resolutoria*.

6. En los informes sobre cualquier proyecto de disposición legal, recopilación o refundición y reglamentos, el Consejo podrá acompañar a su informe un *nuevo texto*, en el que figure íntegramente redactado el que, a su juicio, deba aprobarse.

Artículo 48. *Mociones.* Las propuestas de *mociones* que, en uso de su facultad de formular *observaciones* sobre el funcionamiento de la Administración Autónoma, así como *sugerencias* para la mejora de la actuación jurídico-administrativa en la Comunidad Autónoma, eleve el Consejo al Consejo de Gobierno o a su Presidente, podrán iniciarse por acuerdo del Pleno, a propuesta de cualquiera de sus miembros, y se ajus-

tarán en su tramitación a las normas contenidas en los artículos 23 y siguientes del presente Reglamento.

CONSEJO CONSULTIVO DE LAS ISLAS BALEARES

-LEY 5/2010, de 16 de junio, reguladora del Consejo Consultivo de las Islas Baleares (BOIB núm. 94 de 22 de junio de 2010; BOE núm. 163, de 6 de julio de 2010); art. 20.1: El Consejo Consultivo elevará anualmente, dentro del primer semestre del año siguiente, una memoria al presidente o presidenta de las Illes Balears y a la Mesa del Parlamento. En ella se dará cuenta de las actividades realizadas por el Consejo y podrá expresar las *sugerencias* y las *observaciones* que considere oportunas en relación con la mejora del ordenamiento jurídico y de la actuación de las administraciones públicas de las Illes Balears.

-DECRETO 24/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de las Illes Balears (BOIB núm. 51, de 12 de abril); art. 38.1: El Consejo Consultivo elevará anualmente al presidente de las Illes Balears y a la Mesa del Parlamento una memoria que recoja la actividad realizada en el ejercicio. Podrá, además, comprender las *observaciones* sobre el funcionamiento de los servicios públicos que resulten de los asuntos consultados y las *sugerencias* de disposiciones generales o medidas a adoptar que, a juicio del Consejo Consultivo, coadyuven al mejor funcionamiento de la Administración autonómica.

CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA LA MANCHA

-LEY 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha (DOCM núm. 143 de 6 de octubre de 2003; BOE núm. 29 de 03 de febrero de 2004). No alude a las OS.

-ACUERDO de 27 de junio de 1996, de la Mesa de las Cortes de Castilla-La Mancha, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha (DOCM núm. 30, de 5 de julio de 1996); modificado por Acuerdo de 14 de noviembre de 2002, de la misma Mesa (DOCM núm. 151, de 4 de diciembre de 2002); art. 51: El Consejo Consultivo elaborará una Memoria anual que elevará a las Cortes Regionales y al Consejo de Gobierno, en la que expondrá la actividad del mismo en el período anterior, incluyendo informe sobre las *diferencias significativas de criterio* habidas entre los dictámenes del Consejo y las disposiciones o resoluciones definitivas adoptadas por la autoridad consultante. Asimismo, podrá incorporar a la Memoria las *sugerencias* que estime oportunas para la mejora de la actuación administrativa y de la técnica legislativa.

CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA Y LEÓN

-**LEY 1/2002, de 9 de abril**, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León (BOCyL núm. 76 de 22 de abril de 2002; BOE núm. 115 de 14 de mayo de 2002); no alude al asunto.

-**RESOLUCIÓN de 5 de febrero de 2014**, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León, por la que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, (BOC y L núm. 36 de 21 de febrero de 2014):

Artículo 60. *Estudios, informes, propuestas y otros dictámenes.*

1. El plazo para la elaboración de los *estudios, informes, propuestas o dictámenes* solicitados por la Junta de Castilla y León sobre asuntos relacionados con el desarrollo del Estatuto de Autonomía será de tres meses...

2. La aprobación de los estudios, informes, propuestas o dictámenes a que se refiere este artículo corresponde al Pleno del Consejo.

Artículo 63. *Memoria.*

1. El Pleno del Consejo Consultivo aprobará, en sesión solemne y pública que se celebrará en el primer trimestre de cada año, la memoria del año natural inmediato anterior que recoja las actividades del Consejo y las *observaciones* y *recomendaciones* que realice para colaborar al mejor funcionamiento de las Administraciones Públicas de la Comunidad de Castilla y León.

2. El Presidente del Consejo Consultivo presentará la memoria anual ante la Comisión correspondiente de las Cortes de Castilla y León.

3. El Consejo Consultivo trasladará al conjunto de las Administraciones consultantes la doctrina, *observaciones* y *recomendaciones* recogidas en la memoria anual.

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA

-**LEY 5/2005, de 2 de mayo**, de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña, (DOGC núm. 4379 de 6 de mayo de 2005; BOE núm. 123 de 24 de Mayo de 2005); art. 9.3: La Comisión Jurídica Asesora puede dirigir al Gobierno, por medio del departamento con el que se relaciona, las *propuestas* y *sugerencias* que considere convenientes con relación al ordenamiento jurídico catalán, atendiendo a los problemas que detecte en ejercicio de su función consultiva.

-DECRETO 69/2006, 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, (DOG núm. 4614 de 13 de Abril de 2006), art. 41. Contenido y presentación de la memoria:

1. La Comisión Jurídica Asesora elabora y aprueba anualmente una memoria que debe detallar la actividad que ha llevado a cabo durante el año.
2. La memoria también recoge las *cuestiones sobre la mejora del ordenamiento jurídico catalán y la actuación administrativa* que la Comisión ha observado en el ejercicio de su función consultiva e incluye las *propuestas* y las *sugerencias* que estima convenientes.
3. La memoria también puede incluir *estudios jurídicos específicos* relacionados con la función de la Comisión.
4. Dentro del primer trimestre del año posterior, la Comisión presenta la memoria al Gobierno en un acto público.

CONSEJO CONSULTIVO DE EXTREMADURA (extinto)

-LEY 16/2001, de 14 de diciembre, del Consejo Consultivo de Extremadura (DOE núm. 1 de 3 de enero de 2002; BOE núm. 31 de 5 de febrero de 2002), derogada por Ley 19/2015, de 23 de diciembre (BOE núm. 23, de 27 de enero de 2016); art. 15: El Consejo Consultivo elevará una memoria anual al Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura en la que expondrá su actividad en el período anterior, así como las *sugerencias* que estime oportuno para la mejora de la actuación administrativa de la Comunidad Autónoma

-DECRETO 146/2004, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Extremadura (DOE núm. 120 de 16 de octubre de 2004); art. 48: El Pleno del Consejo elevará anualmente al Consejo de Gobierno a través del Presidente de la Comunidad Autónoma una Memoria en la que, con ocasión de exponer la actividad del Alto Cuerpo Consultivo del año anterior, recogerá las *observaciones* que sobre el funcionamiento de los servicios públicos resulten de los asuntos consultados, proponiendo *sugerencias normativas o de actuación* que puedan contribuir a un funcionamiento más eficaz de la Administración Pública.

-El Reglamento de la nueva Comisión Jurídica Asesora de Extremadura, aprobado por Decreto 3/2016, de 12 enero (DOE del 19), no prevé Memorias ni OS.

CONSEJO CONSULTIVO DE GALICIA

-LEY 3/2014, de 24 de abril, del Consejo Consultivo de Galicia (DOG núm. 80 de 28 de abril de 2014; BOE núm. 127, de 26 de mayo de 2014); art. 15:

El Consejo Consultivo elevará una memoria anual al Consello de la Xunta de Galicia en la que expondrá su actividad en el ejercicio anterior, así como las *sugerencias* que estimase oportunas para la mejora de las actuaciones administrativas. De la misma se dará cuenta al Parlamento de Galicia.

-DECRETO 91/2015, 18 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Galicia (DOG núm. 124 de 3 de julio de 2015), art. 2.1: Dentro del primer semestre de cada año, el Consejo Consultivo elevará una memoria de actividades al Consello de la Xunta de Galicia, en la que expondrá su actividad en el ejercicio anterior, así como las *sugerencias* que considere oportunas para la mejora de las actuaciones administrativas.

-LEY 4/2016, de 4 de abril, de Asistencia Jurídica de Galicia (DOG núm. 16, del 12; BOE núm. 105, del 2 de mayo); cuya DF 2ª modifica los arts. 14 y 21 de la Ley 3/2014, de 24 de abril, del Consejo Consultivo de Galicia, para permitir el Gobierno pueda encomendarle la **redacción de Anteproyectos y Propuestas legislativas o de reforma estatutaria**, así como **informes sobre cualquier cuestión concreta** de trascendencia para la CA gallega, los cuales también podrán ser recabados por los titulares de la presidencia de las entidades locales; y atribuir estas nuevas funciones a la Sección de Estudios e Informes del CCG.

CONSEJO CONSULTIVO DE LA RIOJA

-LEY 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, (BOE núm. 147 de 20 de junio de 2001; BOR núm. 66 de 2 de junio de 2001), art. 13: El Consejo Consultivo remitirá anualmente al Parlamento y al Gobierno de La Rioja y publicará una memoria expresiva de sus actividades durante cada año, con los dictámenes emitidos y las *sugerencias* que considere oportunas para la mejora de la actividad de la Administración pública.

-DECRETO 8/2002, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional del Consejo Consultivo de La Rioja (BOR núm. 12 de 26 de enero de 2002):

Artículo 55.1: Con arreglo a lo establecido en el artículo 13 de la Ley reguladora, el Consejo Consultivo remitirá anualmente al Parlamento y al Gobierno de La Rioja y publicará una Memoria expresiva de sus actividades durante cada año, con los dictámenes emitidos y las *sugerencias* que considere oportunas para la mejora de la actividad de la Administración Pública.

Artículo 56: El Consejo Consultivo, facultativamente y con independencia del texto de los dictámenes y memorias, podrá remitir *mociones* razonadas conteniendo *propuestas* o *sugerencias* concretas para la mejora de la actuación administrativa.

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

-DECRETO 5/2016 de 19 enero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid (BOCM núm. 16 de 20 de enero de 2016), art. 22.7. Cuando el dictamen contenga *observaciones* y *sugerencias* de distinta entidad, establecerá cuáles se consideran esenciales a efectos de que, si estas son atendidas en su totalidad, la Resolución que se dicte pueda utilizar la fórmula “de acuerdo con la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid”

CONSEJO JURÍDICO DE LA REGIÓN DE MURCIA

-LEY 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (BORM núm. 131 de 10 de Junio 1997; BOE núm. 247 de 15 de octubre de 1997), art. 15: El Consejo elevará anualmente una memoria a la Asamblea y Gobierno regionales exponiendo su actividad en el año inmediatamente anterior y las *observaciones* que sobre el funcionamiento de la Administración y las instituciones autonómicas resulten de los asuntos sometidos a su consulta.

-DECRETO 15/1998, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de La Región de Murcia (BORM núm. 97 de 29 de abril de 1998), art. 45.1 (el Consejo) elevará anualmente a la Asamblea y al Gobierno Regional una Memoria en la que, con ocasión de exponer la actividad del Consejo Jurídico en el periodo inmediatamente anterior, recogerá las *observaciones* sobre el funcionamiento de los servicios públicos que resulten de los asuntos consultados y las *sugerencias* de disposiciones generales y medidas a adoptar para el mejor funcionamiento de la Administración.

CONSEJO DE NAVARRA

-LEY FORAL 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra (BON núm. 37 de 26 de marzo de 1999; BOE núm. 95 de 21 de abril de 1999), art. 26. El Consejo elevará una memoria anual al Parlamento de Navarra y al Gobierno de Navarra, en la que se expondrá su actividad en el periodo anterior, así como las *sugerencias* que estime oportunas para la mejora de la actuación jurídico-administrativa.

-DECRETO FORAL 90/2000, 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo de Navarra (BON núm. 32 de 13 de marzo de 2000), art. 38, reproduce el cit. art. 26 de la Ley Foral 8/1999 de 16 de marzo.

CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

-LEY 10/1994, de 19 de diciembre, de creación del Consejo Jurídico de la Comunidad Valenciana (DOGV núm. 2419 de 2 de enero de 1995; BOE núm. 21 de 25 de enero de 1995), no alude al respecto.

-DECRETO 138/1996, de 16 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, (DOCV núm. 2814 de 26 de agosto de 1996).

Artículo 73: En los dictámenes sobre proyectos normativos se podrán formular *observaciones* y *sugerencias* de distinta entidad. La inobservancia de aquellas calificadas como esenciales comportará que la resolución que se adopte deba seguir la fórmula «Oído el Consell Jurídic Consultiu».

Artículo 76. El Consell Jurídic Consultiu podrá formular *mociones*, que se elevarán al Consell a iniciativa del Pleno. Tales mociones tendrán por objeto elevar las propuestas que el Consell Jurídic Consultiu juzgue oportunas acerca de cualquier asunto que la práctica y experiencia de sus funciones le sugiera. Para su elaboración, el Presidente podrá constituir una comisión.

Artículo 77. Anualmente, el Consell Jurídic Consultiu elevará al Consell una memoria en la que, con ocasión de exponer la actividad del Consell Jurídic Consultiu en el periodo anterior, podrá recoger las *observaciones* sobre el funcionamiento de los servicios públicos que resulten de los asuntos consultados, y las *sugerencias* de disposiciones generales y medidas a adoptar para el mejor funcionamiento de la administración.

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DEL PAÍS VASCO

-LEY 9/2004, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi (BOPV núm. 238 de 15 de diciembre de 2004, BOE núm. 279 de 19 de noviembre de 2011)

Artículo 3.2: La comisión dirigirá a la Administración activa, siempre que lo considere oportuno y en atención a los problemas que vaya detectando en el ejercicio de su función consultiva, las *sugerencias* y *propuestas* de actuación que estime convenientes.

Artículo 28: *Sugerencias y propuestas de actuación administrativa*. Las *sugerencias* y *propuestas* a que se refiere el artículo 3.2 se consideran a iniciativa de cualquier miembro de la Comisión y se formalizan en un acuerdo que se elabora, aprueba y remite a sus destinatarios o destinatarias siguiendo las mismas normas que rigen la elaboración, aprobación y remisión de los dictámenes.

-DECRETO 167/2006, 12 de septiembre: en su art. 12. 3, a), atribuye al Pleno la competencia de aprobar las *sugerencias* y *propuestas* de actuación a la administración activa previstas en el artículo 3.2 de la Ley 9/2004; y, en su art. 16.4,b), prevé la constitución de una Ponencia especial para la preparación de las *sugerencias* y *propuestas* de actuación dirigidas a la administración activa.

2. Terminología, semántica y tipología de las OS según estas disposiciones.

De la lectura de estas normas reguladoras y sus distintos matices, se desprende que, para denominar lo que venimos calificando genéricamente como OS, nuestro Derecho consultivo comparado emplea una variada terminología (*adiciones, enmiendas, informes, mejoras, memorandos, mociones, observaciones, propuestas, recomendaciones, redacción de textos normativos, sugerencias*), en la que no queda claro si se alude al *contenido* formulado (aspecto objetivo o material), al *modo* de formularlo (aspecto subjetivo o intencional) o al *medio* de formulación empleado (aspecto formal). Para tratar de aclarar esta cuestión y fijar un concepto estricto de las OS, entiendo que pueden apuntarse las siguientes pautas de interpretación:

-En cuanto al *contenido* que, objetiva o materialmente, se formula en las OS (o sea, respecto a la cuestión del *qué se formula* en las OS), podrían distinguirse OS de *actividad* (cuyo objeto es señalar líneas o criterios de comportamiento administrativo que los AOC consideran adecuados) y OS de *redacción de normas* (cuyo objeto es proponer, con una redacción concreta, textos normativos que los AOC estiman que deben ser aprobados). Ahora bien, en rigor, las OS únicamente se refieren a marcar criterios de actuación administrativa (aunque ésta sea de regulación) y no a formular textos normativos. Por tanto, entiendo que presentar una redacción concreta de preceptos jurídicos debe ser algo excepcional y de ámbito singular (en un dictamen); y que redactar anteproyectos completos de disposiciones generales debe limitarse a aquellos casos en que la legislación lo permita y así se solicite expresamente del AOC, por lo que no reputo adecuado que éstos formulen autónomamente textos normativos bajo el formato de OS.

-Respecto al sentido subjetivo o intencional (es decir, al *modo* de formulación, orientación o intensidad que los AOC pretenden conferir a sus formulaciones de OS), las normas expuestas permiten distinguir OS presentadas como *adiciones, enmiendas, mejoras, observaciones, propuestas, recomendaciones, redacción de posibles textos normativos y sugerencias*. Puede entreverse un distinto matiz semántico entre estas presentaciones, ya que no es lo mismo la pequeña *adición* que un Consejero efectúa al texto de una Ponencia, que una *enmienda*, pues ésta revela la pretensión de corregir algo que se considera erróneo (el *voto particular* implica ya una discrepancia personal con todo el texto o con alguno de sus aspectos fundamentales); a diferencia de la *mejora*, que no implica criticar sino sólo perfeccionar un texto. Del mismo modo, las *observaciones* aluden más bien a la constatación de algo que se ha apreciado, mientras que las *sugerencias* apuntan ya una línea de actuación aconsejada, aunque más suave que las *recomendaciones* y menos formalizada que las *propuestas* o *redacciones* concretas de textos alternativos. Además, las *adiciones* y

enmiendas, encierran un matiz de singularidad que las ciñe al ámbito concreto del texto de la ponencia o del dictamen a que se refieren; mientras que las OS tienen una pretensión más amplia y general. Por eso, me parece que, del ámbito de las OS, deben ser eliminadas todas las propuestas que, cualquiera que sea su intencionalidad semántica o denominación, se realicen en el seno de un dictamen concreto.

-En lo relativo al vehículo o instrumento *formal*, esto es, al documento en que dicho contenido puede ser formalizado, las normas expuestas regulan la presentación de las OS en las *memorias* anuales de los AOC, pero algunas aluden también a OS formuladas en otros documentos oficiales, como *dictámenes* concretos, *estudios*, *informes* o *documentos* especiales, *acuerdos* separados sobre exigencia de responsabilidades, *resoluciones* de conflictos competenciales o *memorandos* específicos. Ahora bien, la institución consultiva de las OS, en rigor, alude más bien a las propuestas formuladas de forma autónoma por los AOC (sea en sus *memorias*, que es lo habitual, o en otros documentos unilaterales, como los *memorandos*, que son excepcionales) y no tanto a las recabadas por los órganos que requieren a dichos AOC la elaboración de *dictámenes*, *estudios* o *informes* concretos. Por tanto, el criterio de la rogación (petición del consultante) me parece relevante para excluir del concepto de OS a las propuestas efectuadas por los AOC en respuesta a previas y concretas peticiones de la autoridad competente.

3. Las OS como competencia y potestad u obligación legal.

Otra consecuencia que puede extraerse de la expresada normativa reguladora es que la formulación de OS es una *competencia* legalmente conferida a los AOC, ya que, en ningún caso, cabe duda de que las normas confieren una habilitación para que el AOC correspondiente emane las OS. En otras palabras: las normas expuestas son siempre *habilitantes*, es decir, constituyen los títulos jurídico-competenciales que confieren a los AOC la investidura precisa para que formulen OS.

Sin embargo, dicha habilitación puede estar construida como una *potestad* jurídico-pública o como una *obligación* legal, según la técnica normativa empleada por el legislador para configurarla.

En efecto, en algunas de tales normas, la formulación de OS se construye en términos claramente obligatorios (como “*se publicarán*”, “*se formularán*”). En estos casos, no cabe duda de que la competencia conferida a los OAC se traduce en una **obligación legal** de formular las OS en los términos establecidos por la norma correspondiente. Así resulta de los arts. 1.089 («*las obligaciones nacen de la ley...*») y 1.090 Cc («*las obligaciones derivadas de la ley... se regirán por los preceptos de la ley que las hubiere establecido...*»).

Pero, en algunas otras normas, se emplean expresiones (como “*podrán*” o “*deberán*”) que no parecen tan imperativas. Es cierto que recientes reglas léxicas recuerdan que, en castellano, el verbo “deber”, seguido de un infinitivo (como “aprobar”, “formular” o “emitir”), denota obligación; mientras que, seguido la preposición

“de” (es decir, expresado como “deber de”), denota probabilidad⁶. Pero hay que reconocer que, en la práctica jurídica, las expresiones “podrán” y “deberán”, a veces, no aluden a una necesidad jurídica estricta, sino que encierran un cierto matiz deóntico (esto es, de “deber ser” o *desideratum*) o potestativo (esto es, de “poder ser” a voluntad de alguien). Si las disposiciones reguladoras que nos ocupan son interpretadas de este último modo, habrían construido la competencia de formular OS como un derecho potestativo o, mejor, como una **potestad facultativa** conferida a los OS para formular OS “*cuando lo estimen conveniente*” (aclaración que incluyen expresamente algunas de las normas expuestas)⁷.

Esto dicho, parece que la institución de las OS, salvo en algunos casos en que las expresiones legales son claramente imperativas, está construida en las normas reguladoras de los AOC más bien como una investidura competencial para que los mismos las incluyan en sus Memorias anuales u otros documentos oficiales “cuando lo consideren oportuno”, es decir, como una potestad jurídico-pública facultativa (similar a las que, en Derecho Canónico, se denominan *ad libitum*), en cuanto que su ejercicio queda en manos del AOC respectivo. En rigor, como enseguida comprobaremos, lo que sucede es que la formulación de OS, más que una situación jurídica pasiva (es decir, de vinculación, como las obligaciones, los deberes o las cargas) o activa (esto es, de poder, como las potestades, los derechos o las facultades), constituye una categoría jurídica diferente, más compleja y matizada, pues se trata en concreto de una verdadera *función jurídica*.

V. NATURALEZA.

Del esbozado concepto y régimen jurídico de las OS y al amparo de la metodología sistémica anunciada para analizarlos, entiendo que resultan las características que, expuestas de forma progresiva, pueden aclarar la naturaleza jurídica de la formulación de OS en la Alta Función Consultiva española.

1. La formulación de OS como *función*.

En la metodología sistémica que hemos asumido, ***función es toda actividad o conjunto típico de actividades que las estructuras de un sistema, o los elementos que las componen, han de realizar en orden a conseguir 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 orga-

⁶ Cfr. MUÑOS MACHADO, Santiago (dir.), *Libro de Estilo de la Justicia* (LEJ), Madrid, Real Academia Española (RAE)- Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), Madrid, 2017, pág. 261, voz “deber”.

⁷ Por ello hace tiempo que, como criterio de técnica normativa, soy crítico con el empleo generalizado en la legislación de las expresiones “podrán” o “deberán”; y me parecen preferibles expresiones, quizá más largas y menos elegantes, pero mucho más claras, como “tendrán que”, “habrán de” o “será obligatorio que”, en las que el carácter imperativo o preceptivo es indudable (cfr, p.e, art. 1.080 Cc “...tendrán la obligación de...”); o como “quedan facultados para, si lo estiman oportuno, ...” o “pueden, sin estar obligados a ello, ...” (cfr, p.e, art. 452 Cc “...puede, si quiere, ...”) cuyo sentido facultativo o potestativo es indudable.

nizada, 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 polisémico⁸.

Varios son, pues, los **componentes** básicos del concepto de *función*: i) un elemento subjetivo, que es quien la realiza; ii) un elemento objetivo, que es el contenido propio de lo realizado; iii) un elemento teleológico, que es la finalidad pretendida con la realización, la cual polariza y matiza toda su funcionalidad; 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*)⁹.

La función revela, pues, aspectos básicos del sistema que la realiza, como son el quién, el qué, el cómo y el para qué; 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 de realidades interactuantes¹⁰.

⁸ Así, la *función* puede ser propia de una persona (p.e. la función de portavoz) o de un grupo de personas (p.e. la función militar), como sucede cuando las mismas intervienen en actos organizados (p.e. una función de teatro o de circo) o en actos públicos más o menos ritualizados (p.e. una función religiosa o fúnebre). También pueden descubrirse *funciones* en actos humanos, como las palabras o signos comunicacionales, cuyo valor léxico depende de su posición relacional (p.e. la función copulativa o disyuntiva de un vocablo), especialmente si tales signos expresan números u otras magnitudes físicas o químicas que mantienen relaciones estables entre sí (p.e. las funciones matemáticas). Igualmente, en los seres vivos, podemos descubrir *funciones* cuando sus actuaciones nos parecen susceptibles de tipificación. Así, hablamos de la función clorofílica de las plantas o de ciertos órganos o aparatos corporales (p.e. la función respiratoria). También podemos interpretar como *funciones* los efectos que generan ciertas cosas, sean naturales (p.e. la función de la capa atmosférica de ozono) o artificiales, como los aparatos, instrumentos o máquinas (p.e. la función impulsora de un motor). Cfr., a estos efectos, las múltiples acepciones de *función* que ofrecen los grandes diccionarios y enciclopedias, p.e. el *Diccionario de la Real Academia* (DRAE), el *Diccionario del español usual* de María Moliner o la monumental *Enciclopedia Espasa*.

⁹ Sobre los neologismos sistémicos *intorno* y *extorno*, contruidos a partir de una nueva significación, también sistémica, del tradicional vocablo *contorno*, cfr. GRÜN, E, *Una visión sistémica y cibernética del Derecho*, Buenos Aires, 1998.

¹⁰ El concepto de "realidad" no se circunscribe a las cosas tangibles, sino también al resto de lo que Zubiri denominaba *realitas* y que engloba cualquier entidad intelectual aprehensible por la persona humana y que pueda influir en sus comportamientos, como los conceptos filosóficos o teológicos, las utopías, las *ucronias* o incluso los personajes de ficción que presentan valores arquetípicos, como *Don Quijote*. Cfr. al respecto las grandes obras de ZUBIRI, X., *Respectividad de lo real*, en *Realitas*, III-IV, 1979; *Sobre la esencia*, 5ª ed., Madrid, Alianza, 1985; *Inteligencia y realidad*, Madrid, Alianza, 1980; y *Estructura dinámica de la realidad*, Madrid, Alianza, 1989.

Esta caracterización genérica es aplicable a la función específica en que consiste la formulación de OS ya que: i) los AOC constituyen su elemento subjetivo, en cuanto que son los órganos que las formulan; ii) las propias OS formuladas conforman el elemento objetivo; iii) el elemento teleológico está integrado por la mejora del funcionamiento de los servicios públicos que las OS pretenden; y iv) finalmente, el elemento contextual está formado, en este caso, por el sistema administrativo receptor de las OS, en cuanto que es el responsable de los servicios públicos a que las mismas se refieren.

2. La formulación de OS como función *jurídica*.

El vocablo *función* mantiene su variedad semántica también en sus acepciones jurídicas¹¹. En todas ellas, se aprecia el contenido típico y relacional, propio del concepto genérico 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, en orden a que la misma logre el fin objetivo que, asignado por el Derecho, encierra un interés transpersonal¹².**

La preservación de dicho fin objetivo de interés supra-individual subyacente en el *munus* es la causa explicativa (*ratio*) de las limitaciones y modulaciones 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 y particulares que puedan concurrir.

Así pues, lo relevante en el concepto jurídico de *función* es el *munus*, entendido como el cometido propio, asignado por el Derecho, público o privado, a ciertas actuaciones humanas socialmente caracterizadas por una gestión (*agere*) de acusado interés supra-individual, en favor del cual (*pro quod*) se realiza la gestión. Esto explica el rastro lingüístico del término *munus* como desinencia (“-monio”) en institucio-

¹¹ Sin ánimo exhaustivo, se emplea el término *función*: i) en Derecho de familia, para aludir a una situación jurídica intermedia en la que se mezclan derechos y obligaciones (así, se dice que la patria potestad o la tutela son funciones); ii) en Derecho de cosas, para señalar la limitación estructural de un derecho (así se habla de la función social que es o tiene la propiedad); iii) en Derecho Administrativo, para aludir al conjunto de tareas (*ufficio*, en terminología italiana) encomendadas a un órgano o unidad administrativa (haciendo de la función un sinónimo de competencia administrativa) e incluso al conjunto de profesionales titulares de las mismas (englobándolos en el concepto de función pública); y iv) en el vigente Derecho Constitucional español, para referirse a las principales misiones sociales del poder asumidas por el Estado central, en exclusiva (como la función judicial) o compartiéndolas con otras organizaciones territoriales (como las funciones legislativa y ejecutiva). Cfr. MUÑOZ MACHADO, Santiago (dir.), *Diccionario del Español Jurídico (DEJ)*, Madrid, RAE-CGPJ, 2016 págs. 855-857.

¹² En las acepciones jurídicas de *función* señaladas en la nota anterior, dicho *fin objetivo de interés transpersonal* se aprecia en: i) el interés *superior* del menor o del pupilo, para modular el ejercicio de la patria potestad o de la tutela; ii) el interés *social*, para atemperar el empleo de las facultades inherentes a la propiedad privada; iii) el interés *público*, para guiar toda actuación o servicio administrativo; o iv) el interés general, para orientar y limitar toda actuación de los poderes públicos. La CE incluso añade el interés *nacional* como fin de ciertas operaciones constitucionales (cfr., pe. art. 144 CE). Cfr. DEJ, *op. cit.*, págs. 959 y 960.

nes jurídicas actuales, como el *matrimonio*¹³, el *patrimonio*¹⁴ o el *testimonio*, o pretéritas, como el *vadimonio*¹⁵ o el *prestimonio*¹⁶.

Pues bien, cuando decimos que formular OS es una *función* propia de los AOC, empleamos el término *función* en su significado *jurídico* y, además, no sólo como género (es decir, como actividad incluida en el *munus* o función consultiva que los AOC tienen legalmente conferida), sino también como especie (o sea, como una concreta actuación consultiva), ya que, obviamente, dicha formulación constituye una actividad característica y tipificada que la normativa vigente atribuye a dichos AOC para la consecución de un interés objetivo y transpersonal subyacente, consistente en la mejora de los servicios públicos, el cual explica el establecimiento de esta función y también, como iremos viendo, determina sus características y límites estructurales.

3. La formulación de OS como función *jurídico pública*.

La formulación de OS no sólo es una *función jurídica* de los AOC, sino, además, una *función jurídico-pública*, es decir, enmarcada en el sentido que se atribuye al término *funciones* en Derecho Público¹⁷ cuando, al tratar del *Estado* y sus

¹³ Es paradigmático el caso del término *matrimonio*, pues revela la mentalidad jurídica romana, que lo veía como función principal de la madre; ya que, siendo, en Derecho romano, el matrimonio más una situación de hecho que de Derecho, lo relevante para la sucesión de la familia era que la mujer fuera madre (*mater semper certa est*) y no tanto si estaba casada (ya que, aun estándolo, podía permanecer bajo la *potestas* de su propio padre, sin depender de su marido, cuando se casaba *sine manu*). Cfr. ROFRÍGUEZ GONZÁLEZ, Ana María, “La mujer y el Derecho romano: de la Roma legendaria a las reformas matrimoniales de Augusto”, en *Nomos ágrafos, nomos éngrafos, estudios de Derecho griego y romano*, Madrid, Ed. Dyckinson, 2015, págs. 109-148.

¹⁴ También el concepto de *patrimonio* revela la idiosincrasia romana: como la mujer era *alieni iuris*, la capacidad patrimonial residía en el *pater familias* del que dependía (el cual podía ser su propio marido si se casaba *cum manu*), lo que explica que se atribuyera a dicho *pater* la función de gestionar los bienes (*patrimonium*) puesto que la misma requería capacidad negocial. Cfr. ROFRÍGUEZ GONZÁLEZ, Ana María, *op.cit.*, págs. 109-148.

¹⁵ Por extensión, se aplicaba el mismo concepto funcional (*munus*) a otros papeles caracterizados, sobre todo en el proceso judicial; así el *testimonio*, como función propia del testigo; o el *vadimonio*, como función del *vades*, es decir, de quien se obligaba a conducir (*vadere*) al demandado ante el magistrado, obligación que se exigió hasta que se impuso la *cautio iudicatum sisti* o fianza de comparecer. Cfr. TORRET RUIZ, Armando, *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, 2005, págs. 1448-1449.

¹⁶ El término medieval *prestimonio* expresaba la función del terrateniente que “presta” (de *praes*, quien entrega *-praestat-*), unilateralmente (no por contrato, como en el arriendo) y sin previa petición (*preces*) del cultivador (como en el precario), una finca (*praedium*), a otra persona (*prestamero*), para que la explote mediante precio u otra contraprestación (no gratuitamente, como en el comodato) y mientras se lo permita el dueño (no indefinidamente, como en la enfiteusis). Por esta última característica (revocabilidad *ad beneplacitum domini*), los monarcas castellanos hicieron revertir a la Corona el Señorío de Vizcaya cuando los López de Haro, que sólo eran *Prestameros mayores* (es decir, titulares de una *prestamería* o cargo regio revocable *ad nutum* por el monarca concedente), trataron de vincular ese *munus* a su linaje convirtiéndolo en patrimonial. Cfr. al respecto, mi obra cit., *La Rioja como sistema*, vol. 3, págs. 1263-1349.

¹⁷ A partir de las aportaciones de Jellinek y Kelsen, la Ciencia Política confluye con el Derecho Público en la llamada *Teoría General del Estado*, la cual acoge en su seno a la *Teoría General del Derecho* (en cuanto que éste último es entendido como componente esencial de todo grupo político organizado), y, por eso, ambas *Teorías* se han convertido también en presupuesto o planteamiento necesario de la *Parte General* del Derecho Constitucional y Administrativo. Cfr. ZAFRA VALVERDE, José, *Teoría Fundamental del Estado*, Pamplona, Euna, 1997.

*finés*¹⁸, se emplea para denominar precisamente *funciones estatales* a las actividades que el mismo desarrolla para conseguirlos. Estas *funciones estatales* han experimentado, desde la Revolución francesa, una bien conocida evolución histórica que conviene recordar.

En el *Estado liberal de Derecho*, los *finés* estatales se limitaban al *control* social (de ahí, su conceptualización como *Estado de policía*)¹⁹, dejando la *provisión* social (con sus principales manifestaciones, como la educación y la sanidad) en manos de la Iglesia o de la beneficencia de la población; por lo que las *funciones estatales* se reducían a las tres clásicas de implantar normas jurídicas (función legislativa), desarrollarlas y ejecutarlas en vía administrativa (función ejecutiva), y aplicarlas judicialmente en casos concretos litigiosos (función judicial); con la única novedad, respecto al Antiguo Régimen (en el que estaban atribuidas a unos mismos órganos, como eran los distintos Consejos existentes en el sistema polisindial de los Austrias), de asignarlas, siguiendo la doctrina revolucionaria de la *división de poderes*, a conjuntos orgánicos diferentes, denominados, por ello, “poderes” legislativo, ejecutivo y judicial.

Sin embargo, el progresivo nacimiento de los modernos *Estados sociales de Derecho* ha hecho que las *funciones estatales* no se limiten a las tradicionales de defensa y seguridad (hoy ampliadas a ámbitos como los servicios de inteligencia, la

18 A estos efectos, el *Estado* constituye un sistema (unidad de intelección coherente) consistente en un grupo social institucional (población organizada), predominantemente comunitario (idea de patria), rigurosamente delimitado en lo personal (“sus” nacionales) y lo espacial (“su” territorio) y que, dotado de una organización social burocrática, coherente y jerarquizada (el poder público y las instituciones que lo ejercen), se manifiesta como relativamente autónomo (más que como rigurosamente soberano) y primordial en lo temporal (dejando a las Iglesias la primacía en lo espiritual), cualesquiera que sean la formas que pueda adoptar su Constitución (formal o material, rígida o flexible, etc.), la organización de su jefatura (monárquica o republicana), de sus órganos legislativos (sistemas uni o bicamerales), gubernamentales (modelos presidencialistas, de gabinete, etc.), administrativos (organizaciones más o menos concentradas, desconcentradas o descentralizadas) o jurisdiccionales (plantas judiciales unificadas o territorializadas; con o sin Tribunal Constitucional, etc.); así como la distribución espacial de sus competencias constitucionales (formas centralizadas, regionalizadas, descentralizadas, autonómicas, federales, etc). También puede variar el mayor o menor grado de reconocimiento, garantía y efectividad de los derechos humanos (regímenes políticos democráticos y autocráticos); aunque internacionalmente se tiende a rechazar a los Estados con regímenes políticos autoritarios, al entender que el respeto y eficacia de los derechos fundamentales (no reducidos a las clásicas libertades públicas de pensamiento, expresión, reunión, asociación y participación política, sino ampliados a los modernos derechos sociales de segunda y tercera generación) es una finalidad primordial del Estado moderno. Cfr. ZAFRA, *Teoría Fundamental del Estado*, op.cit.

19 En efecto, los *finés* del sistema estatal comenzaron ceñidos a su propia *conservación* como tal, lo que conllevaba (como superación de la primitiva y caótica *autotulela*, individual o gentilicia, de los titulares de derechos lesionados) el nacimiento de las *funciones* primordiales de *defensa* (diplomática y militar, frente a eventuales agresiones del exterior, encomendada a los Cuerpos de acción exterior y a las Fuerzas armadas), *seguridad* (frente a eventuales desórdenes en el interior, encomendada a las Fuerzas y Cuerpos de orden público), *justicia* (para el arreglo pacífico de las controversias, encomendado a la Judicatura) y *hacienda* (para la exacción fiscal, encomendada a las Autoridades hacendísticas, que era necesaria para financiar los gastos exigidos por el mantenimiento de las tres funciones anteriores). El maestro Guaita denominó *Administraciones especiales* a la *exterior, militar, judicial y fiscal* porque intuyó que esas cuatro funciones formaban el núcleo de las estatales y que esa posición central en el sistema explicaba las especialidades orgánicas y funcionales que las mismas requerían con respecto a las demás funciones encomendadas a la *Administración general* en sus distintos *ramos*. Cfr. GUAITA, Aurelio, *Derecho Administrativo Especial*, I, Zaragoza, 1969, núm. 5.

garantía de consumidores y usuarios, la protección civil o la preservación de los datos informáticos), sino que se extiendan a la educación y la sanidad, así como a los más variados servicios económicos, sociales, culturales y deportivos; y ello mediante la realización de actividades públicas que ya no son únicamente de control o de gestión mediante contratistas interpuestos, sino también de prestación directa, planificación, coordinación, fomento y regulación; de suerte que el viejo *Estado de policía* ha quedado superado por el moderno *Estado-providencia* o *Estado del bienestar*, así llamado porque pretende colmar todo tipo de necesidades sociales²⁰.

Pues bien, esta visión diacrónica permite observar que, si bien la clásica tríada de *funciones estatales* (legislativa, ejecutiva y judicial) sigue siendo, académica y metodológicamente, útil para comprender el Derecho público, debe ser, por un lado, actualizada mediante la adición de otras *funciones*, que son exigidas por la asunción de nuevos *finés* por parte de la organización política; y, por otro, completada mediante la recuperación de la llamada *función consultiva*, en cuyo seno se encuentra la atribuida a los AOC para formular OS, que ahora nos interesa.

4. La formulación de OS como función (jurídico-pública) consultiva, aunque peculiar.

La función jurídico-pública atribuida por la legislación vigente a los AOC es precisamente la consultiva, esto es, la de aconsejar en Derecho a los poderes públicos. Pero esta obvia constatación requiere alguna reflexión sobre los elementos que integran la noción de *lo consultivo*.

A) Constituye una *función de consejo*.

Entre los sistemas sociales, una de las más claras y antiguas funciones de relación inter-sistémica (en rigor, como luego veremos, *semiótica*) es la *de consejo*. Pues bien –concebida en términos generales y por más que ahora sólo nos interese la Alta Función Consultiva española vigente– **la *función de consejo* consiste en que alguien que sabe de algo asesore sobre ello a quien lo ha menester para actuar al respecto.**

En la literatura sapiencial castellana coetánea al Infante D. Juan Manuel y al Rey Sancho IV (esto es, entre 1306 y 1336), un *Maestre Pedro* (alto dignatario eclesiástico cuya identidad es debatida) escribió el *Libro del consejo e de los consejeros*²¹ (título expresivo de que alude especialmente al asesoramiento áulico), cuyo Cap. I (titulado, *qué cosa es consejo e cuántas son las cosas que convienen a él*) señala que «*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,

²⁰ Sobre esta evolución histórica, cfr. MUÑOZ MACILADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*, I, 3ª ed. Iustel, Madrid, 2011.

²¹ Lo cito por la reciente edición crítica de Barry TAYLOR, ed. Cilengua, San Millán de la Cogolla, La Rioja, 2014.

de forma autónoma, una persona presenta u ofrece a otra u otras para que hagan u omitan algo, sea bueno o malo)²².

Como esta definición comprende también a los “malos consejos”, el autor medieval que nos ocupa señaló las seis características que, a su entender, requiere el “buen consejo” y que siguen siendo útiles, en especial para los AOC:

-Rogación o petición de consulta (“*que no se lleve 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, como gustaba decir el General De Gaulle, “*délibérer est le fait de plusieurs; agir est le fait d’un seul*” (decidir es propio de una sola persona; aconsejar lo es de varias), es decir, una función pluripersonal y, por eso, los consejeros deben debatir y consensuar entre ellos el dictamen²³.

-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 el que da el consultante, según el viejo apotegma *da mihi factum, dabo tibi ius*.

-Comunicación sigilosa (“*que desde 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 seriedad²⁴.

22 Esta sentencia senaria procede del jurista italiano Albertano de Brescia (1195-1251) que, en 1246, publicó un *Liber de consolationis et consilii*, en cuyo Lib. XI, págs. 29-30, se encuentra. Para la influencia posterior del libro sapiencial del Maestro Pedro, 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, págs. 233-258

23 Sin fundamento etimológico, pero con intención docente, el precitado Albertano de Brescia (*Liber consolationis et consilii*, op. cit. Cap. IX) había señalado la relación de *consultare*, en el sentido de deliberar juntos para evacuar consultas, con: i) *cum-scire* (conocer juntos); ii) *cum-sentire* (concordar en la opinión) iii) *cum-saltare* (omitir juntos, o sea, descartar unas opciones para elegir otras); iv) *cum-silire* (callar juntos, esto es, reflexionar); y vi) *cum-sedere* (sentarse juntos, para pensar reposadamente, de donde la denominación canónica *Consistorio*). Cfr. BAURA, Eduardo, “El consilio del giurista”, 2013, lección inaugural del año académico, U. Pontificia de la Santa Cruz, Roma, 2013.

24 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*»

-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 aconsejado²⁵.

A la vista de estas antiguas reflexiones sobre el “buen” y el “mal” consejo, no puede extrañar que la Alta Función Consultiva española haya celebrado tradicionalmente como festividad patronal el 26 de abril, día de *N^a S^a del Buen Consejo*; circunstancia esta que, cualesquiera que sean las creencias que cada uno profese, encierra un profundo significado que, por formar parte del legado cultural europeo, conviene conocer en sus aspectos teológicos²⁶, litúrgicos²⁷ y pastorales²⁸.

Esto apuntado, no cabe duda de que la función de formular OS que incumbe a los AOC se encuadra en el género de “función de consejo” a la que hemos aludido, pero con dos importantes precisiones que la singularizan:

25 En la literatura sapiencial cristiana, la referencia a la *prudencia* en el consejo suele implicar también una alusión a las otras tres virtudes cardinales; y así solía precisarse que, en el aconsejador de un poderoso, consiste: i) la *prudencia*, en saber de qué habla; ii) la *justicia*, en hacer que el gobierno del aconsejado sea más justo; iii) la *fortaleza*, en no doblegarse ante presiones para aconsejar; y iv) la *templanza*, en la auto-constricción (*self-restraint*) equilibrio de formulación que exige “ser profeta de un augurio cautivo”. Esto último es importante en la función consultiva de formulación de OS ya que, como quiera que éstas responden a un consejo no pedido expresamente, requieren: i) moderación al formularlas; ii) respeto hacia los órganos a quienes se dirigen; iii) orientarse siempre (*respicere*) al bien común o interés público, sin denotar interés particular alguno del AOC (*non in sua causa*). Estas reflexiones tienen su base en la denominada virtud de la *euboulía* que (según Santo Tomás de Aquino, *Summa Theologica* 2^a. 2^{ae}, q. 51 ad 1) es la virtud de aconsejar rectamente.

26 En la Teología católica, el *buen consejo* al que alude esta advocación mariana es el que la Virgen dio a los sirvientes en las bodas de Caná: «*haced lo que Él os diga*» (Jn 2.5), que se considera paradigmático de toda verdadera *Mariología*, en cuanto que ésta última siempre remite a la *Cristología*, es decir, al mismo Cristo como único verdadero consejero, del que emana: i) el *don de consejo* (que uno de los dones del Espíritu Santo); ii) la *virtud* (cardinal) de la *prudencia* (en cuanto que ésta consiste en saber qué hay que hacer; lo cual requiere frecuentemente pedir un buen consejo); y iii) las correlativas *obras* (espirituales) de *misericordia* consistentes en *enseñar (bien) al que no sabe y dar (buen) consejo a quien lo necesita*. Estas tres dimensiones (don, virtud y obra de misericordia) orlan la dimensión teológica del consejo y apuntalan el patrocinio de la función consultiva asignado a *N^a S^a del Buen Consejo* ya que, en cuanto “mediadora universal de todas las gracias”, también lo es de los grandes consejos evangélicos de Jesucristo. Cfr. FLECHA ANDRÉS, José Román, *Las obras de misericordia*, Madrid, BAC, 2016; y GARCÍA PAREDES, Jose, *Dar buen consejo al que lo necesita*, Madrid, Pub. Claretianas, 2016.

27 En la Liturgia católica, María es reputada “*Madre del Buen Consejo*”: i) por ser Madre de Aquél que fue anunciado por el profeta Isaías como “*Maravilla de Consejero*” (Is 9, 5); ii) porque fue guiada y protegida por el “*Espíritu de Consejo*”; y iii) porque, en cuanto que “*se adhirió íntimamente al designio divino de recapitular todas las cosas en Cristo*”, Dios la llenó “*con la plenitud de los dones del Espíritu Santo*” (Cfr. Prefacio de la *Misa propia de N^a S^a del Buen Consejo*), entre los cuales destaca el “*espíritu de sabiduría*” (Cfr. Antífona de entrada en *idem*, por ref. a Sab. 7,7b). Ello explica que, en la referida *Misa propia*, María sea celebrada como *Madre y Maestra*, enriquecida con el *don de consejo*, que proclama, junto con el de sabiduría, al decir: “*Yo poseo el buen consejo y el acierto; y mías son la prudencia y el valor*” (Cfr. Canto del Aleluya, por ref. a Prov. 8,14). Cfr. *Misal agustiniano*, Roma, 2007, págs 33-35.

28 El Papa Francisco, reflexionando sobre las obras de misericordia de *aconsejar, enseñar y corregir* (es decir, las de “*dar buen consejo al que lo necesita*”, “*enseñar al que no sabe*” y “*corregir al que yerra*”), ha señalado que están muy relacionadas entre sí, pues aluden a la necesidad de la enseñanza y la orientación como “*actos de amor*” en favor de quien padece la debilidad provocada por la incertidumbre o el error. Cfr. *Audiencia general del 23-11-2016*, de catequesis tras el *Año jubilar de la Misericordia*; y, con carácter general, su Bula *Misericordiae vultus*, de apertura del Año jubilar de la Misericordia 2016; y, antes, la Encíclica *Dives in misericordia*, 1980, de Juan Pablo II.

-Por un lado, la exigencia de que el consejo sea recabado (principio de rogación), en este caso no es explícita (las OS no se emanan tras una consulta *ad hoc*), sino que está implícita en la *voluntas legis* de las disposiciones generales que invisten de esta competencia a los AOC; lo que supone que las OS no se formulan de manera totalmente autónoma por los AOC, ni tampoco *ope legis* (es decir, por ministerio de la ley), sino *ex lege* (esto es, en virtud de habilitación legal) y *secundum legem*, o sea, en los términos de dicha habilitación, nunca fuera de ellos (*contra legem*) ni prescindiendo de los mismos (*praeter legem*).

-Por otro lado, el contenido de las OS no se reduce exclusivamente a la formulación de consejos en sentido estricto, ya que no responden a consultas concretas, sino que son *generales*, y, además, tienen un matiz *correctivo* o *medicinal* (pues se dirigen a constatar y solventar defectos en el funcionamiento de los servicios públicos).

Obsérvese que, en la tradición sapiencial judeo-cristiana antes aludida, la obra espiritual de misericordia consistente en “dar buen consejo al que lo necesita”, se distingue sutilmente de la de “corregir al que yerra”, sentando así una cierta diferenciación entre *aconsejar* y *corregir*, que podría sugerir una diferenciación entre la función consultiva estricta (la de emitir dictámenes sobre consultas concretas) y la de formular OS.

Empero, estimo que la función de OS puede ser englobada en la genérica de aconsejar, siempre que, como intento señalar en este trabajo, se la distinga como una especie caracterizada por los elementos que la singularizan.

B) Implica la función de aconsejar a los poderes públicos.

Ubicándonos, pues, en la “función de consejo”, es claro que, si el objeto de asesoramiento es el Derecho y quien lo recaba es un poder público, surge el concepto de *función (jurídica) consultiva*, la cual es *privada*, cuando el asesoramiento es prestado por juristas ajenos al sector público; y, en otro caso, es *pública*. Ahora bien, ésta última puede ser prestada por juristas *dependientes* o *independientes* de los órganos aconsejados.

Aunque la terminología no está consolidada, entiendo que los primeros (esto es, los juristas “dependientes”) integran la que, con propiedad, podemos denominar *Administración consultiva*, porque son titulares de un órgano (uni o pluripersonal) integrado en la organización consultante y que, por tanto, es reconducible al “poder” (Legislativo, Judicial y, en especial, Ejecutivo) al que la misma pertenezca, aunque su actividad no sea “de gestión” (*Administración activa*) o “de control” (*Administración fiscalizadora*), sino “consultiva” (la cual, además, puede no ser la única ni la principal, ya que suelen tener asignadas también otras de *asistencia jurídica*, como son las funciones –contenciosas– de defensa y representación en juicio)²⁹.

²⁹ He desarrollado estas ideas con amplitud en mi *op. cit. La asistencia jurídica a las CCAA*, Logroño, IER, 1996; y me cabe la satisfacción de que su terminología fuera asumida por la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, y luego por las CCAA hasta la actualidad, pues la reciente regulación del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco, efectuada por Decreto 144/2017, de 25 de abril (BOPV de 3 de mayo), mantiene, con carácter general, el término “asistencia jurí

En consecuencia, opino que sólo los juristas “independientes” con respecto a los órganos consultantes desempeñan propiamente la **función consultiva**; pues ésta requiere una *independencia*, no sólo personal, sino también institucional, desde el momento en que la primera (la independencia personal), al ser de naturaleza espiritual (en cuanto que atañe al *animus*) es condición necesaria para aconsejar (como reza el viejo lema *animus in consulendo liber*)³⁰; pero no suficiente para integrar la *función consultiva*, ya que ésta requiere, además, una independencia institucional (esto es, orgánica, funcional y asegurada jurídicamente con la técnica de las garantías institucionales) para poder quedar incluida entre las que antes hemos denominado *funciones estatales* típicas.

Esto dicho, la *función consultiva* es (como antes he indicado), una especie de la función genérica *de consejo*, pero que, referida al Derecho y dirigida a los poderes públicos, alcanza la categoría de *función estatal*³¹ cuando se presenta adornada de las características que (como la independencia orgánica y funcional jurídicamente garantizada) singularizan la peculiar posición institucional atribuida a los AOC que la encarnan.

C) Se encuadra entre las prestaciones de la *alta función consultiva* (española).

Aclarado que la formulación de OS es una función consultiva que los AOC prestan a los poderes públicos en los Estados compuestos, resta por examinar los elementos que distinguen a tales AOC de cualesquiera otros órganos consultivos del sector público o lo que lo mismo: determinar la naturaleza de la Alta Función Con-

dica” para referirse tanto a las funciones consultivas como contenciosas y de representación causídica que le competen (cfr., p.e., sus arts. 1 y 2).

30 La expresión *animus in consulendo liber* es puesta por Salustio (*Conjuración de Catilina*, 52, 21) en labios de Catón el Joven al dirigirse al Senado para reprochar la ausencia en su tiempo de las virtudes que engrandecieron a los antiguos padres («*sed alia fuere, quae illos magnos fecere, quae nobis nulla sunt: domi industria, foris iustum imperium, animus in consulendo liber, neque delicto neque libidini obnoxius*»); dando lugar a múltiples textos clásicos que ensalzan la necesaria *libertas in consulendo*, entre los que destacan la *Summa Theológica* de Santo Tomás de Aquino (2^a, 2^{ae}, q. 104) y una glosa de Gregorio López a las Partidas («*libertas debet adesse in consulendo et suscribendo quod notat pro consiliariis Regum P.2.13.25*»). Estos lemas figuran en varios *palazzi* de *Signorie* italianas, así como en el palacio de gobierno de la República de San Marino y en el de los dogos de Venecia. En el de la *Podestà* de San Geminiano, lo vio el embajador belga, M. André de Staercke, que lo propuso como lema al Secretario General de la Alianza Atlántica, Paul Henri Spaak, quien lo incorporó, en 1967, al salón de sesiones del Cuartel General de la OTAN en Bruselas. También figura en el reverso de las medallas del AOC de La Rioja y en los emblemas de otras instituciones jurídicas españolas, como el de la reciente Asociación de Letrados de CCAA. Ahora bien, la independencia (*libertas*) no es la única virtud que requiere la función consultiva pues, al decir de Albertano de Brescia (*Liber consolionis et consilli*, op. cit. Cap. IX), el buen consejero debe ser, además: «*in Deo, devotus et sapiens; in se ipso, providus; in alio vel in aliis, cautus; in examinando consilio, discretus; in vitando, rigidus; in assumendo, doctus; in retinendo, constans; et in mutando, lenis*».

31 Utilizo aquí el término “Estado” en su sentido global (*Gesamstaat*, en la terminología alemana) que, en los Estados compuestos (como los federales, autonómicos o regionalizados) comprende tanto al Estado central (*Oberstaat*), es decir, al ente que ostenta las competencias generales propias de la Federación (*Bund*), como a las entidades sub-estatales dotadas de autonomía política (*Gliedstaat*), como son los Estados federados, nuestras CCAA, los *Länder* alemanes o las Regiones autónomas italianas. Esta terminología procede de la Escuela de Jellinek y es muy útil para la explicación del Derecho público en los Estados compuestos. Cfr. JELLINEK, Georg, *Fragmentos de Estado*, Madrid, Civitas, 2016.

sultiva, fijando las principales **características** que la misma reviste, para ver si convienen y, en su caso, hasta qué punto, a la principal función encomendada a los AOC (que es la de asesoramiento jurídico a los poderes públicos legitimados para recabarlo) y, en especial, a la que desarrollan al formular OS. Ahora bien, como quiera que, en otros lugares, he estudiado con detalle la naturaleza de la función consultiva y la posición institucional de los AOC³², me limitaré ahora a recordar cuáles son esos caracteres esenciales que los distinguen de otros órganos de asesoramiento:

-Los AOC, por lo general, asesoran sólo o primordialmente en Derecho (asesoramiento **jurídico**), a diferencia de los órganos encargados de asesorar técnicamente en otras disciplinas (órganos de consulta técnica) o en cuestiones de conveniencia (órganos de asesoramiento político), las cuales sólo son abordadas por los AOC al hilo de cuestiones jurídicas y cuando su normativa lo permite o el órgano consultante así lo solicita.

-Los AOC prestan un asesoramiento sobre el ordenamiento jurídico en su conjunto y considerado como una unidad coherente (asesoramiento **general**), es decir, sin limitarse a una rama o especialidad jurídica concreta dentro del mismo, a diferencia de los órganos de asesoría jurídica especializada.

-Los AOC tienen carácter orgánico público y sólo asesoran a los poderes públicos de su respectivo ámbito espacial (asesoramiento **público**), a diferencia de las consultorías o despachos privados, aunque, eventualmente, éstos últimos, previa contratación de sus servicios, puedan asesorar en Derecho a entidades públicas.

-Los AOC asesoran desde fuera de los órganos asesorados (asesoramiento **externo**), a cuya organización no pertenecen, a diferencia del asesoramiento jurídico interno que realizan las Asesorías o Servicios Jurídicos de los distintos órganos o entidades públicas.

-Los AOC asesoran una vez que los órganos asesorados han concluido el procedimiento correspondiente a la consulta que formulan (asesoramiento **últi-**

³² Cfr. GRANADO HUELMO, I: 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 Consejo Consultivo de La Rioja (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 Consejos Consultivos (CC); una reflexión de bienvenida al Consejo de Navarra", en *Revista Jurídica de Navarra (RJN)*, 28, 2000, 41-64; iv) "La función de los CC ante la reforma de la Justicia", en Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (RAJYL), *Estudios acerca de la reforma de la Justicia en España*, Madrid, RAJYL, 2004, vol. 2, págs. 681-708; v) "La función consultiva ante la reforma de la justicia", en *Revista Española de la Función Consultiva (REFC)*, Valencia, 1, 2004, 61-82; vi) "El arbitraje en Derecho Administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación", en *RJN*, 39, 2005, 39-56; vii) "Técnica legislativa y función consultiva", en *Anuario Jurídico de La Rioja (AJR)*, 2000-2001, Parlamento y Universidad de La Rioja (UR), 6-7, págs.173-203; y viii) *Concepto y naturaleza jurídica de la Administración consultiva*, en RAZQUÍN 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.

mo), a diferencia del asesoramiento previo o simultáneo de los órganos de estado mayor (*staff*) adjuntos a los de decisión (órganos *de línea* de mando).

-Los AOC son órganos independientes de los aconsejados (asesoramiento *independiente*), a diferencia de los dependientes de ellos (órganos de asesoramiento “ejecutivo”), en el bien entendido de que, como antes se ha indicado, aquí se entiende por independencia no la personal, que se supone, sino la objetiva e institucional, que no puede presumirse.

-Los AOC están destinados institucionalmente a prestarlo (asesoramiento *institucional*), a diferencia de los que tienen anejos otros cometidos, aunque sean también de asistencia jurídica y conexos, como los contenciosos³³.

-Los AOC están integrados por juristas inamovibles y muy cualificados (*alto* asesoramiento), a diferencia de órganos asesores de menor cualificación o de inamovilidad no garantizada.

-Los AOC actúan con absoluta objetividad, sin interés alguno en la cuestión consultada (asesoramiento *objetivo*), a diferencia de los órganos de participación social integrados por representantes de los distintos intereses en juego.

-Los OAC expresan su opinión por escrito, cuyo texto es elaborado y aprobado previa una tramitación especial, formalizada y de carácter sinodal, que permite una decantación progresiva del texto (asesoramiento *formal y sinodalizado*), a diferencia de los órganos de asesoría verbal, informal, no ritualizada o individual.

33 En mi *op. cit.*, *La asistencia jurídica a las CCAA*, reflexioné sobre la conexión entre ambos cometidos típicos de la asistencia jurídica; recordando que, como advertía Santi Romano, “lo consultivo” (es decir, la función consultiva) prefigura “lo contencioso” (esto es, el ejercicio de las funciones de representación causidica y defensa en juicio), en el sentido de que el dictamen implica una prognosis de lo que sentenciaría un juez si el asunto consultado deviniera litigioso); a lo que cabe añadir que la experiencia contenciosa resulta muy útil en lo consultivo. Pero también es cierto que el moderno Derecho procesal considera “prevenidos” o “contaminados” para enjuiciar a quienes previamente hayan dictaminado el asunto contencioso. Así, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 28 de septiembre de 1995, asunto *Procola*. En ese caso, la Asociación luxemburguesa de productores lácteos *Procola* impugnaba un *arrêt* del Consejo de Estado luxemburgués (órgano de jurisdicción contencioso-administrativa retenida e investido también de funciones consultivas), alegando, entre otras cosas, que no se trataba de un órgano objetivamente imparcial en cuanto que había intervenido en el asunto previamente emitiendo un *avis* consultivo. El TEDH estima que ha existido una violación del art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que asegura el derecho de toda persona a que su causa sea conocida por un Tribunal independiente e imparcial, aduciendo que: «*la Cour constate qu' il y a eu confusion, dans le chef de quatre conseillers d'Etat, de fonctions consultatives et de fonctions juridictionnelles. Dans le cadre d'une institution telle que le Conseil d'Etat luxembourgeois, le seul fait que certaines personnes exercent successivement, à propos des mêmes décisions, les deux types de fonctions est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle de la dite institution. En l'espèce, Procola a pu légitimement craindre que les membres du comité du contentieux ne se sentissent liés par l'avis donné précédemment. Ce simple doute, aussi peu justifié soit-il, suffit à altérer l'impartialité du tribunal en question, ce qui dispense la Cour d'examiner les autres aspects du grief. Partant, il y a eu violation de l'article 6.1.*» He reproducido su texto en francés como homenaje al recordado Presidente del Consejo de Estado, D. Íñigo Cavero Lataillade, que tuvo, en su momento, la amabilidad de facilitármelo.

-Los AOC asesoran generalmente, mediante dictámenes que, aunque puedan proceder de consultas preceptivas, no son vinculantes (asesoramiento *de auctoritas*), a diferencia de los órganos cuya opinión comporta una decisión sobre la cuestión consultada y, por tanto, los transforma en órganos de *potestas*, por más que, excepcionalmente, los AOC puedan conservar (quizá como residuo de las épocas en que ostentaban una jurisdicción contencioso-administrativa retenida, siguiendo el modelo napoleónico) algunas funciones decisorias (p.e, al emitir dictámenes habilitantes en materia de revisión de oficio, al resolver conflictos de competencia y, modernamente en algún caso, recursos contractuales o reclamaciones en materia de transparencia).

Así pues, el **presente estudio se ciñe exclusivamente a la Alta Función Consultiva, que es la prestada por los AOC con los expresados caracteres** de institucional, jurídica, general, formal, sinodalizada, última, altamente cualificada, externa, *de auctoritas* y absolutamente objetiva e independiente con respecto a los órganos asesorados del sector público. Tales son los caracteres que delimitan el *munus* propio de la Alta Función Consultiva.

Se prescinde, en consecuencia, de la función consultiva que se plasma en asesoramientos *extrajurídicos* (es decir, los prestados en el ámbito de los diversos saberes científicos, humanísticos o sociales distintos al Derecho) y también de los jurídicos que sean *sectoriales* (esto es, limitados a una rama o aspecto del ordenamiento jurídico), *internos* (o sea, los realizados por juristas integrados en la misma organización asesorada) o prestados al sector *privado*.

Por otra parte, respecto a la *función consultiva* así delimitada, el Derecho Comparado ofrece una variada configuración de la misma, ya que depende de la organización de los poderes públicos que pueden recabarla y ésta, a su vez, de la cultura política subyacente y de la forma de distribución territorial del poder público. Por eso, en un Estado compuesto, democrático, social, de Derecho y perteneciente a la cultura jurídica europea continental, como es el autonómico español, deben ser analizadas con cautela las propuestas y críticas, dirigidas a nuestra Alta Función Consultiva, que deriven de modelos consultivos no democráticos, centralistas o ajenos a nuestra cultura y tradición jurídica. **El presente trabajo sólo alude, pues, al modelo español de Alta Función Consultiva.**

5. La formulación de OS como función *monitiva* y su distinción con las funciones *monitoria*, *motiva* y *munitiva*.

La formulación de OS, como antes he apuntado, puede ser encuadrada genéricamente en la función de consejo, pero adornada de ciertas características que la singularizan como especie consultiva, entre las que adelantaba su *generalidad* (no responder a una consulta concreta) y *finalidad* (constatar defectos de funcionamiento de los servicios públicos para mejorarlo). Pues bien, a esas características especiales, pretendo aludir ahora al calificar la función de formular OS como *monitiva*.

A) La función *monitiva*.

Empleo el neologismo función *monitiva*, en vez del asentado calificativo *monitoria*, porque aquél deriva del verbo latino *moneo-ere*, que implica el significado de advertir, avisar, que es propio de una organización *de auctoritas*, como es la consultiva; mientras que la segunda deriva del verbo latino *monito-are*, cuyo significado es conminar con *potestas*, más propio de los órganos gubernativos o jurisdiccionales.

En efecto, del verbo *moneo-ere*, deriva el sustantivo *monitum* que, en Derecho Canónico, alude a una advertencia grave, pero que no conlleva una orden ni una sanción, porque emana de un oficio dotado de autoridad doctrinal, pero carente de potestad de régimen.

Sin embargo, del verbo *monito-are*, deriva el sustantivo *monitio-nis* (conminación), que alude ya a una orden contundente y, eventualmente, sancionadora, dictada por los titulares de la potestad de régimen como un precepto singular, comunicado en forma de *breve* para destacar su carácter expeditivo³⁴.

El vulgarismo jurídico, con su conocida propensión al reduccionismo conceptual empobrecedor, ha tendido, ayudado por la doble influencia de los Derechos anglosajones y eslavos, a confundir ambos aspectos, reconduciéndolos a las manifestaciones de *potestas*, de suerte que no es raro constatar el empleo de la expresión *monitum* para aludir a una orden contundente.

Nuestro moderno Derecho procesal civil 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 ejecutiva; revelando así que la finalidad del proceso es facilitar brevemente al actor un título judicial directamente ejecutivo³⁵.

Así pues, lo *monitorio* está trascendido de *potestas*, aunque sea una *potestas* jurisdiccional, y, por tanto, podemos afirmar que nada de eso atañe a la función consultiva, la cual es, esencialmente, de *auctoritas*, aunque, como sucede en la formulación de OS, no se manifieste mediante dictámenes concretos (*ad casum*), sino

³⁴ 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 corrupción eslava 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 regios, 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*). 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.

mediante suaves y generales admoniciones (*monita*), cuya finalidad no es conminar (*monitare*), sino advertir (*monere*) yerros para que puedan ser corregidos y así mejorar el funcionamiento de los servicios públicos afectados.

Repárese que “advertir”, como verbo referido a la formulación de OS, es polisémico pues, tanto significa advertir “algo” (es decir, percatarse, darse cuenta o reparar en algo, en este caso, en las disfunciones que presentan los servicios públicos); como advertir “a alguien” (esto es, poner algo en conocimiento de otra persona, en este caso, de los responsables últimos de tales servicios públicos)³⁶.

Además, “advertir” (*monere*) puede variar de sentido según la finalidad y el momento temporal de la advertencia; que puede ser: aconsejar a alguien la acción procesal o el negocio que le conviene emprender (*agere*); prevenir a alguien anticipadamente de un riesgo o peligro (*cavere*); simplemente comunicarle algo presente o inmediato que le interesa o afecta (*nuntiare*); reprender, reconvenir y amonestar a uno por algo disfuncional que sucede en su ámbito de responsabilidad (*admonere*); corregir a un infractor mostrándose su falta, no para castigarle o sancionarle (*punire*), sino para que la repare, enmiende o evite en lo sucesivo (*corrigere*); o mostrar, a quien puede hacerlo, los modos y medios para mejorar una situación (*meliolem facere*)

Este último aspecto de carácter teleológico es institucional en el caso de la formulación de OS, ya que, precisamente, se dirigen a la mejora de los servicios públicos.

B) La función *monitoria*.

Como es sabido, en el proceso romano clásico, es decir, en el procedimiento formulario, ambas dimensiones estaban atribuidas a instituciones diferentes, pues la *iudicatio* correspondía al juez (*iudex*) o arbitro (*arbiter*), que daba su opinión (*sententia*) apoyado por el consejo de los juristas (*iurisconsulti*); mientras que la *iurisdictio* correspondía al magistrado (*praetor*) que preparaba el proceso, citaba a las partes, nombraba a los jueces, redactaba la fórmula procesal y asumía la ejecución de lo sentenciado³⁷.

35 Cfr. los arts 812-818 LEC que configuran el *proceso monitorio* para sustanciar la reclamación de deudas dinerarias, determinadas, vencidas, líquidas, exigibles y documentadas de manera indudable, de suerte que el acreedor-demandante que presente el documento acreditativo de su crédito puede obtener, de forma procesalmente ágil, el despacho de su ejecución contra el deudor-demandado.

36 El *Libro de Estilo de la Justicia* (LEJ), *op. cit.*, pág. 223, aclara el empleo de las expresiones “*que*” y “*de que*” tras el verbo “*advertir*”, señalando que éste último tiene, en castellano, tres significados: i) darse cuenta (de algo) o reparar (en algo); ii) aconsejar (algo) a alguien; y iii) poner (algo) en conocimiento (de alguien); de suerte que, con los dos primeros significados, es incorrecto usar la expresión “*de que*”; mientras que, con el tercero, cabe emplearla (pero entonces significa advertir a alguien de algo con un sentido más bien informativo) o no emplearla (en cuyo caso significa advertir algo a alguien con un sentido más bien amenazante). Si esto es así, la función *monitoria* en que consiste la formulación de OS se mueve en todos esos sentidos, salvo en el de matiz amenazante.

37 En algunas fuentes de la recepción del *ius commune*, se empleaba, para referirse al juez romano clásico, la expresión *iudex idiota*, término éste que, al derivar del griego *idiotes*, no indicaba debilidad mental alguna, sino su carácter de ciudadano privado que se dedicaba a sus asuntos (*idios* equivale a propio) sin ocupar cargo público alguno y que era iletrado, es decir, desconocedor del Derecho y, por tanto, necesitado del consejo del jurista que lo conoce. Cfr. así, pe. MARANTA, Robertus, *De ordine iudiciorum*, Lugdunum, 1550, pág. 253. Así

La diferencia entre *iudicatio* y *iurisdictio* desapareció cuando el proceso formulario (*per formulas*) fue sustituido, en época post-clásica, por la *cognitio extra ordinem* en la que el propio juez asume la función de ordenar el proceso, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado³⁸.

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 el propio art. 117.3 CE proclama que la jurisdicción es una potestad y que la misma implica juzgar (que es función de *auctoritas*) y hacer ejecutar lo juzgado (que es función de *potestas*).

Pero, aun respetando esta antigua tradición procesal, no conviene olvidar que, si el pensamiento jurídico romano distinguió, con excelsa sutileza (*elegantia iuris*), entre *iurisdictio* y *iudicatio* es porque los juristas clásicos tenían clara la (más profunda) diferencia existente entre *dictio-nis* (pronunciamiento, sea verbal, derivado de *dico-ere*, decir; o escrito, derivado de *dicto-are*, dictar) y *dicatio-nis* (ofrenda sacral, derivado de *dico-are*, dedicar, en el sentido de consagrar una ofrenda).

La sutileza se fundaba en entender que lo propio de los magistrados titulares del poder público (*potestas*) es precisamente “decir” o “dictar” al pueblo lo que obligatoriamente hay que hacer, ya que, si todo poder implica una capacidad de influir en comportamientos ajenos, el poder público añade obligatoriedad a esa influencia, al dotarla de una coacción irresistible; y de ahí: que una de las facultades inherentes a la magistratura fuera el *ius edicendi* o de publicar edictos (*edicta*) de obligado cumplimiento; y que la magistratura excepcionalmente investida con un poder público supremo fuera, precisamente, denominada dictador (*dictator*).

Sin embargo, los primitivos juristas no eran magistrados investidos de *potestas*, sino *pontífices* (hacedores de puentes entre el cielo y la tierra) y su función, la *iuris prudentia*, era de *auctoritas* y pontifical, en cuanto que sus respuestas se recababan del prestigio de los antiguos augures, quienes tenían por misión indagar, y, por ende, conocer, la voluntad de los dioses y comunicarla con solemnidad para que la misma se cumpliera, no sólo en los cielos y entre los seres celestiales, sino también en la tierra y entre los hombres.

Esa voluntad divina, así como, en las familias humanas, se atribuía al padre (como *pater familias*), entre los dioses olímpicos se reconducía a la del padre de todos ellos (*Zéus*, en griego; *Júpiter*, en latín) que, al vencer a los titanes en el inicio del mundo, había convertido el *caos* en *cosmos* y dado, por tanto, un orden trascendental al universo.

lo entienden los lexicógrafos castellanos clásicos, como el Brocense (1580) o Covarrubias (1611). El sentido peyorativo fue surgiendo en textos griegos clásicos que menospreciaban con ese calificativo a quienes renunciaban a participar en el ágora y, en general, en los asuntos públicos, para terminar, siendo sinónimo de debilidad mental e incluso un insulto. Cfr. FRANCO RODRÍGUEZ, Jose Ramón, “Los étimos griegos en los Diccionarios etimológicos de los siglos XVI y XVII”, tesis doctoral, U. Complutense, Madrid, 2012-13.

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

Repárese, a estos efectos, en que *Júpiter* es un nombre propio resultante de unir al sufijo *p(a-i)ter*, que indica su cualidad de padre por excelencia, el prefijo “*ios*”, derivado del término griego *Zeús-díos*, empleado para designar a la misma deidad principal y cuyo genitivo (*d)íos* se refería a todo lo que de él procedía, incluida su voluntad de ordenación cósmica, en lo divino (*fas*) y en lo humano (*ius*, término, pues, éste derivado de [*d]íos*, genitivo de dios y expresivo, así, de “lo que dios quiere”).

La divinidad podía hablar directamente a través de sus oráculos, como eran las sibilas, que actuaban como un *medium* suyo en los principales santuarios; y de ahí la importancia que los romanos daban a conservar las respuestas oraculares en los *libros sibilinos* que el pontífice máximo custodiaba mediante el colegio consagrado de las vírgenes vestales. Pero el medio ordinario de indagar su voluntad en asuntos humanos era mediante los augures, que la inferían de los signos celestiales, interpretados con total independencia de criterio.

Como hemos adelantado, los juristas primitivos surgen como una especialización augural para dar respuesta a los litigios humanos según los criterios derivados del *ius*. Esto explica que las respuestas jurisprudenciales (*responsa*) se remitían, en cuanto a su última fundamentación, a una presunta voluntad divina y, de ahí que no tuvieran que ser razonadas especialmente, aunque la *ratio iuris* fuera explicada por el jurisprudente, de forma discreta, a sus discípulos. La función de responder era, pues, una función sacral y la respuesta dada era, en sí, una dación sagrada, no tanto porque el jurista la ofreciera al consultante, sino porque el criterio para formularla procedía de dios y, por tanto, era un don divino; hasta el extremo de que, en rigor, al responder no se “decía” nada (en el sentido de pronunciar palabras verbales, *dicta*, o escritas, *dictatae*) que sino que “se ofrecía” (en el sentido de *dicare*, que implica una doble dación de ofrecimiento, por un lado, al dar gracias a dios por el criterio facilitado por éste para formularlas; y, por otro, al dar una orientación –en el fondo, divina– al consultante sobre cómo debía actuar en un asunto humano).

Así se explica que la función jurisprudencial, al ser, en rigor, sacerdotal, se reputara esencialmente gratuita (*ad honorem*) y, si mediaba alguna compensación económica, era a título de mera liberalidad (de ahí, el vocablo *honorarios*), como las limosnas o estipendios por la celebración de sacrificios rituales que, por ello, son siempre impagables, pues nada humano y, por ende, mortal, puede compensar a la divinidad, la cual se encuentra en otro plano, el de la eterna inmortalidad.

El sentido profundo de los antiguos sacrificios cruentos era precisamente el de dar muerte a algo o alguien perfecto y querido, que vive en el mundo humano, para así hacerlo pasar al mundo de los inmortales, donde viven los dioses. Pues bien, la respuesta dada por el jurista al contestar a una consulta suponía introducir en el mundo de los vivos criterios procedentes del ámbito de la divinidad y, por eso, sólo podía ser formulada con un sentido sacral de agradecimiento (*dicatio*) a la inspiración divina (*numen*) que la había permitido.

Por todo ello, la emisión de dictámenes implica un *dicare*, pues lo consultivo no prefigura la decisión ulterior que, en ejercicio de su jurisdicción (*iurisdictio*), pueda tomar y dictar el magistrado en cuanto titular de la *potestas*, para imponer coactivamente una determinada configuración del orden jurídico discutido; sino que prefigura la opinión (*sententia*) que el juez, en ejercicio de su judicación (*iudicatio*), pueda formular, como declaración de mera autoridad (*auctoritas*), sobre los criterios jurídicos adecuados para fundamentar aquélla decisión coactiva.

En otras palabras, lo consultivo no encierra una *pre-dicción*, pues no es un vaticinio inexorable que deba ser ejecutado obligatoriamente con la fuerza de la jurisdicción, sino más bien una *pre-dicación*, un anticipo o prefiguración conjetural de lo que pueda opinar un eventual y futuro sentenciador en ejercicio de la mera autoridad racional inherente a la judicación.

Por todo ello, lo *monitorio*, al ser propio de la *potestas*, estar orientado a la *iurisdictio* y avocar en una decisión, nada tiene que ver con lo *monitivo*, que es propio de la *auctoritas*, se orienta a la *iudicatio* y conduce a un consejo, aunque, en el caso de la formulación de OS, no se plasme en un dictamen (*consilium*), sino en una monición (*monitum*).

De ahí que sea este segundo calificativo el que conviene a la función de OS que formulan los AOC, la cual puede ser adjetivada propiamente como *monitiva* en cuanto que significa advertir con *auctoritas*, en el sentido de llamar la atención sobre una actuación que se estima incorrecta, mediante consejos para orientar, exhortaciones para educar, avisos para corregir o amonestaciones para reprender sin sancionar.

C) La función *motiva*.

La naturaleza *monitiva* de la función de formular OS sirve también para distinguirla de otra función atribuida a los AOC, que podemos denominar función *motiva*, consistente en elevar *mociones* (en materias de su competencia) por las que se insta, a los poderes públicos a quienes se dirigen, para que hagan u omitan aquello que la moción propone.

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, consisten en actos parlamentarios que sirven para manifestar la voluntad o deseo de quienes las promueven para que la Cámara correspondiente adopte una concreta decisión³⁹. Pero las *mociones* también son recogidas en la legislación sobre otros órganos no parlamentarios, como son los AOC.

Moción (*motio-nis*), es un sustantivo derivado del verbo *moveo* (mover), lo que indica que se trata de una función más propia de la voluntad que de la inteligencia, ya que quien presenta una moción pretende impulsar algo, es decir, se comporta como un “motor” en orden a lograr lo que propone de aquel a quien se dirige; no

³⁹ Cfr., p.e., IGLESIAS MACHADO, Salvador; MARAÑÓN GÓMEZ, Raquel (coords.), *Manual de Derecho parlamentario autonómico*, Madrid, Dyckinson-Parlamento de Canarias, 2016, pág. 293.

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 OS que ahora nos ocupan, las cuales no deben, por tanto, ser vehiculadas mediante mociones, sino a través de las memorias, memorandos u otros documentos semejantes.

D) La función *munitiva*.

Sin embargo, el carácter *monitivo* de las OS no está reñido con la naturaleza *munitiva* que es propia de la función consultiva en general. 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-a-um*, hasta el punto de la *Munitoria* es el arte de fortificar, antagónica, pues, de la *Poliorcética*, que es arte de asediar y quebrar las fortificaciones.

Pues bien, como he expuesto en repetidas ocasiones⁴⁰, la función consultiva tiene mucho de *munitiva* en el sentido de que produce el efecto de reforzar y blindar (*munire*) las decisiones de los poderes públicos que se conforman con el criterio expresado por los AOC en sus dictámenes.

Esta función de blindaje es evidente en el caso del Poder Ejecutivo que, al seguir el dictamen (que incluso puede ser asumido como motivación), 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 interdicción constitucional de la arbitrariedad contenida en el art. 9.3 CE⁴¹.

El mismo efecto de refuerzo es también claro en el caso de los dictámenes emitidos para los Parlamentos.

⁴⁰ Cfr. las publicaciones citadas en la nota 33.

⁴¹ Cfr. mi estudio “La interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos”, en HINOJOSA MARTÍNEZ, Eduardo; GONZÁLEZ DELEITO, Nicolás (coords.), *Discrecionalidad administrativa y control judicial: I Jornadas de estudio de Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. 1996, págs. 123-190.

En cuanto a los órganos jurisdiccionales, los dictámenes consultivos operan como importantes elementos de apoyo y fundamentación, lo que explica la insistencia con la que suelen declarar la nulidad de actuaciones por falta de dictamen preceptivo, con retroacción de las mismas al momento en que se produjo la omisión de la consulta.

El propio Tribunal Constitucional no es ajeno a esta eficacia, no sólo en cuanto que su legislación reguladora exige en ocasiones el dictamen preceptivo (como sucede en el caso de los conflictos en defensa de la autonomía local *ex art. 75 ter 3 LOTC*), sino también en cuanto que los AOC operan como una especie de *jurisdicción constitucional preventiva* al comportarse como guardianes *ex ante* de la constitucionalidad⁴².

Finalmente, respecto a los ciudadanos, es sabido que el Derecho público –y, en especial, el Derecho Administrativo– está construido sobre la base de un delicado equilibrio entre el privilegio de los poderes públicos y la garantía de los administrados, razón por la que los AOC, al intervenir preceptivamente en ese ponderado engranaje, han sido también reputados, por su cualificación, objetividad e independencia, como instituciones que suponen una enérgica garantía de los derechos públicos subjetivos de la ciudadanía.

Pues bien, la función de formular OS puede ser calificada igualmente como *munitiva*, puesto que se dirige a los poderes públicos consultantes 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.

6. La formulación de OS como (alta) función (jurídico-pública) consultiva, pero de carácter *segundo*, no *secundario* o *accesorio*.

Sin embargo, que los AOC se enmarquen genéricamente en la *función consultiva*, tal y como la hemos concebido, no significa que hayamos todavía delimitado por completo la concreta función consultiva en que la formulación de OS consiste.

Examinado el carácter *monitivo* y *munitivo* (que no *motivo* ni *monitorio*) de la función asignada a los AOC para formular OS, conviene seguir ahondando en el resto de características que la especifican, entre las que se encuentra su carácter *segundo* con respecto a la función *primera*, que es la de dictaminar, pero sin que tal carácter *segundo* la convierta en una función *secundaria* o *accesoria*.

A) La formulación de OS es una función consultiva de carácter *segundo*.

Lo *segundo* es, por definición, lo que está, viene o se coloca detrás o después de lo *primero*, porque primero, segundo o tercero son expresiones *numerales*, pero no *cardinales* (como, unos, dos y tres, que implican una mera contabilización, en la que sólo importa lo cuantitativo), sino *ordinales*, pues implican una ordenación, en la que es relevante lo cualitativo.

⁴² He desarrollado esta idea en “AOC y control preventivo de constitucionalidad”, *op. cit.*, págs. 73-111.

En efecto, la numeración ordinal supone siempre un criterio (*ratio*) de jerarquización que justifica por qué razón algo debe ser reputado prioritario o pospuesto y, de ahí, que plantee siempre un serio problema filosófico, ya que exige determinar las razones de la ordenación adoptada, dando lugar, así, a múltiples modelos o criterios de ordenación, como, entre otros: i) la *causalidad*, que es un criterio arraigado, con arreglo al cual la causa debe preceder lógicamente a los efectos, por lo que lo generador ha de anteceder a lo generado; ii) la *seriación temporal* u “orden de aparición” es otro posible criterio que, por cierto, no tiene por qué coincidir necesariamente con el de causalidad y de ahí que sea sofisticado el razonamiento *post hoc, ergo propter hoc*, pues induce al error de creer que lo posterior ha sido causado por lo anterior; iii) las ordenaciones automáticas, como el “orden alfabético”, o las aleatorias, como “el orden por sorteo”, suponen criterios que renuncian, por motivos prácticos, a una jerarquización intencional; iv) la *proximidad*, criterio según el cual ocupa el primer lugar lo que está más cerca de la posición de partida; y así, por ejemplo, llamamos *primero* al piso que, en un edificio, está más próximo a la planta baja.

En rigor lógico, las ordenaciones *sistémicas* (esto es, las que atienden a la posición y a la funcionalidad que los elementos de cuya ordenación se trata ocupan en la estática y en la dinámica del sistema al que pertenecen) son más perfectas, puesto que requieren conocer la estructura y conexiones de la unidad de intelección (sistema) que les dota de sentido.

Pues bien, empleando esta metodología sistémica, entiendo que la formulación de OS por los AOC debe ser calificada como una función consultiva de carácter *segundo*, siendo *primera* la de emitir dictámenes fundados en Derecho.

La razón de esta ordenación es que los AOC no pueden formular OS generales sino tras haber detectado disfunciones administrativas al dictaminar sobre casos concretos. En otras palabras, la formulación de OS conforma una operación de inducción y extracción de factores comunes (de carácter disfuncional) en los dictámenes emitidos, por lo que éstos siempre han de ser previos y las OS posteriores.

Es importante reparar en que el carácter *segundo* denota sólo una posterioridad o post-posición *lógica*; en este caso, la constatación de que las OS formuladas “derivan” o “proceden” de la praxis administrativa (anómala, errónea o disfuncional) que revelan los dictámenes concretos o que se desprende de ellos; pero no implica una subordinación o postergación *epistemológica* que convierta, a lo *primero*, en *principal*; y, a lo *segundo*, en *secundario* o *accesorio*.

B) La formulación de OS no es una función consultiva de carácter *secundario* o *accesorio*.

Como quiera que confundir y reconducir lo *primero* a lo *principal* y lo *segundo* a lo *secundario* o a lo *accesorio* es una muestra más de vulgarismo jurídico, conviene distinguir bien ambas nociones.

En efecto, que una realidad (en este caso, la función de formular OS) deba ser calificada como *segunda* respecto a otra que ha de ser reputada como *primera* (en este caso, la función de dictaminar sobre consultas concretas), no significa que dicha realidad *segunda* sea, por sí misma, *secundaria* o *accesoria* con respecto a la realidad calificada como *primera*, sino simplemente que se trata de una realidad que es distinta y que, sistémicamente, emana o procede de la anterior.

En otras palabras: el carácter *segundo* sólo alude a un nexo de derivación o “procesión”, en el sentido de *procedencia*; no a un nexo de *precedencia* o *complementariedad* (que son nexos de excelencia o plusvalía comparativa que convierten a una realidad en *principal* con respecto a otra *secundaria* o *accesoria*). Esto es así porque los nexos de *procedencia* son *lógicos* (es decir, resultantes de la configuración misma del intelecto humano para aprehender la realidad), mientras que los de *precedencia* y *complementariedad* son *epistemológicos* (es decir, construcciones de ese intelecto para interpretar la realidad lógicamente aprehendida).

De ahí que la función de formular OS, aunque es *segunda*, no es *secundaria* ni *accesoria* con respecto a la de dictaminar; y, por lo mismo, ésta última es la función *primera* de los AOC, pero no la *principal*, si se la confronta con la de formulación de OS. Simplemente, se trata de funciones conectadas por un lazo lógico de derivación, pero *aeque-principales* desde la perspectiva de la valoración.

Estas sutilezas derivan de la Teología católica, en cuya tradición cultural se fundamenta la diferencia filosófica entre lo *primero* (aquello de lo que algo procede) y lo *segundo* (aquello que procede de algo)⁴³, que pronto se trasladó: i) al Derecho Natural, para afirmar, por ejemplo, que la Justicia (*dar a cada uno lo suyo*) es virtud *segunda* con respecto al Derecho (que determina *qué es* “lo suyo” de cada cual)⁴⁴; y ii) al Derecho civil, donde se confundieron con las clásicas distinciones romanas entre cosas *principales* y *accesorias*, que fundamentan el *principio de accesoriedad* por el que “lo accesorio sigue a lo principal”⁴⁵.

43 La Teología católica, en su denodado esfuerzo para tratar de explicar nada menos que el insondable misterio de la Santísima Trinidad (existencia de un solo Dios en tres personas divinas distintas), ha acuñado el concepto de *procesión* para aludir a las relaciones intra-trinitarias (según las cuales el Hijo procede del Padre; y el Espíritu Santo procede del Padre y del Hijo), manteniendo la *aeque principalidad* de las tres personas divinas. Para la explicación, antecedentes y derivaciones filosóficas de todo ello, cfr, p.e, CORAZÓN, Rafael; MATEO, F. Lucas, *Conceptos básicos para el estudio de la Teología*, Ed. Cristiandad, Madrid, 2010, voz “procesiones”, págs. 40-412.

44 Para una visión de las teorías iusnaturalistas al respecto, son útiles las diversas obras de HERVADA, Javier, como, p.e, sus *Lecciones propedeúticas de Filosofía del Derecho*, Pamplona, Eunsa, 1992.

45 El principio *accessorium sequitur principale*, formulado por Ulpiano en Digesto 34.2.19.13 y recogido por los glosadores y comentaristas medievales, inspira muchos preceptos del Código civil español (pe. los arts. 375, 449, 1097, 1155, 1528 y 1857) para resolver casos derivados de *relaciones de accesoriedad*, como la accesión entre bienes muebles; pero también inspira otras ramas del Derecho, pe. los arts. 54 y ss del vigente Código penal CP (sobre las penas accesorias). La razón de dicho principio puede rastrearse en un texto de Paulo en Digesto 6.1.23.4 donde parece como si la cosa principal tuviera una fuerza (*vis*) atractiva sobre la accesorio, por su mayor utilidad o importancia económica. Cfr. TORRET RUIZ, Armando, *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, 2005, pág. 17.

Ahora bien, no debemos confundir las ordenaciones *teológicas* y filosóficas, fundadas en las *procesiones* (relaciones de derivación o procedencia, que no implican principalidad), con las ordenaciones *teleológicas* y jurídicas, fundadas en las clásicas distinciones romanas entre lo *accesorio* y lo *principal*, que constituyen relaciones de funcionalidad, utilidad o finalidad, que implican que una realidad es de más valor o excelencia que otra.

En efecto, las nociones de lo *principal*, por un lado, frente a lo *accesorio* y *secundario*, por otro; aunque muy empleadas en Derecho (por influencia de la tradición romano-cánónica del *ius commune*), son, en rigor, metajurídicas porque son sistémicas en cuanto que implican descubrir una relación funcional entre dos o más realidades cuya posición respectiva conduce a calificar, a una de ellas, a la que llamamos *principal*, como más relevante, desde la perspectiva de la teleología del sistema al que ambas pertenecen; y, a la otra u otras, como *accesorias*, si sirven de complemento a la anterior, o como *secundarias*, si presentan un grado jerárquico inferior. La cuestión es, pues, epistemológica y de análisis categorial⁴⁶.

Pues bien, esto aclarado, estimo que la función consultiva consistente en formular OS: i) no puede, desde el punto de vista de la *Epistemología o Teoría del Conocimiento*, ser reputada *accesoria* o *secundaria* con respecto a la *principal*, que sería la de dictaminar sobre consultas concretas, ya que ambas son funciones consultivas igualmente principales encomendadas a los AOC; ii) pero sí puede, desde el punto de vista de la *Lógica formal o Teoría del Razonamiento*, ser considerada como *segunda* respecto a ella, ya que las OS *proceden* de la experiencia extraída de los dictámenes y, por consiguiente, la dictaminación es función *primera* de la que, aunque sin causalidad, puede decirse que “traen causa” las OS. También, en Medicina, el pronóstico trae causa del diagnóstico, si bien esta analogía sanitaria debe ser matizada en nuestro caso, ya que la función de formular OS implica y recoge ambas operaciones.

C) La formulación de OS no es la única función segunda de los AOC.

Aclarado lo anterior, es preciso apuntar que la formulación de OS no constituye una singularidad, ya que no es la única función atribuida legalmente a los AOC con el carácter de *segunda*. En efecto, así como la formulación de OS es atribuida a los AOC por el ordenamiento jurídico (en especial, por su propia legislación reguladora) para aprovechar todas o algunas de las potencialidades que se derivan de la naturaleza independiente, objetiva y altamente cualificada que les es propia, del mismo modo y por idéntico motivo, el legislador ha atribuido, a todos o a algunos AOC, ciertas funciones, incluso algunas de ellas *no consultivas*, diferentes a la de la emitir dictámenes sobre consultas concretas; pero, de algún modo, derivadas o conectadas con ella o con las características que la hacen posible, por lo que pueden ser calificadas también como *segundas*.

⁴⁶ Cfr. al respecto la obra del filósofo riojano BUENO, Gustavo, *Teoría del cierre categorial*, vol 1, Oviedo, Pentalfa, 1992.

Ahora bien, este mecanismo legal, consistente en habilitar a los AOC para la realización de funciones que no consisten en emitir dictámenes (pero que deben ser ejercidas por instituciones dotadas de sus mismas características de cualificación, objetividad e independencia), ha de ser analizado con calma para que su empleo no desnaturalice la función consultiva.

En primer lugar, hay que recordar que estas funciones de carácter *segundo* obedecen, en el caso de los AOC, a la evolución histórica de la Alta Función Consultiva en España, esto es, que no surgen *ex nihilo*, sino que obedecen a una “razón histórica” que no las muestra como residuos injustificables del pasado, sino que les dota de una justificante *profundidad diacrónica*:

- En el modelo polisindial del Antiguo Régimen (anterior a la Revolución francesa), los grandes Consejos de la Monarquía hispánica tenían asignada (siempre sin perjuicio de las potestades de avocación regia) la totalidad de las funciones estatales sobre la materia que les competía; es decir, tanto la legislación, como la alta ejecución administrativa o la decisión judicial suprema de las causas judiciales reservadas a los mismos (*casos de Corte*); por lo que, pese a su denominación como *Consejos*, no sólo ejercían tareas consultivas o de *previsión*, sino también decidentes o de *provisión*⁴⁷, por lo que, propiamente, no podía decirse que ninguna de sus funciones fuera *segunda*.

- Sin embargo, instaurada la división de poderes, residenciada la función legislativa en el Parlamento, la ejecutiva en el Gobierno y la judicial en los órganos jurisdiccionales correspondientes, el Consejo de Estado, aunque mantuvo inicialmente algunas funciones judiciales (con arreglo al modelo bonapartista de jurisdicción *retenida*), quedó reducido a las consultivas, una vez que fue creada la jurisdicción contencioso-administrativa. El último rastro de reserva jurisdiccional en favor del Consejo de Estado fue la *vía de agravios*⁴⁸.

- Desde entonces, la emisión de dictámenes se erigió en la función consultiva de carácter *primero*, por lo que la formulación de OS y las demás atribuciones

⁴⁷ En la obra de MARTÍNEZ SALAZAR, Antonio, *Colección de memorias y noticias del gobierno general y político del Consejo*, Madrid, Imp. Antonio Sanz, 1764, ed. *facsimil*, Madrid, BOE, 2002, pág. 294, se recoge un grabado que representa la reunión de uno de los Consejos, presidida por el Rey, con el expresivo lema *praevide et provide* (prevé y provee), referido a la función asignada a todos los Consejos de la corte. La función sinodal de *provisión* implicaba la conservación del tercer sentido latino del vocablo *consilium* como tomar una decisión (*consilium capere*), ya que decir de algo que había sido decidido “*por SM y Sres. del Consejo*” equivalía a expresar que había sido deliberado y resuelto en la Corte regia para su cumplimiento y ejecución sin más discusiones (*causa finita*). Esta última expresión procedía de la regla canónica *Roma locuta, causa finita*; formulada por San Agustín (en su Sermón núm. 131, de 23 de septiembre del 417), para significar que, sometido a dos Concilios, el Papa Inocencio I había cerrado definitivamente, con una condena rotunda, el debate sobre la herejía pelagiana.

⁴⁸ El *recurso de agravios* permitió al Consejo de Estado resolver, como jurisdicción retenida, los recursos administrativos en materia de personal hasta el restablecimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa y la creación de un proceso especial para sustanciarlos en vía judicial (actual procedimiento abreviado del art. 78 LJCA). Cfr. GARCÍA TRIVIJANO-FOS, J.A., “Consideraciones sobre el recurso de agravios”, en *Revista General de Derecho*, 124, 1955, págs. 2-10.

de los AOC (es decir, todas las no consistentes en la emisión de dictámenes sobre consultas concretas) bien pudieron ser calificadas como *segundas*.

- Entre esas “otras atribuciones” de los AOC, algunas son ya añejas, como, por ejemplo, la de emitir, excepcionalmente, *dictámenes habilitantes* en algunas materias⁴⁹; pero otras están surgiendo en nuestros días, como las de: i) resolver *recursos contractuales* (asignada al AOC de de Castilla y León y pedida por el de la C.A. Valenciana); *reclamaciones en materia de transparencia y buen gobierno* (ensayada en el AOC de la CA de Madrid y propuesta en los de las CCAA de Murcia, Asturias y La Rioja); o *conflictos de atribuciones* (asignada al AOC de la CA de Asturias); iii) redactar *propuestas de disposiciones generales* (atribuida a los AOC de las CCAA de Asturias y Galicia); o iv) realizar *estudios jurídicos* sobre cuestiones complejas (introducida en sendas y recientes reformas de la normativa reguladora del Consejo de Estado y de los AOC de las CCAA de Andalucía, Castilla y León, y Cataluña).

- Estas nuevas funciones y otras que se han propuesto⁵⁰ han cobrado actualidad en el marco de la crisis económica, la lucha contra la corrupción, los gobiernos en minoría parlamentaria y las críticas a las pretendidas duplicidades administrativas, con objeto de potenciar a los AOC sin acudir a la discutible medida de reconvertirlos en meros servicios jurídicos internos de asesoramiento (como se ha hecho en las CCAA de Madrid y Extremadura).

En segundo lugar, hemos de recordar también que estas funciones de carácter *segundo* no son “cuerpos extraños”, introducidos por error o azar en el sistema consultivo, sino que obedecen a planteamientos razonables y, por tanto, tienen un *estatuto epistemológico* que las explica:

49 Es el caso de la *revisión de oficio de actos nulos de pleno Derecho* (cfr. art. 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas) o las *modificaciones de planeamiento urbanístico que afecten a zonas verdes o espacios libres de uso público* (en las que, por disposición de sus leyes reguladoras, intervienen algunos, no todos, los AOC). Estas funciones pueden ser distinguidas de la común de dictaminar, no en cuanto que los dictámenes emitidos en estas materias son *preceptivos*, sino en cuanto que, además, son *habilitantes* (más que propiamente *vinculantes*) para realizar la actuación consultada. Sin embargo, en rigor, el establecimiento, en el procedimiento administrativo, de *dictámenes habilitantes* los convierte (al igual que sucede en Derecho Canónico con los asuntos decididos por el llamado voto “deliberativo”, esto es, “no consultivo”) en verdaderas *decisiones* jurídico-públicas, aunque sean adoptadas sinodalmente y por órganos colegiados (en Derecho Canónico, por oficios colegiales). Por ello, aunque esta conversión del dictamen en una decisión (reverdecido así el desaparecido sentido latino del dictamen como decisión, tal y como aparecía en el caso de los Senadoconsultos) pueda presentarse como deseable (al situarse en línea con una mitigación del poder y una correlativa potenciación de la función consultiva), en rigor, desvirtúa ésta última, porque traslada, en todo o en parte, la decisión de fondo al órgano consultivo, colocándolo así en una posición objetiva de *potestas* (como es toda actividad de revisión y control), por más que esa trasmutación pueda justificarse en la excepcionalidad de los supuestos y en la necesidad de blindar, con garantías de objetividad, las decisiones correspondientes.

50 Como la *emisión de laudos en arbitrajes administrativos*, que yo mismo he sugerido en: i) “La función de los Consejos Consultivos ante la reforma de la Justicia”, en VV.AA., *Estudios acerca de la reforma de la Justicia en España*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2004, vol. 2, págs. 681-708; y ii) “El arbitraje en Derecho Administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación”, en *Revista Jurídica de Navarra*, 39, 2005, págs. 39-56.

- En efecto, los complejos orgánicos que encarnan los distintos “poderes” estatales (legislativo, ejecutivo, judicial), si bien toman su expresada denominación de la “función” estatal que principalmente desempeñan (dictar leyes, ejecutarlas o aplicarlas a litigios concretos), también tienen atribuidas otras funciones *segundas* que, en principio, parecen propias de otros “poderes”, aunque se les asignan por motivos de economía funcional o para garantizar la *reserva* de la función principal que tienen encomendada (tal es el caso de la actividad administrativa de los Parlamentos o de los órganos judiciales y de las funciones normativas o revisoras de las Administraciones públicas)⁵¹.

- Este planteamiento subyace en la propuesta metodológica de aplicar expansivamente el Derecho Administrativo, a toda función (objetivamente) ejecutiva, aunque (subjektivamente) la realicen órganos legislativos o jurisdiccionales; o el Derecho procesal, a toda función jurisdiccional, aunque la realicen órganos legislativos o ejecutivos. Así, el legislador, tratando de evitar conflictos entre poderes constitucionales, se hace, a veces, eco de estas tensiones doctrinales (cfr. art. 1.3 LJCA); pero, en rigor, las mismas sólo se explican y pueden resolverse sistémicamente; esto es, entendiéndolas como atribuciones exigidas por la dinámica del sistema al que pertenecen; el cual, en ocasiones, requiere que la función *primera* que cada poder tiene asignada sea reforzada por otra que, en él, resulte *segunda* (más que *accesoria* o *secundaria*), aunque, en otro sistema, sea considerada como *primera* (más que como *principal*).

- En estos casos lo que sucede, en suma, es que el *bloque de la constitucionalidad* atribuye, a Parlamentos y órganos jurisdiccionales, otras funciones distintas de las estrictas de legislar o juzgar. Y lo mismo sucede con los AOC, donde el *bloque de la constitucionalidad* (conformado a estos efectos por los preceptos constitucionales y estatutarios referidos a la Alta Función Consultiva) ha revestido a los AOC de independencia, objetividad y cualificación, precisamente para que tengan la *auctoritas* imprescindible para dictaminar con rigor; pero también, de forma conexas o derivada, para conferirles la competencia precisa para formular OS y desempeñar otras funciones jurídico-públicas de carácter *segundo*⁵².

⁵¹ Establecer “reservas de función” corresponde exclusivamente al *bloque de la constitucionalidad*. La más conocida es la *reserva de ley*, que implica atribuir la regulación de ciertas materias exclusivamente al Parlamento competente (cfr., p.e., art. 53.1 CE). También existe la *reserva de jurisdicción* por la que se encomienda sólo al Poder judicial la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE). Sin embargo, en nuestro modelo constitucional, no existe una *reserva de reglamento*, ya que la potestad reglamentaria de los Gobiernos requiere siempre una previa ley habilitante cuya densidad normativa puede ser máxima. Tampoco existe propiamente una *reserva de Administración*, ya que todas las actuaciones del Poder Ejecutivo precisan habilitación legal y son judicialmente revisables. Cfr al respecto el trascendental estudio de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Civitas, 3ª ed, 1983; y también MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La reserva de jurisdicción*, Madrid, Ed. La Ley, 1998.

⁵² El *bloque de la constitucionalidad* puede conferir esas funciones *segundas*; cfr., p.e, el art. 117.3 CE que, tras reservar exclusivamente a los Juzgados y Tribunales su función primera, que, según el art. 177.2 CE, es “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”, admite que también ejercerán las funciones “que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”.

Por último, es de señalar que el carácter *segundo* (¿podríamos denominarlo con el neologismo *secundidad*?), inherente a la formulación de OS (y a las demás funciones, distintas a la de dictaminar, atribuidas, histórica o actualmente, a los AOC) no implica, en todos los casos, que la función de que se trate pueda seguir siendo calificada como *consultiva*, pues éste último calificativo sólo conviene a las funciones que supongan un ejercicio de la *auctoritas* jurídica que es propia de la función de consejo y no a las que presenten rasgos decisoriales inherentes al ejercicio de *potestas*, como sucede cuando se atribuyen a los AOC competencias de planificación, normación, previsión, provisión, control, revisión o sanción. Esto no significa que las antiguas o nuevas funciones (no consultivas) deban ser rechazadas, sino que debe tenerse en cuenta que su atribución al AOC correspondiente se debe a su caracterización como órganos pluripersonales, independientes, sinodales, objetivos y prestigiosos; por lo que la regulación de esas nuevas funciones y la práctica de las mismas debe preservar todas esas características esenciales de la función consultiva por lo mismo que ésta es siempre la función *primera* de los AOC con respecto a la cual toda otra ha de ser reputada *segunda*.

VI. ESTRUCTURA.

En la metodología sistémica que nos hemos impuesto, una vez analizado el concepto, régimen y naturaleza jurídica de la formulación de OS, podemos estudiar su aspecto estático, es decir los elementos subjetivos, objetivos y formales que componen su estructura jurídica.

1. Los elementos subjetivos de la formulación de OS.

A) Bilateralidad de la relación consultiva.

Aconsejar supone una relación *bilateral*, pues requiere la intervención de dos partes: el consultante (*consultator*, abreviadamente *consul*, o *quaestor*, “el que consulta”, “quien pregunta”), y el consultado (*consiliarius* o consejero, “el que aconseja”). Por tanto, la *bilateralidad* parece una característica esencial de la función consultiva; pero en el bien entendido de que ambas partes representan posiciones distintas y complementarias, como esquematizó Álvaro D’Ors con la máxima *pregunta quien puede, responde quien sabe*.

En efecto, entendiendo por *poder* la capacidad de influir más o menos ampliamente en comportamientos ajenos, es claro que, en la relación de consejo, el consultante representa una posición objetiva de “poder” socialmente reconocido (*potestas*), que no se refiere tanto a que “pueda” hacerlo, es decir, a que esté activamente legitimado para preguntar (*ius consultandi*), cuanto a que “debe” hacerlo (*oportet*) para actuar; puesto que, si formula la cuestión (*consultatio*, entendida como pregunta o *quaestio*), es porque “necesita” una respuesta (*responsum*) –jurídica en nuestro caso– para realizar (*agere*), con arreglo a Derecho (*licite*), una actuación que le compete (*quod facere potest*) y que no puede eludir (*necesse est*), pues está constreñido legalmente a adoptar una decisión al respecto (*decidiri debet*).

Sin embargo, el otro elemento de la relación consultiva, es decir, el consultado, consiliario o consejero, representa una posición objetiva de “saber” socialmente reconocido (*auctoritas*), que tampoco se refiere tanto a que esté institucionalmente facultado para contestar (*ius respondendi*), cuanto a que es quien, por su formación (*scientia*), profesión (*ars*) o experiencia (*sapientia*), “conoce” aquello sobre lo que se le interroga (*quaestio*, en el sentido de cuestión, asunto consultado o *res de qua agitur*); en concreto, en nuestro caso, el Derecho aplicable.

B) Asimetría de la función consultiva.

Por tanto, la *bilateralidad* de la función de consejo no implica *simetría* entre las partes, como en los contratos sinalagmáticos perfectos, ya que, por el contrario, se presenta como *asimétrica* o desnivelada en favor del consultante. En efecto, éste ostenta, en principio, una posición de predominio, derivada de la potestad discrecional (*libertas*) que le faculta para decidir si consultar o no (es decir, sobre el *an consulere*); y, en su caso, para determinar a quién (*cui*), el qué (*quid*), el cuándo (*quando*), así como la amplitud de la consulta (el *quantum* y el *quale*), la forma de hacerla (*quo modo*) y ello expresando o no sus motivos (*qua causa*); además, puede retirar la consulta (*retractatio*) y, por supuesto, no seguir el consejo (*displacere*). En suma, controla la existencia y circunstancias del consejo que, en rigor, se somete a su voluntad (*ad beneplacitum*). Estas facultades alcanzan el zénit de su intensidad cuando, como se ha visto en los últimos tiempos, se ejercitan legislativamente proyectándose sobre la misma existencia y configuración del emisor del consejo (en nuestro caso, el AOC), para instaurarlo, suprimirlo o conferirle una u otra composición o régimen orgánico y funcional.

El consultante, en congruencia con esta posición de supremacía y *potestas*, se presenta, pues, como *dominus negotii* en la relación consultiva, de ahí que, como veremos luego con mas detalle, en el arrendamiento de servicios (*locatio-conductio operarum*), como son los de carácter profesional, que se contratan para obtener de un letrado una prestación de asistencia jurídica (como puede ser la cautelar, la contenciosa y también la consultiva), esa sea la posición propia del cliente, que es el acreedor de tales servicios; esto es el arrendatario, al que, en Derecho romano, se denomina, precisamente, *conductor* para expresar que es quien “conduce” el asunto, lo plantea y controla, porque se trata de algo “suyo” o “propio” (*res sua*) y, por tanto, “es parte” (material) interesada en ello y, como tal, puede renunciar, allanarse o desistir, así como designar a otro letrado que le asesore, represente o defienda en el asunto.

Por el contrario, el jurisperito consultado es el deudor de los servicios, esto es, el arrendador que debe prestarlos, al que, en Derecho romano, se denomina *locator*, para expresar que es quien los entrega, “colocándolos” o “poniéndolos” a disposición del cliente; y, por ello, no es parte interesada en el asunto que, para él, es ajeno (*res aliena*), aunque intervenga profesionalmente en el mismo como “parte” (formal), asesorando, representando o defendiendo al cliente⁵³. Volveremos sobre esto al analizar las OS como prestaciones de los AOC.

⁵³ Cfr. MONCAYO RODRÍGUEZ, Socorro, “*Locatio-conductio*, una institución unitaria con múltiple función económico- social”, en *Letras Jurídicas* 15, 2007, págs. 177-188.

C) Especialidades en la función consultiva de los AOC.

Desde luego, el arrendamiento de servicios jurídicos, por su origen contractual privado, no es el paradigma sobre el que se ha construido la función de asesoramiento atribuida a los AOC, que es de origen legal y jurídico-público; pero, en éstos últimos, también es apreciable la expresada asimetría con predominio del consultante, la cual tiene, además, raigambre histórica, ya que, en el régimen polisinodial de los Austrias, los antiguos Consejos lo eran, por antonomasia, “de Su Majestad”, para así expresar la preeminencia del regío consultante y aconsejado. Y lo mismo sucede en la tradición canónica, donde el voto llamado “consultivo”, es decir, no preceptivo ni vinculante, sigue siendo la regla general en los oficios colegiales de asesoramiento, precisamente para mantener íntegra la potestad de régimen que es propia de los oficios capitales, como el pontificio o los episcopales, que recaban el asesoramiento.

Desde luego, en los modernos Estados de Derecho, la asimetría consultiva, aunque no eliminada, ha sido, ciertamente, mitigada, por cuanto la función consultiva se erige en ellos como un medio de control del poder político y una garantía para los ciudadanos frente a las decisiones discrecionales o arbitrarias del mismo.

De ahí que la moderna función consultiva limite la libertad de consultar (*libertas consultandi vel in consultando*) de los poderes públicos mediante la institucionalización de los AOC y su aseguramiento jurídico a través de mecanismos como: i) la *congelación del rango* normativo de cuanto expresen sobre ellos sus normas reguladoras; lo cual, si dicho rango es constitucional o estatutario, implica, además, una *garantía institucional*⁵⁴ respecto a la existencia, denominación, composición, competencias y demás circunstancias garantes de su independencia orgánica y funcional; ii) la exigencia de consultar preceptivamente distintos asuntos (que deberíamos denominar de *consulta preceptiva*, más que de *dictamen preceptivo*); iii) el establecimiento de procedimientos estrictos para la formulación y tramitación de consultas y dictámenes (*procedimiento consultivo formalizado*); iv) la implantación de criterios tales como incompatibilidades, prohibiciones de cese, duración de los mandatos consultivos y otras semejantes (*estatuto jurídico* de cada AOC), cuyo fin es la preservación de la independencia orgánica y funcional, de la objetividad e imparcialidad de los AOC y, en suma, de la posibilidad de que los mismos deliberen y dictaminen sin restricciones

D) La singularidad de la formulación de OS: ¿unilateralidad?

A la dificultad que, de por sí, entrañan las consideraciones anteriores, se une la que representa la concreta función consultiva que ahora nos ocupa, esto es, la de formular OS; ya que, en la misma, no se patentiza, de forma inmediata, la *bilateralidad* de la función de consejo antes aludida; puesto que, más bien al contrario, parece que son los AOC quienes, autónomamente y de forma unilateral, elaboran, formulan y presentan a los poderes públicos las OS que estiman oportunas para la mejora

⁵⁴ La doctrina de las garantías institucionales ha sido formulada por el Tribunal Constitucional en varias Sentencias, como las núm. 4 y 38/81, 38/83, 27/87, 213 y 259/88, 170 y 214/89 y 40 o 109/98, entre otras muchas.

de los servicios públicos. En efecto, en ninguna de las normas reguladoras de la función consultiva consistente en formular OS se contempla la existencia de un poder público consultante que las recabe y, en estas condiciones, parece que la formulación de OS estuviera caracterizada por la *unilateralidad*.

Sin embargo, se trata de una mera apariencia o efecto reflejo provocado por la normativa reguladora de esta concreta competencia de los AOC. Como antes he apuntado al exponer su régimen jurídico, la formulación de OS está técnicamente construida como la investidura de una competencia cuyo ejercicio constituye, en muchos casos, una estricta obligación legal y, en otros, una potestad facultativa puesta a disposición del AOC. Pero, en ambos supuestos, es claro: i) por un lado, que los AOC no podrían formular OS si la normativa no les habilitase para ello (principio de competencia); y ii) por otro, que es dicha habilitación legal la que determina (principio de legalidad) el carácter (obligatorio o facultativo) y las circunstancias de dicha formulación, como son quién (*quis*) debe formularlas, cuándo y cómo (*quo modo*), para qué (*qua causa*) y, sobre todo, a quién (*cui*) deben ser entregadas.

Esta última precisión (la del *cui*) es crucial para revelar la identidad de la otra parte de la relación consultiva que, por lo general, son los Parlamentos y Gobiernos destinatarios de las Memorias anuales en las que, como Sección independiente, se incluyen las OS del AOC de que se trate.

No se trata, pues, de una función consultiva unilateral, sino bilateral pero regulada de forma finalista, de suerte que el “consultante” (figura esencial en toda función de consejo) no es identificado como el emisor de una consulta expresa y previa, sino como el receptor o destinatario de la respuesta formulada como OS. Estamos, pues, ante una peculiar determinación legal del consultante, ya que éste no resulta identificado *a priori* en el momento de consultar; sino *a posteriori*, en el de entregar y recibir la respuesta.

Esta inversión en la perspectiva desde la que es contemplada la parte “consultante”, poniendo el acento no en una *consulta* que, como tal, no existe en este caso, sino en la *respuesta* que el AOC está habilitado para darle, puede explicarse de distintas maneras:

- Como inducción: Se trataría de una consulta implícita que el AOC deduce o infiere de las distintas consultas de dictámenes concretos efectuadas y, por tanto, se reconduce a ellas; si bien, al proceder tales consultas concretas de tan variados consultantes, el legislador, por economía procesal, permite contestarla unificadamente, entregando la respuesta, en forma de OS, al Parlamento o Gobierno correspondiente al ámbito de competencia territorial de que se trate.
- Como presunción: La determinación del consultante se operaría *a posteriori* pero no por una inducción del AOC, sino en virtud de una presunción legal *ius et de iure*, es decir, de un mandato legislativo implícito, en el sentido de tener por consultante al receptor de las OS.

- Como ficción: La identificación del consultante con el receptor de las OS debería calificarse como una ficción jurídica (*fictio iuris*), ya que, si la consulta es inferida por el AOC de las distintas consultas de dictámenes concretos y, sin embargo, las OS son entregadas al Parlamento y Gobierno competentes en el ámbito territorial de que se trate, es obvio que el consultante inferido no coincide con el receptor de las OS, revelando así que la determinación del consultante no se basa en ningún hecho-indicio que pueda fundamentar una presunción, sino sólo en la *voluntas legis* de establecerlo como tal para mantener la bilateralidad esencial en toda función consultiva⁵⁵.

55 Bártolo definió la *ficción jurídica* como *assumptio, contra veritatem sed pro veritate, a iure facta in re certa de eius quod est possibile*, que podemos traducir, libremente en lenguaje actual, como una declaración legal consistente en un mero artificio (*assumptio artis iuris*) creado legislativamente (*a iure facta*), al servicio de la justicia y la seguridad jurídica (*pro veritate*) por el que, en base a una realidad verdadera o sustrato fáctico (*res certa*), se dispone tener por cierto (*habere pro certum*) algo que no lo es realmente (*res quae certa non est*), pero que podría serlo (*res quae possibile est*), o sea, que es verosímil y no resulta absurdo, ya que se encuentra en línea con la realidad subyacente (*res contra veritatem sed pro veritate*) en que el sustrato fáctico de la ficción consiste. En suma, algo que no existe (*quod non est*), pero que es posible (*quae possibile est*), se finge que existe (*fingitur esse*), por motivos de justicia y seguridad jurídica. Para Bártolo, la diferencia de la *ficción* con la *presunción* estriba en que *super incertum praesumitur, super certum fingitur*, brocardo que resulta confuso si se refiere al *hecho-indicio* que basa la presunción o al *sustrato fáctico* que basa la ficción, ya que ambos son subyacentes, ciertos y reales; pero tiene sentido si se refiere a la incertidumbre del *hecho presunto* (que, por eso, admite prueba en contra), frente a la certidumbre del *hecho ficticio* (que, al ser una declaración legal, no admite prueba en contra, aunque no por ello es un artificio absurdo, ya que está en línea con la realidad del sustrato fáctico que lo fundamenta). No obstante, mi maestro, Francisco González Navarro, ha mantenido que el brocardo es exacto, ya que el *hecho-indicio* que está en la base de las presunciones, aunque cierto, no es totalmente incontrovertible, como el *sustrato fáctico* de las ficciones, ya que puede ser de sentido *infirmativo* (de enfermar o debilitar), si aleja la verosimilitud del *hecho presunto*, o *corroborativo* (de robustecer), si la reafirma. Por eso, la STS de la Sala 1ª de 11-6-84 resume una copiosa jurisprudencia que trata de diferenciar los actos *tácitos*, que se basan en *facta concludentia* inequívocos, de los *presuntos*, que se basan en *hechos-indicios* ciertos y que permiten un enlace preciso y directo con el *hecho-presunto*, pero que no son absolutamente incontrovertibles (*facta non concludentia*). Por otro lado, Bártolo distinguió entre ficciones *inductivas* (que dan por existente lo que en realidad no existe), *privativas* (que tienen por inexistente lo que en realidad existe) y *traslativas* (que dan por existente de un modo lo que en realidad existe de otro). El silencio administrativo sería así una ficción *inductiva*. Pero esta tripartición resulta también confusa ya que no resalta que todas proceden, no de una operación *lógica*, sino de una declaración *legal*, aunque con base racional en un *sustrato fáctico* real. Ahora bien, en rigor, los llamados *actos ficticios* no existen y, por tanto, no debe hablarse de ellos (pues la misma expresión *acto ficticio* es una logomaquia), sino de lo que realmente implican, es decir, de *ficciones jurídicas*, o sea, de meras declaraciones legales. Esto no significa que éstas sean absurdas, ya que se basan en un *sustrato fáctico* real en cuya línea lógica (*on line*) se sitúa la ficción. Esto dicho, las ficciones jurídicas son un género con muchas especies, como la gran ficción que es la *persona jurídica* (art. 35 Cc), la *traditio ficta* o instrumental (art. 1462 Cc) o incluso las antes citadas presunciones *iuris et de iure* (que no admiten prueba en contra porque no son verdaderas presunciones sino meras declaraciones legales). En este sentido, la identificación del consultante con quien recibe las OS sería una institución ficticia de Derecho consultivo. Cfr. sobre la doctrina de las ficciones jurídicas, PANIZO ORALLO, Santiago, *Persona jurídica y ficción, estudio de la obra de Sinibaldo Fieschi ((Inocencio IV)*, Pamplona, Eunsa, 1975 (que la aplica al descubrimiento canónico de la persona jurídica entendida como ficción jurídica) y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Comentarios a la Ley 30/1992*, 4ª ed, Pamplona, Civitas, 2007, vol. 1, págs. 1210 a 1231 (que la aplica a la interpretación del silencio administrativo como ficción jurídica).

- Como espiritualización: No se trataría de presumir o fijar ficticiamente quién es la parte consultante, sino sólo de identificarla de forma indirecta y breviloqua, de suerte que resulte señalada como tal el órgano a quien se entregan las OS. Se trataría, así, de una forma jurídica espiritualizada de identificación de la contraparte mediante la aceptación por ésta de la entrega (*traditio*) de las OS⁵⁶.

- Como recepción: Otra posible explicación es que la formulación de OS constituye una actividad esencialmente *recepticia*, de suerte que no requiere una previa consulta expresa, pero sí una posterior recepción formal (*receptio*) que, a modo de aceptación o ratificación (*ratihabitio*) de la gestión efectuada por el AOC, expresaría la bilateralidad de la relación consultiva.

- Como reconducción: En la formulación de OS no quedaría excepcionado el principio de rogación, esencial en toda función consultiva, sino elidido, al sobreentenderse, *ope legis*, que el AOC: i) extrae las OS de los dictámenes que ha emitido, cada uno de los cuales implica la correspondiente consulta; y ii) entrega las OS derivadas de tales dictámenes a dichos consultantes, pero no de forma individual (*uti singuli*) ni colectiva (*inter caeteros*), sino conjunta (*in complexu*), mediante la técnica de reconducción a la unidad (*reductio ad unum*), es decir, considerándolos *impersonados* por sus máximos órganos en representación, jerarquía o supremacía, que son el Parlamento y Gobierno correspondiente.

- Como generalización: Las OS no se dirigirían sólo a los órganos que recabarían dictámenes del AOC, sino a todos los que podrían haberlos recabado y aun a los que pueden recabarlos en el futuro, ya que la formulación de OS presenta una generalidad de perspectiva (visión holística o panorámica) que afecta también a una pluralidad de entes y órganos que, sin embargo no son indeterminados (*incertae personae*) sino determinables, ya que conforman un grupo conocido (*coetus certum*), aunque muy amplio, ya que está integrado por los legitimados para consultar y por los responsables de los servicios públicos concernidos, a todos los cuales se entregan al nivel más alto (parlamentario o gubernamental) en el que todos ellos resultan incluidos y concernidos.

- Como universalización: Las OS no se dirigirían sólo a los órganos y entes comprendidos en un concreto ámbito de competencia territorial, sino que tendrían una vocación universal o *vis expansiva* que las convertiría en dirigidas a todos los interesados en servicios públicos que adolecieran de dis-

⁵⁶ Los Derechos antiguos recurrían a estas formas espiritualizadas o simbólicas para perfeccionar contratos *intuitu personae* (p.e. el abrazo al adoptado en la *arrogatio*; el ósculo matrimonial o la *deductio in domum mariti*, en las *justae nuptiae*) o para tener por efectuados actos materiales necesarios para la consumación de los contratos consensuales, como la entrega de la cosa comprada (*traditiones instrumenti, brevi vel longa manu aut per constitutum possessorium*, cfr. arts 1.462-1464 Cc) o la fijación del precio (*taxationes per relationem aut per arbitrationem*, cfr. entre otros, el art. 1.447 Cc).

funciones semejantes, cualquiera que fuera su ámbito de competencia territorial. Con una técnica similar a la de construcción teórica de los derechos reales (en los que, como es sabido, su titular los esgrime *erga omnes* frente a la colectividad constituida como sujeto universal de la obligación de respetarlos), los AOC se comportarían como portavoces y comunicadores de la Alta Función Consultiva en general, para expresar, *urbi et orbi*, problemas y soluciones dirigidas a un hipotético sujeto universal (consultante o interesado en la hipotética cuestión).

Todas estas teorías encierran visiones fructíferas de la poliédrica realidad que conforma la función consultiva de formular OS, por lo que simplemente las apunto para extraer de las mismas la conclusión de que dicha función no es unilateral, sino que conserva la bilateralidad esencial en lo consultivo.

2. Los elementos objetivos de la formulación de OS.

Si los elementos subjetivos de la formulación de OS son, como en toda función consultiva, el *consultante* y el *consultado*; los elementos objetivos han de ser también, en congruencia, la *consulta* formulada por el primero y la *respuesta* emitida por el segundo; aunque ambos también con matices, algunos de los cuales ya han sido apuntados.

A) La formulación de OS como relación *semiótica*.

La relación de consejo presenta una conexión funcional entre los sistemas consultante y consultado y, por tanto, es *semiótica*⁵⁷.

En efecto, 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 consultar (de *consulto-are*) y aconsejar (de *consilior-iri*), por más que esto último, sobre todo en cuestiones complejas (*arduae quaestiones*, en el sentido de asuntos problemáticos), requiera previamente deliberar (de *consulo-ere*) sobre la consulta (*consultatio*, entendida como *quaestio*, en el sentido de pregunta) efectuada y el consejo (*consilium*, entendido como respuesta) que, al

⁵⁷ La Semiótica (del griego *simiotikos*) es la Ciencia Social que estudia la comunicación interpersonal mediante palabras o signos de cualquier otro tipo; en suma, los sistemas de comunicación en las sociedades humanas, estudiando los medios empleados para trasladar a un receptor un determinado mensaje comunicacional expresivo de un contenido comunicativo, por lo que analiza tanto los signos significativos, como los significantes y los significados que incorporan. Su origen se encuentra en la obra del lingüista Ferdinand Saussure (*Curso de Lingüística general*, 1913), y, a partir de Ludwig Wittgenstein (*Tractatus logico philosophicus*, 1923), confluyó con la Filosofía del lenguaje y el Neopositivismo lógico, de Rudolf Carnap y el llamado *Círculo de Viena*. En la actualidad y sobre todo 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 las normas como mensajes comunicacionales (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; GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Lo fáctico y lo sígnico: una introducción a la Semiótica jurídica*, Pamplona, EUNSA, 1995). Para el enlace de estas cuestiones con la Filosofía lingüística y el Neopositivismo lógico, cfr. HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa*, Ed. Taurus, Madrid, 1994.

respecto, procede dar al consultante para que este, por su parte, adopte la decisión procedente (*consilium* entendido como resolución).

En este sentido, la formulación de OS es también *semiótica* ya que instrumenta una comunicación entre el AOC que las emite y el sistema administrativo que las recibe o a quien van dirigidas.

B) La formulación de OS como comunicación *mediata*.

La emisión de un dictamen es la respuesta a una consulta formulada verbalmente o por escrito (sólo esta última forma es admitida en los AOC); de suerte que la relación comunicacional que se traba entre el consultante y el consejero es evidente, inmediata y directa, aunque éste último sea un AOC pluripersonal y esté sujeto a un modelo orgánico y funcional sinodalizado.

Sin embargo, en la formulación de OS, la comunicación con los consultantes es mediata o indirecta. En efecto, como hemos reiterado: i) no existe propiamente una consulta clara y directa que un órgano legitimado específicamente para ello dirija al AOC para que éste formule OS al respecto; y ii) tampoco las OS tienen por destinatario un órgano especificado con claridad, sino un complejo orgánico difuso, como es “la Administración pública”, genéricamente titular de “los servicios públicos” aludidos en las OS y que, además, es multiforme (estatal, autonómica, local) y recibe las OS a través de los Parlamentos y Gobiernos respectivos en cuanto que órganos superiores que, a estos efectos, la *impersonan*⁵⁸.

Ahora bien, que no exista una consulta clara y directa no significa que no se aprecie un mensaje comunicativo de entrada (*input*) en el AOC; lo mismo que el hecho de que no exista un destinatario específico, no quiere decir que el AOC no genere la salida (*output*) de un contenido comunicativo. Lo que sucede es que, en la formulación de OS, mientras que la consulta es genérica e implícita, la respuesta es específica y congruente. En efecto:

- La *consulta*, en el caso de la formulación de OS, se deduce del conjunto de consultas que a lo largo del año ha recibido el AOC sobre cuestiones concretas y, más específicamente, de los expedientes analizados al dictaminarlas, y no en cuanto tales sino en cuanto que los mismos revelan *disfunciones* en los servicios públicos afectados. Estas *disfunciones* operan

⁵⁸ El concepto de *impersonación* es de origen teológico, concretamente de Teología sacramental, aunque tiene derivaciones en Derecho Canónico; pues, como se deduce del Concilio Vaticano II (cfr. Decreto *Presbyterorum ordinis*, n. 2), el sacerdote no *representa* sino que *impersona* a Cristo (*in capite eius*) en los sacramentos y, por eso, puede officiar y pronunciar legítimamente las fórmulas litúrgicas “yo te bautizo” o “yo te absuelvo”. Cfr. GARCÍA HERVÁS, Dolores, “Una aproximación al concepto jurídico de *sacra potestas* en la iglesia”, en *Ius Canonicum*, 33, 1993, págs. 479-514. He utilizado el concepto de *impersonación* para explicar, en nuestro Derecho Autonómico, las relaciones constitucionales entre el Estado en sentido global (*Gesamstaat*) y el central (*Oberstaat*) en varias publicaciones, p.e, en “Los conflictos fiscales entre CCAA”, en *AJR*, 8, 2002, págs. 287-331; o en “Función consultiva y limitaciones cuantitativas”, en *REFC*, 21, 2014, págs. 45-96.

como *instancias*, en el sentido filosófico que Zubiri dio a este término, es decir, como problemas que instan a pronunciarse al respecto en cuanto que reclaman una solución⁵⁹. La consulta, además, deriva de la norma jurídica que establece la función de formular OS anuales. En suma, se trata de una consulta legal, genérica e implícita, que el AOC deduce de los expedientes dictaminados.

- La *respuesta* a esa pregunta, aunque también deriva del cumplimiento de una obligación legal, no es, sin embargo, implícita, sino que se traduce en OS concretas sobre las mejoras que deben ser introducidas en el funcionamiento de los servicios públicos.

C) La formulación de OS como mensaje comunicacional de mejora.

El mensaje comunicacional que encierran las OS revela una finalidad “*de mejora*”. En efecto, las OS se dirigen institucionalmente (por ministerio de la normativa que las regula) a *mejorar* el funcionamiento administrativo y de los servicios públicos.

La formulación de OS implica, pues, *monere* (advertir), pero *ad meliorandum*, esto es, para lograr un “*amejoramiento*”; y esta finalidad polariza y resume en sí todas las matizaciones de la advertencia. En este caso, la teleología legalmente consagrada pone en tensión la institución consultiva en que la formulación de OS consiste para orientarla claramente hacia una crítica constructiva que busca un avance positivo en la prestación de los servicios públicos, no la reprensión correctiva o la sanción.

En rigor, toda la función consultiva se orienta hacia la mejora (“*pro e honra*”, como antes hemos visto que señalaba la literatura sapiencial castellana) del aconsejado, por exigencia de la propia *auctoritas* con la que el consejo se formula. En efecto, *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 crecer o aumentar), pero referido a una fuerza superior y originariamente divina que es la que provoca o crea el crecimiento, de suerte que la acción humana queda corroborada por esa fuerza divina que la confirma, enaltece, acrecienta o “*eleva*”⁶⁰.

A este respecto, debe repararse en que, si, en la función de dictaminar, los actos son consultivamente enjuiciados sólo desde la perspectiva de su *legalidad* (es

⁵⁹ Zubiri no emplea los términos *recurso* e *instancia* en su sentido jurídico. Para él, la realidad opera como *recurso* y como *instancia*; ya que ofrece posibilidades de actuación (y, en ese sentido es un *recurso* que se nos ofrece), pero también presenta dificultades que exigen ser solventadas (y, en ese sentido, se comporta como *instancia* apremiante). Cfr. ZUBIRI, J, *Estructura dinámica de la realidad*, Madrid, Ed. Alianza 1989.

⁶⁰ *Augeo* (de donde la palabra castellana *auge*) es un verbo a la vez transitivo (hacer crecer) e intransitivo (crecer); por eso, en la ancestral oración que 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 el término *auxitis*, acrecentamientos, deriva de *augeo*, aumentar, no de *auxilior*, ayudar; por lo que no debe transcribirse como *auxiliis*, ayudas); es decir, que sus esfuerzos guerreros fueran potenciados en su desarrollo con propicios incrementos, pues entendía que los dioses eran los únicos *auctores* (causadores o causantes) capaces de colmar y reforzar los actos humanos.

decir, únicamente para ponderar si son o no válidos y eficaces en Derecho, aunque pudieran ser mejores); sin embargo, en la formulación de OS, son analizados desde la perspectiva de su *eficiencia y perfectibilidad*, pues no se pretende sólo que las actuaciones analizadas sean jurídicamente válidas y eficaces, sino que, además, mejoren en todos o algunos aspectos de su funcionamiento.

Así presentada, la formulación de OS pudiera parecer una función consultiva no jurídica, sino de *oportunidad o conveniencia*. Sin embargo, también esta apariencia debe ser matizada, ya que las OS no surgen de una contemplación extrajurídica de la realidad administrativa y de los servicios públicos, sino del panorama jurídico que el AOC ha contemplado al dictaminar jurídicamente sobre casos concretos. Así, el OAC que formula OS no hace crítica política para desgastar a los responsables de los servicios públicos y propiciar indirectamente su remoción como titulares de su gestión; sino que ejerce la función consultiva para orientarles con su experiencia en orden a la mejora y perfección de la gestión y funcionamiento de los servicios a su cargo, lo que, indirectamente redunda también en su mejora como gestores públicos (efecto *munitivo*).

Téngase presente que el enjuiciamiento que encierran las OS se apoya también en el art. 103.1 CE del que se deduce que el pleno sometimiento a la ley y el Derecho no es el único criterio de enjuiciamiento de que es susceptible la actuación administrativa, ya que cita también el servicio a los intereses generales y los principios de objetividad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, a los que habría que añadir el de estabilidad presupuestaria del nuevo art. 135 CE⁶¹.

3. Los elementos formales de la formulación de OS.

Algunas normas reguladoras de los AOC precisan el procedimiento y formalidades que han de observarse para la elaboración, presentación y entrega de las OS, revelando así el carácter *formal y transitivo* de esta peculiar función consultiva.

A) Procedimiento de elaboración de las OS.

Como todas las competencias consultivas de los AOC, la formulación de OS tiene carácter *formal* y, en consecuencia, está *formalizada* y, aunque su normativa reguladora (antes recogida y a la que me remito) no ofrece muchas previsiones especiales sobre el procedimiento para la elaboración de las OS, pueden señalarse algunas:

- Sobre **elaboración**: En el Consejo de Estado, se requiere que los Letrados Mayores de cada Sección remitan las OS a la Secretaría General, para su elevación posterior al Pleno en el seno de la Memoria anual correspondiente. En los demás AOC, esta tarea suele estar encomendada a las Secretarías Generales. En el AOC del País Vasco, se precisa que el procedimiento para la elaboración de las OS será el mismo que el de los dictámenes, si bien se prevé al efecto la constitución de una “ponencia especial”.

⁶¹ Sobre estos criterios y, en especial, sobre el principio de eficacia en la gestión de los servicios públicos, cfr. SS TC 22/84, 178/89, 148/93, 166/98 y 189/04, entre otras.

- Sobre el **tiempo**: Se especifica que las OS deben ser elaboradas en el primer trimestre de cada año (AOC de Aragón, Castilla y León y Cataluña), o en el primer semestre (AOC de Baleares y Galicia), y ser referidas al año anterior (AOC de Aragón y Castilla-La Mancha), a veces con expresiones más precisas como “el año inmediatamente anterior” (AOC de Murcia) o más genéricas como “el periodo anterior” (AOC de Murcia) o “anualmente” (AOC de Baleares, Extremadura, Galicia y La Rioja).

- Sobre el **lugar**: Sólo he podido rastrear la precisión de que tendrá lugar en un “acto público” (AOC de Galicia) o que será objeto de una “presentación oficial” (AOC de Castilla y León, en concreto ante la correspondiente Comisión parlamentaria).

- Sobre el **medio**: Es generalizada la indicación de que las OS se incluirán en las *Memorias* anuales del respectivo AOC, en la que suelen integrar una *Sección* especial. En algunos casos, se precisa que dichas *Memorias* serán objeto de publicación (AOC de Aragón, Asturias y La Rioja), la cual puede efectuarse en formato impreso o electrónico.

- Sobre el **destino**: La normativa suele precisar los órganos a quienes deben ser remitidas o entregadas las OS, que suele ser el *Parlamento* respectivo (AOC de Baleares, Castilla y León, Extremadura, Murcia, Navarra y La Rioja), con especificaciones ocasionales de que se entregada a “la Mesa” (AOC de Baleares) o a la “Comisión correspondiente” (AOC de Castilla de León). La entrega al *Gobierno* de que se trate es general, pero se prevé de forma expresa en varias normas (AOC de Galicia, Murcia, Navarra y La Rioja). La normativa del AOC de Castilla y León distingue entre la *presentación* (que se hará ante la Comisión correspondiente de las Cortes regionales) y el *traslado*, que se hará luego “a las Administraciones consultantes”. Una expresión más genérica emplea la normativa del AOC del País Vasco que alude a una remisión a “la Administración activa”.

B) Transitividad de la formulación de las OS.

El examen de los elementos formales revela otra característica esencial que la formulación de OS comparte con la función consultiva en general, cual es su carácter *transitivo*; si bien es preciso diferenciar, a este respecto, distintas fases procedimentales:

- La **fase de formulación de la consulta** (implícita en el caso de las OS), es exterior (*ad extra*), pues abre las relaciones entre consultante y consultado. En este momento, la función consultiva es sustancialmente *transitiva*, en el sentido de que está articulada con una pregunta (*consultatio*), que se hace a alguien (*alicui*) sobre algo (*quid*); y una respuesta (*responsio*) congruente que, sobre el asunto (*quaestio*), da el interrogado (*consultatus*).

En esta fase, prima, pues, la posición del consultante que plantea la cuestión (*cónsul, quaestor*), ya que es él quien toma la iniciativa de preguntar, quien tiene dere-

cho a recabar una respuesta fundada y quien luego deberá actuar en vista de lo contestado. Por eso, el verbo latino *consulto-are* (consultar) es transitivo y su fuerza gravita sobre el sujeto consultante (es decir en quien plantea la cuestión porque debe finalmente actuar al respecto) y sobre el complemento directo (es decir, lo consultado, que es una actuación que le compete y sobre la que el consultante alberga dudas jurídicas (*dubia*)).

- **La fase de elaboración de la respuesta** (de las OS, en nuestro caso) es interior (*ad intra*), pues se desarrolla en el seno de la persona a la que se pregunta, como es el jurista individual (*iuris-consultus*) o del órgano colectivo de juristas (*coetus, conventus, senatus, synoda* o *consilium* en sentido orgánico y pluripersonal). En este momento, la función consultiva se presenta más bien como *intransitiva*, en el sentido de *auto-reflexiva*, pues consiste en una meditación interior (*cogitatio*) o una deliberación colectiva (*deliberatio*), para identificar y separar cada uno de los distintos problemas que plantea la pregunta formulada (*distinctiones facere*), acotar, en cada uno, la duda jurídica que plantea (*dubium statuere*), identificar el núcleo jurídico del asunto (*quid iuris sit*) y la manera de abordarlos y resolverlos (*quo modo per-tinet*) mediante la formulación de una respuesta completa y coherente (*consilium*, entendido como dictamen).

En esta fase intermedia, prima, pues, la posición del consultado, ya que es él quien actúa recibiendo la consulta, analizándola y elaborando una matizada y fundamentada respuesta. Todo ello implica conocer y dominar una ciencia (*scientia*) y técnica (*ars*) que, en el caso del Derecho, se ha denominado *Jurisprudencia* precisamente para indicar que supone un conocimiento preceptivo (es decir, referido a los preceptos reguladores de la realidad (*prudencia*), pero referido específicamente a los preceptos de Derecho (*prudencia iuris*); lo cual indica que, si bien el Derecho tiene una identidad (*idem*) con otros ámbitos del saber (que, como la Ética o la Política, también requieren prudencia en cuanto que todos ellos se proyectan sobre preceptos reguladores del comportamiento humano); sin embargo, presenta una especificidad añadida (*plus*), en cuanto que se ciñe a actuaciones regidas por normas jurídicas. Por todo esto, el verbo latino *consulo-ere* (cavilar, deliberar, reflexionar) es *intransitivo* en cuanto que significa pensar y debatir, consigo mismo o con otros, pero a puerta cerrada (*cum clavis*), acerca de algo (*de aliqua res*) sobre lo que se debe aconsejar (*de qua consiliri debetur*).

En los AOC la fase intermedia que ahora nos ocupa presenta, en rigor, dos momentos: i) el primero se desarrolla en el seno del jurista (Letrado, Consejero) que ha de elaborar la ponencia (es el momento *coram Ponente*); en ese momento, prima la introspección, la reflexión solitaria, el trabajo individual; ii) el segundo se desarrolla en el seno del Consejo o Comisión de juristas ante los cuales el ponente expone su ponencia para que la debatan y, en su caso, aprueben, modifiquen o rechacen en todo o en parte (es el momento *coram Consilio*)⁶²

⁶² *Coram* es un adverbio latino que significa ante o en presencia de y se emplea en Derecho Canónico para expresar a los ponentes de las sentencias rotales. Esto dicho, cabe observar que, así como los biólogos evolucionistas han demostrado cómo la ontogénesis (conformación de cada ser) reproduce la filogénesis (formación de su especie), también las instituciones humanas experimentan esa evolución pues cada una

-La **fase de comunicación de la respuesta** (en nuestro caso, entrega o publicación de las OS) recobra la apertura *ad extra*, pues el fruto de la reflexión interna, una vez concluido el proceso de elaboración de la respuesta (*responsio*), debe ser comunicado al consultante y hecho público por exigencia legal, lo cual supone volver al ámbito transitivo que es propio de las relaciones externas⁶³.

En suma, como demuestra la riqueza léxica latina y castellana para conceptualizar sus distintos matices, la función consultiva tiene un doble aspecto interno-intransitivo y externo-transitivo, pero éste último se encuentra al principio y al final del procedimiento (*iter*) consultivo y, por tanto, es predominante, ya que confiere la misma relevancia semiótica y también jurídica. Además, como es sabido, no debemos pronunciarnos sobre cuestiones meramente interiores (*de internis non iudicamus*), como son las de organización de los AOC que, en orden a la elaboración y formulación de las OS, constituyen actuaciones de régimen interior (*interna corporis acta*), cuyo régimen depende de las distintas “culturas” y “políticas” sobre la configuración de la Alta Función Consultiva que existen en cada ámbito competencial y que, por eso, conforma una normativa con cierto matiz doméstico (*in house law*).

D) Formalización de las OS.

La *Sección* de OS en las *Memorias* anuales suele presentar una formalización muy similar en los distintos AOC, consistente en recoger no más de media doce-

participa de los rasgos comunes en las de su tipología. Así se observa, por ejemplo, en Derecho Canónico, al analizar la evolución de las instituciones monásticas, las cuales, partiendo de la vida *eremítica* (penitentes aislados en el desierto), desembocaron en la vida *cenobítica* (penitentes reunidos para la oración) y ésta en la *monacal* (orantes que conviven bajo una misma regla de vida religiosa). Pues bien, lo mismo se observa en los AOC, donde el que hemos denominado momento *coram Ponente* representa un aspecto *eremítico*, de retroacción hacia la interioridad reflexiva en el ámbito del silencio y el recogimiento interior, representado por la idea de *desierto* (*eremus*); mientras que el momento *coram Consilio* representa un aspecto *cenobítico* de comunicación de la experiencia interior a los demás miembros del órgano consultivo para su contraste con las distintas experiencias interiores de los mismos; y el proceso, legalmente regulado, de adopción del dictamen (o, en nuestro caso, de las OS), representa un aspecto *monástico* por su ritualización sinodalizada. Para la evolución canónica expresada, cfr. ORLANDIS, José, *Historia de las instituciones de la Iglesia católica*, Pamplona, Eunsa, 2003. Sobre el momento interior, su dimensión mística y de comunión con la universalidad de la Creación, así como su origen ascético en el *hesicasmo* cristiano (retiro eremítico preconizado por Evagrio Póntico en el s. IV), cfr. D'ORS, Pablo, *Biografía del silencio*, Madrid, Siruela, 2017. Apunté la dimensión del ponente como *hesicasta* al sugerir (en “El Estilo consultivo, concepto y pautas”, en REFC, 24, 2015, págs. 19-90) que el estilo consultivo debía inspirarse en la estilización que evoca la reflexión solitaria de los antiguos anacoretas estilistas.

⁶³ En esto, no es una excepción la voz *consiliarius* (consejero, “el que aconseja”) puesto que deriva de *consiliri*, infinitivo de *consilior*, que es un verbo deponente (es decir, que se conjuga en voz pasiva, como “ser consultado”; pero con un significado que se expresa en voz activa, como “aconsejar”). Esta aparente paradoja se explica porque los verbos deponentes son vestigios lingüísticos de expresiones llamadas *ergativas*, es decir, en las que el sujeto de las construcciones intransitivas se marca de la misma forma que el objeto de las transitivas. Cfr. MIGUEL, Elena de, “Construcciones ergativas e inversión en la lengua y la interlengua española”, en LICERAS, M. (coord.), *La lingüística y el análisis de los sistemas no nativos*, 1993, págs. 178-195. En las CCAA, la confusión que provoca la voz *Consejero* es máxima, pues, si bien propiamente sólo conviene a los miembros de un órgano consultivo investidos de *auctoritas*; alude también al titular de una Consejería, que es siempre un órgano de *potestas* cuya misión no es consultiva sino ejecutiva pues consiste en dirigir la gestión de un Departamento del Gobierno. La voz *Ministro* evita, en el Gobierno central, esa confusión.

na de OS, referidas, generalmente, a disfunciones apreciadas en asuntos de competencia consultiva, como: el procedimiento de elaboración de disposiciones generales, la revisión de oficio de actos administrativos, las modificaciones, resoluciones o interpretaciones de contratos del sector público o la responsabilidad patrimonial de la Administración pública en sus distintos ámbitos de actuación.

La extensión suele ser moderada y ajustada a un modelo preconizado tradicionalmente por el Consejo de Estado, consistente en exponer de forma breve el problema o disfunción que se ha observado (fase de observación) y proponer las medidas que se estiman apropiadas para evitarlo en lo sucesivo (fase de sugerencia).

Sólo el Consejo Consultivo de La Rioja representa una excepción, en el sentido de que, si bien inicialmente siguió ese modelo, hace algunos años que viene incluyendo, en la Sección de OS de sus Memorias, una *crónica* que, asumida expresamente por el Consejo como OS, resume la doctrina sentada durante el año consultivo correspondiente en las distintas materias dictaminadas, por entender que, de la misma, se deducen las OS pertinentes.

VII. FUNCIONAMIENTO.

Analizados los elementos estructurales, esto es, la *estática* del sistema en que la formulación de OS consiste, procede aludir a su *dinámica* u operatividad funcional.

1. La formulación de OS como proceso epistemológico.

Las OS que formulan los AOC tienen por finalidad la mejora de los servicios públicos. Ahora bien, el funcionamiento de las Administraciones y de los servicios públicos, como cualquier otra realidad social, no es, epistemológicamente, esto es, desde la *Teoría de conocimiento*, sino un “objeto”, esto es, algo “que está ahí”, yacente ante nosotros (objeto, *ob-iectum*, como algo *iectum ob*); y, por tanto, expuesto a nuestro análisis y susceptible de ser contemplado desde diversas perspectivas ideológicas, culturales o políticas⁶⁴.

En efecto, toda visión es teórica (*teoréin* en griego significa mirar) y, por tanto, la misión de toda *teoría* es ofrecer una *visión* lo más completa posible de la realidad observada; y, para ello conviene que dicha visión sea (al menos tendencialmente), panorámica y omnicompreensiva, es decir, que (con el preciso alejamiento y objetividad), contemple conjuntamente las distintas perspectivas y puntos de vista, para intentar comprender lo observado en el seno y marco de los sistemas a los que pertenece y con los que se relaciona⁶⁵.

⁶⁴ Cfr. POLO, Leonardo, *Curso de Teoría del Conocimiento*, Pamplona, Eunsa, 4 vols: 1 (1987), 2 (1998), 3 (1999), 4-1 (1994) y 4-2 (1996); más accesible en las obras de GARCÍA, J.A., *Teoría del conocimiento humano*, Eunsa, Pamplona, 1998 y SELLÉS, J.F., *Curso breve de teoría del conocimiento*, Universidad de la Sabana, Santafé de Bogotá, 1997.

⁶⁵ Cfr. ZUBIRI, X., *Inteligencia y realidad*, Madrid, Alianza, 1980.

Ahora bien, en su intento de lograr esa visión pan-óptica, el observador se encuentra con diversos “relatos” que han plasmado la visión personal de cada observador anterior; lo que le lleva a pensar que el suyo terminará siendo “una más” en la serie de interpretaciones⁶⁶.

Por eso, en la moderna Filosofía, el problema crucial de la *Teoría del Conocimiento* humano no es tanto interrogarse sobre qué sea la *verdad*, cuanto en determinar las condiciones para entender que nuestra *certeza* al respecto no resulta insensata y que, por tanto, las actuaciones que acometamos en base a ella son razonables. Y, sin duda, una de esas condiciones de sensatez y racionalidad, consiste en adoptar las decisiones en base a certezas obtenidas a través de métodos objetivos⁶⁷.

Este planteamiento resulta especialmente apropiado en la Ciencia de la Administración y en el Derecho público, ya que las decisiones de los poderes públicos, al adoptarse en el seno de un *Estado de Derecho*, que es, ante todo, un *Estado de razón*, no pueden ser, por imperativo constitucional, arbitrarias (cfr. art. 9.3 CE). Pero la racionalidad que precisan es resultado de la confluencia de un conjunto (*pool*) de “racionalidades”, como la económica, la política, la social y también la jurídica⁶⁸.

De ahí que el filósofo personalista francés Paul RICOEUR haya postulado la creación de órganos y foros multidisciplinares en los que confluyan las distintas narraciones, visiones y perspectivas de análisis de la realidad de suerte que, de los mismos, puedan surgir “narraciones” que contribuyan a integrar la “representación” de la *verdad* que es precisa para construir las *certezas* en base a las cuales han de adoptar sus *decisiones* los poderes públicos competentes para ello⁶⁹.

Este planteamiento teórico explica que los poderes públicos (aunque dispongan, en las democracias, de las múltiples visiones y narraciones de la realidad que ofrece

66 Con gran agudeza epistemológica, el procesalista italiano Carlo Furno señaló (a propósito del proceso penal, pero en observación que es generalizable a la Probática jurídica y a todo enjuiciamiento humano) que, si bien toda causa penal abierta pretende descubrir la “verdad real”, esto es, los hechos tal y como auténticamente acaecieron en la realidad sometida a juicio, sin embargo los autos sólo presentan “relatos” de tales hechos (procedentes de testigos, documentos y otros medios probatorios) con los que el juzgador ha de construir la “verdad formal” de lo que “estima” sucedido; y, en base a ella, llega a una “certeza moral” que el ordenamiento jurídico considera suficiente para sentenciar. Cfr. FURNO, C., “Contributo alia teoria della prova legale”, Padua, 1940, traducido en el núm. 22 de la *Revista de Derecho Privado*, 1954, y, como *Teoría de la prueba legal*, en Méjico, 1983.

67 Cfr. POPPER, Karl, *Desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones*. Buenos Aires, Paidós, 1979.

68 Sobre estas cuestiones, cfr mi antes cit. estudio “La interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos” págs. 123-190.

69 En una entrevista publicada en el diario *El País* de 28 de noviembre de 1989, con ocasión de un *Congreso sobre Metafísica y Ciencias humanas*, organizado por la Universidad Complutense, Paul Ricoeur afirmó que: “el problema de la verdad ha cambiado; no es que tengamos derecho a decir lo que se nos antoje, sino que ya sabemos que se pueden dar varias interpretaciones a la realidad. No podemos despegar nuestra comprensión del pasado o incluso del presente, de nuestros proyectos... cada uno de nosotros interroga el pasado a la luz de proyectos distintos; nuestra forma de ver el pasado está muy ligada con nuestra forma de ver la sociedad”.

la opinión pública en los medios de comunicación social y en las instituciones representativas), deban arropar sus decisiones en criterios científicos y académicos acreditados.

De ahí, en el campo del Derecho público, la habilitación legislativa a los AOC para formular las OS que nos ocupan; y ello, precisamente, porque el legislador es consciente de que los AOC disponen de una experiencia, perspectiva y objetividad institucionalmente garantizadas que convierten a su “relato” y “visión” de la realidad jurídico-administrativa en particularmente valiosa para mejorarla⁷⁰.

2. Las fases epistemológicas de la formulación de OS.

Dicho esto, los AOC, para formular las OS, prosiguen el mismo *iter* epistemológico que se espera de cualquier espectador o analista objetivo de la realidad:

- En primer lugar, parten de la *realidad* (administrativa, en este caso), que se les “presenta” como un *panorama* (aquí, resultante de los asuntos que han ido dictaminando).
- Luego, acotan esa realidad panorámica para fijar así el objeto factual que debe ser analizado (el cual, en nuestro caso, es el funcionamiento real de los servicios públicos).
- Más tarde, proceden a analizar críticamente tal objeto, confrontando su “ser” (cómo es realmente) con su “deber ser” (cómo debería ser); lo cual exige un razonamiento (deóntico) sobre la realidad, enjuiciándola a la luz de los principios y fines que deben inspirar su funcionamiento (en nuestro caso, según el ordenamiento jurídico vigente).
- El análisis deóntico les permite conformar, en un momento ulterior, una “re-presentación” mental o “visión” crítica de dicho panorama, con la que construyen la “narración” o “relato” (es decir, la interpretación o forma de ver la realidad analizada), materializándolo en una propuesta concreta para mejorar la situación.
- Por último, la propuesta es tramitada *synodico modo* (es decir, según el “estilo consultivo” o procedimiento establecido para la decantación de criterios en cada AOC: ponencia, enmiendas, debate, votación eventual), para terminar plasmada en las OS que se formularán y remitirán a los responsables correspondientes.

Estos cinco pasos pueden ser reconducidos a dos grandes fases: la “de observación” y la de formulación “de sugerencias”. Ambas están resumidas en la

⁷⁰ Sobre estas cuestiones, cfr. mi artículo “La función de los Consejos Consultivos...”, en *RJN*, 28, 2000, págs. 41-64.

denominación dada a la función que nos ocupa que estriba, precisamente, en realizar “observaciones” y “sugerencias”.

A) La fase de *observación*: importancia en ella del método *relacionista*.

Semánticamente, “observación” significa tanto la acción como el resultado de observar; aunque, probablemente, la normativa reguladora de la función consultiva consistente en formular OS piense más bien en las “observaciones” como resultado, dándoles así un sentido similar al de “sugerencias”.

No obstante, cabe apreciar un matiz diferenciador, ya que las “observaciones” parecen más orientadas hacia la detección de disfunciones ocurridas en el pasado inmediato; mientras que las “sugerencias” apuntan más bien hacia propuestas de mejora con vistas al futuro. Las OS representarían, así, la tensión que el pensador alemán R. Koselleck quiso expresar en sus obras sobre la conciencia histórica en el sentido de que siempre estamos atrapados entre un *espacio de experiencia* (que aquí estaría representado por las “observaciones”) y un *horizonte de espera* (que aquí estaría representado por las “sugerencias”)⁷¹.

Ese matiz de historia conceptual (*Begriffsgeschichte*) me parece importante pues se sitúa en línea (*on line*) con el *iter* epistemológico de esta peculiar función consultiva, que permite, en efecto, diferenciar una primera fase “de observaciones” y una segunda “de sugerencias”, pero unidas por un hilo diacrónico que proyecta las primeras sobre las segundas, transformando así la experiencia en esperanza; en cuanto que confiere proyección histórica al pasado y profundidad histórica al futuro y, en suma, dota de racionalidad sistémica a las actuaciones del poder público, que es lo pretendido siempre por la Alta Función Consultiva.

Centrándonos, pues, en la primera fase o “de observaciones”, parece claro que la misma tiene por objeto el análisis de la realidad administrativa que, sobre el funcionamiento de los servicios públicos, se desprende de la experiencia acumulada en la emisión de dictámenes durante el último año o periodo consultivo que se analice. En terminología médica, sería una fase de *anamnesis* o detección de síntomas, para llegar luego a un *diagnóstico* sobre la enfermedad.

Ahora bien, el análisis que esta fase exige, para ser riguroso, debe contemplar la realidad administrativa, no como un problema aislado, sino como un sistema; para enjuiciar así en qué medida cumple con la misión que del mismo se espera, esto es, la de mantener conectados sus distintos componentes entre sí y con los de otros sistemas, con objeto de posibilitar, tanto su propio funcionamiento interior (dimensión interna o *autopoiética*, en expresión de Niklas Luhmann), como su comunicación exterior (dimensión externa o *semiótica*, en expresión de Umberto Eco). La fase

⁷¹ Reinhart KOSELLECK (1923-2006) expuso su pensamiento en un gigantesco *Diccionario de conceptos históricos fundamentales (Geschichtliche Grundbegriffe)*, publicado entre 1971 y 1992; pero es más accesible su obra, Paidós. 2001.

“de observación” comporta, pues, prestar una especial atención a las *dimensiones relacionales* que la realidad administrativa observada requiere como sistema, es decir, como unidad de intelección coherente.

Quizá un ejemplo aclare lo que pretendo expresar. Pensemos en el sistema sanitario público. Para analizar alguna de sus posibles disfunciones como, entre otras, son las listas de espera quirúrgica, hay que observar sus componentes internos de carácter subjetivo (usuarios, personal sanitario, administrativo y de servicios), objetivo (centros asistenciales, medios económicos y asistenciales adscritos) y formal (normas reguladoras, procedimientos administrativos, protocolos asistenciales), que conforman otras tantas estructuras con las que “está construido” el sistema público de asistencia sanitaria. Pero también es preciso reflexionar sobre las relaciones externas que dicho sistema sanitario público mantiene consigo mismo (relaciones *autopoieticas*), como, por ejemplo, la organización de turnos, jornadas o incompatibilidades del personal; y con otros sistemas (relaciones *heteropoieticas*), como son el policial, judicial, educativo, farmacéutico o de asistencia y servicios sociales, entre otros. Sólo contemplando el sistema sanitario como “un todo relacionado con todo” puede venirse en un conocimiento profundo del mismo del que extraer verdaderas observaciones susceptibles de mejorarlo en profundidad y hacer OS sensatas sobre una disfunción concreta, como son las listas de espera.

Obviamente, no pretendo decir que la función de formular OS deba suponer la apertura de una “causa general” al sistema administrativo en su conjunto, ni siquiera al concreto servicio público que se analice, sino únicamente que los AOC, al detectar (en sus “observaciones”) disfunciones ocasionales y, al proponer (en sus “sugerencias”) medidas concretas para corregirlas, no deben tener una visión reducida al problema concreto que plantean, sino abordarlo en el marco de una contemplación holística de los sistemas a los que pertenece y con los que se relaciona.

Como he señalado al comienzo, el análisis de las estructuras internas de los sistemas procede de la aplicación al Derecho, como Ciencia social, de la *Sistemología estructural*; pero el análisis de las relaciones externas de los sistemas ha recibido sus más importantes aportaciones de la *Semiótica*, a la que antes también he aludido, y, sobre todo, del *Personalismo*⁷², especialmente en su vertiente *relacionista*⁷³.

⁷² El *Personalismo*, cuyos principales representantes son Emmanuel Mounier, Jacques Maritain, Max Scheler, Paul Ricoeur, Maurice Nedoncelle, Jean Lacroix, Charles Péguy y, entre nosotros, Carlos Díaz Hernández, postula una visión cristiana de la persona humana, a la que considera ininteligible sin su apertura a la trascendencia, a la alteridad y a una praxis dirigida a la transfiguración de la realidad. En Francia, el Personalismo surgió en torno a la Revista *Esprit*; en España, gravita ahora sobre la Revista *Acontecimiento*.

⁷³ Aunque los planteamientos intersubjetivos derivan de Heidegger (*Ser y tiempo*, 1927) y Husserl (*Crítica de la razón lógica*, 1929), en rigor estos fenomenólogos centran en el “yo” la relación con el “no-yo”, es decir, “el mundo”, entendido como todo “lo que está ahí”, como ser, frente a mí (*Dasein*), para indagar las posibilidades lógicas de conocerlo. Sin embargo, el *relacionismo*, filosofía del diálogo, de la alteridad, del “tú” o del “otro”, parte propiamente de la obra de Martin Buber (*Yo y Tú*, 1929), en la que analiza las relaciones entre “yo-tú” y “yo-ello”, esto es, de las personas humanas entre sí y con el mundo, para concebirlas como abiertas y dialogales; de suerte que, de esta interacción, cotidiana, transitiva y enri

Pues bien, en la terminología de la moderna Filosofía relacional, podríamos decir que la fase “de observaciones” debería analizar las *disfunciones* que impiden o entorpecen que los sistemas observados se relacionen entre sí y se transformen, produciendo el efecto indeseado de mantenerlos como realidades exclusivamente *autopoieticas*, es decir, cerradas y limitadas a su propio *intorno*, sin dejarlos que se conviertan en *ámbitos* abiertos, susceptibles de crecimiento y mejora (o de empobrecimiento y menoscabo) al entrar en activa colaboración con las demás que componen su *extorno*⁷⁴

B) La fase de sugerencias: su naturaleza prestacional.

Una vez detectadas, en la fase “de observaciones”, las disfunciones que presente la realidad sistémica analizada, procede acometer, entrando ya en la fase “de sugerencias”, la tarea de señalar y proponer algunas medidas concretas que permitan superarlas o reducirlas. En terminología médica, sería la fase del *tratamiento* y del *pronóstico* sobre la evolución posterior de la enfermedad⁷⁵.

quecedora, advenga una apertura a la trascendencia, al descubrir al “otro” y, finalmente, al gran “Otro”, Dios, eterna fuente del mundo. En una línea similar, Emmanuel Levinas (*El tiempo y el otro*, 1947) presenta una antropología del “yo” en apertura esencial al “otro”, de suerte que la salida desde la “ipseidad” a la “alteridad” es un camino de encuentro sin retorno. Empero, partiendo de las denuncias de Simone de Beauvoir (cfr. *El segundo sexo*, 1949; o *La vejez*, 1970) sobre la alienación femenina o la marginación de los ancianos, el existencialismo opuso al personalismo la concepción de “los demás” como un obstáculo alienante para la autorrealización, en cuanto que “el otro” me cosifica, haciéndome un objeto suyo; lo que ocasionó la famosa polémica sobre “la mirada del otro” entre J.P. Sartre, que la reputaba un infierno (cfr. su obra *Ser y la nada*, 1943), y Merleau Ponty, para quien el otro es semejante a mí (cfr. *Sentido y sentimiento*, 1948). El personalismo actual insiste más en el descubrimiento del “nosotros” como dimensión integrante del propio “yo”. Cfr. CALDERERO HERNÁNDEZ, JF *et al.*, *Filosofía y sentido común*, Madrid, 2017, que propone el neologismo “yosotros”.

⁷⁴ Con el neologismo *extorno*, la Sistemología estructural confluye con el relacionalismo o Filosofía personalista del “tu”, para superar el concepto orteguiano de *circunstancia*, en cuanto que anclado en el idealismo de la filosofía fichteana (por el filósofo Johann Gottlieb Fichte) del “yo”. En efecto, la *circunstancia* (al derivar de *id quod circum est*) alude a todo lo que “me” rodea, esto es, al “no-yo”, pero reduciéndolo a meros objetos, puesto que éste último vocablo (al derivar de *iectum ob*) alude a algo que “está ahí”, tendido frente a mí; pero que, al ser constitutivo de “mi” circunstancia, revela que ese “no-yo” es concebido como un algo “para mí” (*mihí*), de suerte que su destino es ser “mío”, o sea, ser reconducido al “yo”, como mero contexto explicativo de mi propia entidad. Por el contrario, el concepto (sistémico, relacional y personalista) de *extorno* expresa que, aunque externas, las realidades que nos rodean constituyen también sistemas que, de alguna forma, “pasan a formar parte”, no sólo de uno, sino de todos los sistemas interrelacionados, es decir, del “yo”, pero también del “tu”; e incluso generan realidades nuevas en el ámbito del “nosotros”. Por supuesto, esa interconexión de sistemas puede resultar enriquecedora o empobrecedora, dependiendo de que las funciones que los sistemas se intercambien se sitúen o no “en línea” con las estructuras íntimas (ontológicas) de emisor y receptor. En las relaciones entre sistemas humanos, ello reviste trascendencia ética puesto que es bueno lo que perfecciona y malo lo que envilece a las personas. Cfr. LÓPEZ QUINTAS, Alfonso, *La Ética o es transfiguración o no es nada*, Ed. BAC, Madrid, 2015.

⁷⁵ Repárese en que toda la función consultiva consistente en formular OS tiene, por su finalidad de mejora, un acusado carácter *medicinal* y de ahí que este adjetivo se aplique a la sanación de cualesquiera disfunciones humanas, por lo que es común su empleo en los tres saberes clásicos, la Teología, el Derecho y la Medicina. Debo esta reflexión al Presidente del Consejo de Estado, Sr. Romay Beccaría, que, en un momento de desenfado, decía que tales saberes correspondían a las tres Facultades tradicionales de la Universidad española, como si sólo nos importasen los pecados, los pleitos y las enfermedades. Por su parte, el Dr. Pedro Sabando, que aportó al extinto Consejo Consultivo de Madrid una inestimable perspectiva

Las “sugerencias” son, pues, propuestas dirigidas a mejorar la situación disfuncional detectada eliminándola o minimizándola. Esa teleología de mejora (*ad meliorandum*) es la que “sistematiza” o “ambitaliza” la realidad analizada en cuanto que permite su adecuado funcionamiento como sistema o ámbito abierto a los demás y relacionado con ellos para obtener así una óptima realización de sus potencialidades.

Las “sugerencias”, pues, han de situarse en línea con el sistema al que se dirigen, para potenciar las estructuras que lo integran y abrirlas hacia ámbitos relacionales más amplios, sin perder nunca de vista su carácter humano, esto es, dirigido al servicio de la persona humana. Obviamente, también esta fase puede ser diseñada en un tono menor y limitarse a sugerir medidas parciales o coyunturales. Pero siempre debe mantenerse una visión de conjunto y humanística de la cuestión, pues cualquier medida, por pequeña que sea, si no se sitúa en línea con el sistema de que se trate, con sus estructuras y relaciones, y no se dirige al perfeccionamiento de la persona humana como ser relacional y social, estará avocada al fracaso en cuanto que anti-sistémica, esto es, en cuanto que insensata⁷⁶.

Esto dicho, hay que constatar que tanto las “observaciones” efectuadas, como las “sugerencias” que se propongan, deben ser formalizadas por el AOC en un documento que, incluido, por lo general como una Sección independiente, en la Memoria del año respectivo, se entrega a los órganos legitimados para recibirlas.

Ahora bien, esta última y elemental constatación releva que la formulación de OS por los AOC constituye jurídicamente una *prestación*; y ello requiere una última reflexión sobre la naturaleza de la misma.

3. El concepto jurídico de *prestación* en su evolución diacrónica.

El nuevo DEJ⁷⁷ alude al término “prestación” como *cosa o servicio que alguien recibe o debe recibir de otra persona en virtud de un contrato o de una obligación legal*.

médica, me advirtió con acierto que las relaciones de la Medicina con el Derecho no deben limitarse a los casos de responsabilidad sanitaria o similares, sino que deben rastrearse en la tradición de los grandes médicos-humanistas españoles, como Gregorio Marañón, Laín Entralgo o Vallejo Nájera, siempre preocupados por una visión holística de los problemas humanos. Cfr. p.e, LIIN ENTRALGO, Pedro, *Teoría y realidad del otro*. Madrid, Alianza, 1988.

⁷⁶ La exigencia del humanismo es apremiante, especialmente ante las recientes construcciones intelectuales *post-humanistas* y *trans-humanistas* que presentan las novedades cibernéticas y tecno-biológicas como la frontera final de la evolución de la especie humana y el nacimiento de un nuevo mundo gobernado por la tecnología. Cfr. una visión panorámica de este problema, en ARANA, Juan, *La conciencia inexplicada*, Madrid, Biblioteca nueva, 2015 y, con bibliografía, en “El profesor universitario de hoy ante los desafíos del post-humanismo y el transhumanismo”, conferencia pronunciada el 02-06-17 en el *V Congreso internacional de tecnologías emergentes y sociedad (CITES)*, Logroño, UNIR, 2017.

⁷⁷ DEJ son las siglas del nuevo *Diccionario del Español Jurídico*, Madrid, Ed. Espasa, 2016, obra en la que he tenido el honor de colaborar junto a otros más de cien juristas y que, dirigida por el Prof. Santiago Muñoz Machado, ha sido publicado por la Real Academia Española (RAE) y el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), recogiendo unas 30.000 voces jurídicas.

El más antiguo significado del término romano *praestare* era muy restringido, pues sólo aludía, en el primitivo proceso de las *legis actiones*, a la asunción, por un fiador procesal (*praedes*), de la responsabilidad en orden a cumplir una obligación litigiosa del afianzado. En efecto, el vocablo se componía de *praes* (garantía) y *stare* (constituirse ante alguien con firmeza) y estaba relacionado con *praedium* (terreno), al entenderse, en la sociedad rural romana, que sólo un terrateniente podía ofrecer una verdadera garantía procesal. La institución cayó en desuso cuando, instaurado el proceso *per formulas*, su función fue asumida por diversas garantías pretorias (*cautiones*) que podía prestar cualquier fiador (*fideiussor*) solvente, como la de comparecer (*cautio iudicio sisti*) o la de cumplir la sentencia (*cautio iudicatum solvi*).

Sin embargo, el conocido fragmento de D.44.7.3 pr, en el que Paulo refiere toda obligación a un *aliquid dandum, vel faciendum, vel praestandum*, ha supuesto un verdadero quebradero de cabeza para los romanistas, ya que sugiere una tripartición en la que, junto a las clásicas obligaciones de *dar*, y *hacer o no hacer*, se encontrarían las de *praestare*, como un *tertium genus* de difícil delimitación, ya que es difícil imaginar algo que no sea reconducible a un dar, hacer o no hacer.

Para solventar esta perplejidad, y tras descartar que se tratase de un glosema o de una interpolación (A. D'ORS), la opinión doctrinal dominante es que Paulo, partiendo del citado precedente procesal, se refiere a una obligación que no es propiamente de dar, hacer o no hacer, sino de “responder de algo ante alguien”, en el sentido de presentarse como garante de su cumplimiento (IGLESIAS). Esta idea tiene apoyo etimológico ya que *re-spondeo* indica el compromiso (*sponsio*) que adquiere el que contesta en el sentido de que garantiza que lo contestado es verdadero⁷⁸.

Esta interpretación de las obligaciones de *praestare* en clave de garantía condujo a la pandectística (BRINZ) y a la jurisprudencia de conceptos alemana (GIERKE) a entender que, en rigor, las fuentes romanas, al presentar casos de deuda sin responsabilidad (caso del deudor insolvente) o viceversa (caso del fiador tras una excusión ineficaz), trataban de expresar la idea de que, en toda obligación, subyacen dos elementos estructurales, el débito (*schuld*) y la responsabilidad (*haftung*), siendo el primero el vínculo jurídico que constriñe al deudor y el segundo la garantía, personal o patrimonial, que asegura el pago al acreedor en caso de incumplimiento.

Aunque esta idea germánica se ha incorporado pacíficamente a la *Teoría general de las obligaciones*, en la actualidad los romanistas más bien opinan que, en Derecho clásico, no se conocía la distinción entre débito y responsabilidad, sino que ambos conceptos se refundían en el de *vinculum iuris* con el que se concebía la obligación; de suerte que lo relevante no es tanto mostrar que las obligaciones de *praestare* encerraban en su origen la asunción de un compromiso de garantizar, cuanto des-

⁷⁸ Tan es así que algunos romanistas (Hägerström) sostuvieron que el origen del concepto mismo de obligación jurídica (*ob-ligatio*, como *vinculum iuris* interpersonal) procedía de un sometimiento mágico-religioso que vinculaba al deudor con el acreedor en virtud de una promesa sacral (*sponsio*), ritualmente formulada (*spondeo mihi?*, *spondeo*) en un marco de simbolismo pontifical muy antiguo.

velar que, en la evolución diacrónica de la obligación, como constrictión jurídica que sujeta y vincula al obligado, la *prestación* terminó por convertirse en el término técnico adecuado para expresar genéricamente el contenido de cualquier obligación.

Así, en las fuentes post-clásicas, y especialmente cuando el proceso se tramitó mediante la *cognitio extraordinem*, el término *praestare* se emplea ya como un género que engloba cualquier contenido obligacional positivo (de dar o de hacer) o negativo (de no hacer)⁷⁹. La evolución semántica concluye cuando los glosadores, y más tarde la pandectística, convierten el término *praestatio* (prestación) en sinónimo del contenido de cualquier obligación (*obligatio*).

Por tanto, en la actualidad, toda prestación es el contenido de una obligación jurídica y tiene, a su vez, como objeto, lo que, en virtud de dicha obligación, ha de darse, hacerse u omitirse; esto es: una cosa, un servicio o una omisión intencional. Así resulta del art. 1088 del Código Civil (Cc), a cuyo tenor: *toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa*; lo que conlleva la división de las obligaciones en positivas, que son las de dar y hacer; y negativas, que son las de no hacer o soportar.

Pues bien, a partir de este planteamiento diacrónico, no cabe sino concluir que la formulación de OS por los AOC constituye, sin duda alguna, el contenido de una *prestación* en sentido técnico-jurídico, puesto que, en la mayoría de sus regulaciones, está construida como una obligación legal de formular OS impuesta a los respectivos AOC. La conclusión es idéntica para las normativas que la han construido como un derecho potestativo de los AOC, ya que éste tiene su correlato en la obligación legal implícita de recibir las OS impuesta implícitamente a los órganos a quienes han de ser entregadas. Además, en todo caso, el contenido jurídico de tal derecho es también una prestación.

Pero, esto dicho, es preciso seguir profundizando en la naturaleza jurídica que tiene esa prestación, para tipificarla adecuadamente entre las positivas (de dar o hacer) o negativas (de omitir o soportar).

A) La formulación de OS como prestación positiva y mixta, aunque más de hacer (*facere*) que de dar (*dare*).

Parece obvio que la concreta prestación en que consiste la formulación de OS por los AOC, no es *negativa*, pues no consiste en un no hacer (*non facere*) o en un soportar (*pati*). Pero, siendo claramente *positiva*, no es fácil de clasificar entre las de dar (*dare*) y las de hacer (*facere*), y me inclino a reputarla “mixta”, puesto que presenta un componente de actividad, que implica un hacer (*facere*) y que me parece prevalente; pero también otro de resultado, que conlleva un dar (*dare*), aunque éste se me antoja más bien accesorio. Ahora bien, llegar a esta conclusión no ha sido tarea fácil en la Historia del pensamiento jurídico.

- Por un lado, la asistencia jurídica supone actividades *in faciendo*, pues, obviamente, requiere trabajar intelectualmente; sin embargo, en el caso de los servi-

⁷⁹ Este sentido se aprecia sobre todo en textos de Ulpiano; cfr. Digesto 39.2.7, pr; 40.7.8.2 y 42.5.9, pr.

cios consultivos, el objeto de la prestación debida parece ser más bien el dictamen en sí (en nuestro caso, las OS), como obra final (*opus-operis*), independientemente del trabajo (*opera-operae*) previo que haya requerido su elaboración. Esta consideración debería, en Derecho romano, haber aproximado su régimen al arrendamiento de obras (*locatio conductio operis*), pues haría primar el resultado esperado en forma de dictamen (*consilium*) verbal (*dictum*) o escrito (*dictatum*) o, en nuestro caso, en forma de OS; y, en suma, llevaría a reputar la prestación que nos ocupa como una prestación de dar (*dare*).

- Sin embargo, el Derecho romano recondujo la asistencia jurídica más bien al arrendamiento de servicios (*locatio conductio operarum*). En efecto, como antes hemos adelantado, la mentalidad jurídica romana partía de la, antes expuesta, *asimetría* inherente a la relación consultiva, que coloca al consultante en la posición de preguntar, que es de poder (*potestas*) y, de ahí su predominio sobre el consultado, a quien compete responder, que es una posición de mero saber (*auctoritas*). Por ello, la prestación de asistencia jurídica, tanto contenciosa como consultiva, se recondujo al contrato de arrendamiento de servicios, en cuyo seno 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, poniéndolos a disposición del cliente, que era el acreedor que podía exigirlos⁸⁰.

- Así, en el modelo romano, el objeto de la prestación del jurista (o sea, “lo suyo” o “propio” que él mismo extrae de sí y “coloca” fuera, dándoselo a otro), son sus servicios profesionales; lo que, en suma, no consiste en un hacer (*facere*), sino en un “dar” (*dare*), concretamente en un *dare operas*, es decir, en un “prestar servicios” como son los de asistencia jurídica (consultiva en nuestro caso, pero, eventualmente, también contenciosa)⁸¹.

- Repárese en que gran parte de la confusión que presenta esta materia deriva del propio latín. En efecto, la expresión latina empleada por los juristas clásicos para referirse a la prestación de servicios no era *facere* sino *dare operas*.

80 El vocablo *locator*, como la misma denominación del contrato como *locatio*, deriva del verbo *loco-are*, “colocar”, que es transitivo y, por tanto, siempre se refiere a algo que el arrendador “coloca”, en el sentido de que lo extrae desde su ámbito de actuación para trasladarlo fuera y dárselo a otro; dejando así claro que el jurista no es parte interesada en el asunto, el cual es, para él, algo ajeno (*res aliena vel inter alios acta*) en la interviene sólo como profesional externo y especializado (*iurisperitus*). Esa relación de *alienidad* es obvia en la previa asistencia *consultiva*, en la que el jurista se comporta como consultado (*iuris consultus*), aconsejando sobre un asunto dudoso (*res dubia*) que no le es propio (*res sua*) sino ajeno (*res aliena*), razón por la cual su opinión es objetiva y desinteresada. La misma *ajenidad* se mantiene también en la asistencia *contenciosa*, es decir, posteriormente, si el asunto deviene litigioso (*res in iudicio deducta*), aunque el jurista intervenga profesionalmente en el pleito (*litis*) como “parte” (formal), representando al cliente (como *procurator vel causidicus*) o defendiéndole (como *advocatus*). Cfr. TORRENT, *Diccionario, op. cit.*, voz “locatio”, págs. 654-657.

81 La dificultad de aplicar esta terminología romana propia del arrendamiento de servicios a los servicios jurídicos, y específicamente, a los consultivos, estriba, en que, en Derecho romano clásico: i), por un lado, la *locatio-conductio* era una figura contractual unitaria y de *ius gentium*, en la que no se distinguían las tres especies post-clásicas de arrendamiento, es decir, el de cosas (*locatio-conductio rei*, de *res-ei*, cosa), el de obras (*locatio-conductio operis*, de *opus-ri*, obra) y el de servicios (*locatio-conductio operarum*, de

Ésta última parecía un vulgarismo derivado del lenguaje corriente, donde operam *dare* equivalía a ocuparse. Sin embargo, era una locución técnico-jurídica, ya que el sustantivo, en acusativo plural, *operas* pretendía distinguir la prestación de servicios (*opera/ae*), que es de actividad; de la de obras (*opus/ri*), que es de resultado. Y, además, el verbo, en infinitivo, *dare* equivalía, en la época clásica, a “hacer propietario” de algo a otro mediante una dación (*datio*) de la cosa; por lo que, cuando se empleaba para otros significados, se acompañaba de una expresión que indicaba el fin de la dación, como *dare usufructo*, *dare pignori* o *dare precario*, lo que explicaría también la locución *dare operas* como equivalente a “prestar” o “rendir” servicios⁸²; que enlazaría también, en nuestro caso, con la expresión estrictamente consultiva “*dare consilium*” que tampoco está exenta de dificultad filológica⁸³.

opera-ae, servicios); ii) por otro, en que ésta última modalidad (la *locatio-conductio operarum*) comenzó siendo predicada sólo de los trabajos prestados por esclavos (*servi*, de donde *servitia*, trabajos serviles), susceptibles de retribución mediante una renta o merced (*merces*), pues, al ser los esclavos *alieni iuris* (sometidos a la potestad de otro), el pago por los servicios cedía en favor de su dueño; y, por eso, era concebida más bien como un arrendamiento “de cosa”, puesto que lo cedido, en rigor, era un esclavo para que trabajara, por precio, para otro; y de ahí que esta figura contractual no fuera aplicable a las profesiones liberales (propias de hombres libres, *liberi*), que sólo podían ser retribuidas mediante una compensación honorífica (*honor*, de donde *honorarios*), ya que se entendía que el estatuto de libertad (*status libertatis*) del prestador del servicio era incompatible con una vinculación de trabajo personal en favor de otro hombre libre; con la consecuencia de que el pago de honorarios se concebía como una obligación natural, irrepetible si se pagaba, pero, para cuya exigencia, los profesionales liberales impagados carecieron de acción hasta que, en la época post-clásica, se les amparó mediante la *cognitio extra ordinem*; y iii) finalmente y sobre todo, en que la prestación de servicios no se concebía tanto como una obligación de hacer (*facere*) cuanto como una de dar (*dare operas*) Cfr. MONCAYO RODRÍGUEZ, Socorro, “*Locatio-conductio*, una institución unitaria con múltiple función económico- social”, en *Letras Jurídicas* 15, 2007, págs. 177-188.

⁸² Cfr. D’ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*, Pamplona, 1983, págs. 410 y 411.

⁸³ En efecto, *consilium*, en latín, tiene tres significados básicos: i) como lugar u órgano deliberativo (que se ha mantenido en el castellano *Consejo*, en sentido de órgano subjetivo que aconseja), y que se empleaba precediendo a verbos como *convocare* y, sobre todo, *habere* (celebrar o tener lugar un Consejo); ii) como actuación que se aconseja a alguien (como en el castellano *consejo*, en sentido objeto de aquello que se aconseja), y que se empleaba precediendo al verbo *dare* (dar consejo, aconsejar), desde la perspectiva del consejero; y a verbos como *sequi* (seguir), *uti* (servirse de) o *dimittere* (apartarse, desoir), desde la perspectiva del aconsejado; y iii) como decisión deliberada o determinación resuelta que uno o varios adoptan, con o sin un consejo previo para ello (sentido éste que aparecía en el término *Senado-consulta*, expresivo, no de un dictamen consultivo, sino de una decisión del Senado; pero que se ha perdido en castellano, salvo en locuciones latinas en el ámbito jurídico, como *consilium fraudis*, expresiva de una confabulación o voluntad resuelta de defraudar), y que se empleaba precediendo a verbos como *inire* (forjar o concebir planes, urdirlos o maquinarlos) y, sobre todo, *capere* (resolver, decidir, tomar o adoptar decisiones, quizá asumiendo un consejo previo, pero sin el significado de pedirlo que es propio del verbo *consultare*). Todos estos casos representan filológicamente “construcciones con un verbo soporte” (CVS) donde *consilium* es un sustantivo convertido en predicado, merced a la aposición de tres verbos principales (*habere*, *dare* y *capere*) que corresponden y determinan a los tres significados latinos señalados. Cfr. BAÑOS, José Miguel, “*Consilium* (*habere*, *capere*, *dare*) un sustantivo hecho predicado”, en VVAA (J.M. Baños y otros, eds), *Philologia, Universitas, Vita. Trabajos en honor de Tomás González Rolán*, 2015, Madrid, Ed. Escolar y Mayo, págs. 103-114. En realidad, son muchos más los infinitivos, participios y adjetivos latinos que pueden acompañan a *consilium* en los textos clásicos, así la antigua obra de DOLETO, Stephano (Etienne Dolet), *Formulae latinorum locutionum*, Lyon (*Lugdunum*), 1539, en la voz “*consilium*”, recoge adjetivos (como *callidum*, *sapiens*, *prudens*, *vacuum*, *difficile*, *puerile*, etc) y verbos (como *petere*, *egere*, *exigere*, *manere*, *poenitere*, *frangere*, *revocare*, *mutare*, *removere*, *pondarare* o *extorquere*, entre otros) referidos también a *consilium*.

En suma, vista la compleja evolución tanto de las instituciones jurídicas romanas como de la propia lengua latina; entiendo que la prestación que nos ocupa (es decir, la consultiva en general y, en particular, la que consiste en formular OS), puede, como he adelantado, ser calificada como “mixta”, esto es, como una mezcla de las de hacer y las de dar, aunque con claro predominio de las de hacer. En efecto:

-Las OS surgen de un trabajo intelectual y volitivo en cuya virtud el AOC detecta, al dictaminar, diversas disfunciones y, analizando los dictámenes emitidos en un periodo normalmente anual, las acota y sistematiza, reflexiona sobre ellas, propone medidas para superarlas, y las plasma en un documento cuyo contenido debate, eventualmente modifica y, por último, fija, aprueba y entrega a la institución que puede llevar a cabo las medidas propuestas.

-Todo ello son prestaciones de actividad (*operae*, de *opera/ae*, actividades debidas a quien puede exigir las) que suponen un hacer (*facere*). Mas, por otra parte, las OS se plasman siempre en un documento escrito en un soporte legible que se incorpora, como Sección independiente, en las Memorias anuales del AOC que las formula y que es objeto de actos materiales de entrega o dación a través de los cuales las OS se materializan y trasladan a su receptor, el cual no tiene otro modo de conocerlas y poderlas así llevar a la práctica. Todo ello son prestaciones de resultado (*opera*, de *opus/ri*, obra final objeto de una entrega esperada por quien puede reclamarla) que implican un dar (*dare*).

B) La prevalencia de las prestaciones de hacer (*facere*) en la formulación de OS.

Aunque entiendo que la prestación en que la formulación de OS consiste deba ser calificada como “mixta” (entre las de hacer o de actividad y las de dar o de resultado), y, además, me parece que el asunto tiene bastante de perspectiva (ya que, desde el punto de vista del AOC, prima la importancia de su trabajo consultivo, que es un *facere*; mientras que, desde la perspectiva de los poderes públicos destinatarios de las OS, prima el resultado en que estas se plasman, que implica un *dare*), conviene, no obstante, explicar las razones que me inducen a pensar que el componente “de actividad” ha de reputarse como prevalente, mientras que el “de resultado” es, en este caso, medial o instrumental.

El componente “de actividad” en la formulación de OS consiste en la actividad que el AOC ha de desarrollar para concebirlas, proponerlas, debatirlas, fijarlas, aprobarlas y comunicarlas. El componente “de resultado” se aprecia en que las OS finalmente aprobadas se plasman siempre en un documento oficial que las recoge (ya sea en un formato y soporte tradicional, ya en uno informático), conserva, publica y es entregado a los órganos legitimados para recibirlo.

Pero el carácter mixto de la prestación no debe ocultar que, para conceptuar las OS, ha de primar su aspecto servicial sobre el documental, es decir, que la actividad prudencial desarrollada por el AOC para idearlas, modularlas y redactarlas debe

reputarse prevalente frente a la materialización física de las mismas por escrito en un soporte legible y comunicable⁸⁴.

A tal conclusión conduce el art. 377.2 Cc cuando, al regular la accesión de bienes muebles por adjunción (unión inseparable de dos cosas muebles), establece que, *en la pintura y escultura, en los escritos, impresos, grabados y litografías, se considerará accesoria la tabla, el metal, la piedra, el lienzo, el papel o el pergamino*. El mismo criterio sigue el art. 383.1 y 2 cuando, al regular la accesión por especificación (dación irreversible y no maliciosa de nueva forma a una materia ajena cualquiera), atribuyen la obra nueva al especificador de buena fe, salvo que la materia sea más preciosa o de mayor valor.

Ello es así porque, en las relaciones de accesoriedad, que son las contempladas al regular la accesión, se trata de determinar cuál es la cosa principal entre dos que aparecen incorporadas; haciendo prevalecer el valor humano de la obra sobre el meramente material del objeto, el cual, por eso, es conceptualizado como cosa accesoria, salvo prueba en contra.

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 y no viceversa, 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.

En rigor, la reflexión sobre el binomio materia-forma (teoría *hilemórfica*) es de raigambre aristotélica⁸⁵; y, en el ámbito romano, se tradujo en una pugna entre escuelas filosóficas y también jurídicas. Así los estoicos, a quienes seguían los Sabianianos, daban preferencia a la materia; mientras que los peripatéticos, seguidos por los Proculeyanos, optaban por priorizar la forma. Tal es el caso de Celso que, al comentar, en Digesto, 33.10.7.1, la opinión de Tuberón sobre un ajuar de piezas de orfebrería, afirma la mayor relevancia de la *species* (forma dada por un hombre) sobre la materia (*speciem potius rerum quam materiam intueri oportet*). Ello explica que los glosadores medievales de este fragmento construyeran la *specificatio* como variante de la accesión en la que se atribuía, al *specificator* (dador de forma) de buena fe, la propiedad de la *nova species* conferida a una materia ajena de menor valor, siempre que la especificación fuera irreversible y se indemnizase lo que valiera la materia.

La Escolástica medieval reforzó también la plusvalía de la forma al aplicar el hilemorfismo a la Ontología realista para fundamentar la Teología moral y sacramentaria. A partir de ahí, el parangón exegético entre el la Biblia y el *Corpus Iuris*

⁸⁴ Repárese en que, a estos efectos, es irrelevante el carácter *segundo* que, como antes se ha explicado, tiene, en Lógica formal, la formulación de OS frente a la función de dictaminar; ya que ahora se trata de realizar, desde la Epistemología, una de-construcción de sus componentes de actividad y de resultado, que ha de conducir a un juicio de prevalencia o relación de principalidad y accesoriedad.

⁸⁵ ARISTÓTELES, *Física*, 6-7.

Civilis (aplicado también al *Decretum* de Graciano y a los demás textos que terminaron por integrar el *Corpus Iuris Canonici*) facilitó que los glosadores, en el ambiente jurídico del *mos italicus*, y, después, los comentaristas, en el del *mos gallicus*, acuñasen el brocardo *forma dat esse rei* con el que la tradición romano-canónica (*utriusque iuris*) expresa que la forma es constitutiva de la cosa⁸⁶.

Tras la obra notarial de Rolandino, el brocardo de primacía formal es empleado para la conceptualización de las formalidades jurídicas, en especial los documentos públicos y las inscripciones registrales, exigidas *ad solemnitatem* para la validez de ciertos actos jurídicos precisados de mayor seguridad que la derivada de una promesa meramente nuncupativa o formulada en un documento privado confeccionado como mera prueba preconstituida (*ad probationem*).

Los juristas estatutarios emplearon también esa regla (*regula iuris*) para fundamentar, en los conflictos de leyes, el principio *locus regit actum* (la forma del acto es la exigida en el lugar en que se otorgue) como punto de conexión para determinar la legislación aplicable a las formalidades de los negocios jurídicos con elementos de extranjería. De esta doble tradición del *ius commune*, se nutre la percepción teórica del documento notarial como una novación necesaria del negocio documentado (doctrina de la *renovatio contractus* desarrollada entre nosotros por NUÑEZ LAGOS).

Por otro lado, la primacía de la forma fue incentivada por KANT y el idealismo post-kantiano al convertirla filosóficamente en una proyección gnoseológica *a priori* para categorizar la realidad; por ello no puede extrañar que un jurista post-kantiano, como Kelsen, apoye el positivismo jurídico sobre bases formalistas, dando así lugar a los modernos formalismos jurídicos.

En suma, tanto si se acude a las raíces greco-romanas del moderno Derecho europeo, como si se opta por explicaciones más positivistas, parece claro que, en las OS, debe primar el valor humano de su contenido jurídico y del servicio jurídico que implica su confección, sobre su plasmación material en las *Memorias* como un documento o *Sección* de las mismas susceptible de traslación y entrega.

VIII EPÍLOGO.

La inicial evocación becqueriana del “arpa olvidada” procede de una experiencia estética personal. Antes de presentar la ponencia que ha dado lugar a este ensayo, emprendí la siempre grata labor de pasear tranquilamente por el centro de Valencia; tomé la calle *Poeta Querol* y, en el cruce con la antigua de *San Martín*, se me apareció

⁸⁶ Así, BALDO, *Ad Digestum Vetus* 10.4.9.3, 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), concluye, en la pág. 786, que *forma est quae dat esse rei*.

la exquisita arquitectura rococó del *Palacio de los Marqueses de Dos Aguas*⁸⁷. Confieso que, aun no siendo la primera vez que disfrutaba con la belleza de esa extraordinaria mansión solariega, experimenté de nuevo la versión moderada del *síndrome de Stendhal* que consiste en la emoción derivada de algunos detalles que, hasta entonces, desconocía. Uno me lo había revelado mi buen amigo y jurista valenciano de pro Fernando García Mengual; el otro fue un descubrimiento propio en el interior del edificio. La revelación consistió en que el Palacio marquesal había albergado, durante la II República, la sede del Consejo de Estado. El descubrimiento fue la contemplación de una hermosa y antigua arpa en un rincón de la *Sala de música* del Palacio. La emoción surgió al relacionar ambos detalles con la formulación de OS por los AOC, pues entonces vi claras algunas dimensiones de esta peculiar función consultiva.

En efecto, el arpa, como los demás instrumentos de la palaciega cámara musical, yacían inertes porque, a diferencia de otras artes, la música, para patentizarse, requiere ser interpretada y, hasta entonces, permanece como en potencia, latente, no sólo en las partituras y en los instrumentos, sino también en las manos del músico que debe pulsarlos adecuadamente, interpretando y actualizando así, cada vez, lo que el compositor quiso expresar con las notas del pentagrama.

El Derecho es también sutil y requiere interpretación; sus notas son las normas jurídicas, los letrados son los intérpretes y los documentos, sentencias y dictámenes que éstos elaboran son las sesiones musicales resultantes; con la diferencia de que los textos jurídicos permanecen y pueden ser releídos, a diferencia de las audiciones musicales, las corridas de toros o las representaciones escénicas, que son efímeras, pues sólo quienes las oyen o contemplan pueden advenir la perfección o defectos de lo realizado.

Es cierto que la volatilidad que presenta la música, la tauromaquia y las artes escénicas se ha relativizado merced a los medios de grabación y reproducción que permiten conservar y volver a contemplar las mejores interpretaciones o faenas, aunque sin conseguir nunca el efecto de la visión personal *in situ*. Y tampoco puede negarse que la permanencia de los textos que elaboramos los juristas es sólo conceptual pues, frecuentemente, una vez leídos y, más o menos, aplicados, quedan olvidados entre los legajos de literatura gris o, a lo sumo, encuadernados en repertorios de muy ocasional consulta o sumergidos en el océano informático de gigantescas bases de datos.

⁸⁷ El Palacio de los Rabassa de Perellós, Marqueses de Dos Aguas, según título concedido por Carlos II en 1699, es una antigua mansión solariega reformada, hacia 1740, en puro estilo rococó. De planta casi cuadrangular, esquinada con torretas, sus estancias se organizan, en dos alturas, en torno a un patio. Sus fachadas fueron realizadas en alabastro por Ignacio Vergara, sobre diseño de Hipólito Rovira. La central está presidida por una imagen de la Virgen, desde la que descienden dos caudales de agua en alusión al título de los Marqueses, con dos atlantes a los lados que simbolizan dos ríos, todo con una lujosa sinuosidad. Una reforma, efectuada en 1867 por José Ferrer, introdujo los estucos grises y rosas de imitación marmórea y las balconadas ondulantes de gusto afrancesado. En su interior, conserva las carrozas del siglo XVIII y los salones decimonónicos con su decoración original. La segunda planta acoge el *Museo Nacional de Cerámica y Artes Suntuarias*. Cfr. COLL CONESA, Jaime, "El Palacio del Marqués de Dos Aguas, Valencia, arqueología e historia del edificio", en *Loggia, Arquitectura y restauración*, 7, 1999, págs. 42-53.

En todo caso, el espectador crítico que asiste a una representación musical o escénica es el juzgador nato de la perfección de la misma, pues aprecia sus virtudes y defectos, de suerte que, al salir, puede calificarla, según su formación y sensibilidad, y afirmar si, a su juicio, ha sido magistral, simplemente aceptable o si adolecía de algunas imperfecciones⁸⁸.

Pues bien, los AOC son los espectadores privilegiados de la realidad en que el funcionamiento de los servicios públicos consiste y, al formular sus OS, levantan acta de sus disfunciones, no para resaltarlas, sino para eliminarlas y coadyuvar así a que los servicios públicos analizados funcionen de la mejor manera posible.

Pero, como señalaba en la introducción, la formulación de OS sigue siendo un arpa olvidada en el ángulo oscuro del salón consultivo. Confío en que ello sólo se deba a que los pocos que las leen no les prestan demasiada atención y no a que la forma que los AOC tienen de interpretarlas, formularlas y presentarlas se preste también a ello.

Saber si ello es así requiere otro estudio, que tengo en mente, no sólo sobre cómo está funcionando, en la práctica de los distintos AOC españoles, la formulación de OS, sino qué OS concretas han sido formuladas por los mismos y qué conclusiones podemos extraer para la mejora de los servicios públicos analizados. Este estudio constituirá la “Parte especial” del análisis de la formulación de OS. Este que ahora concluyo sólo pretendía aproximarse a lo que pudiera ser la “Parte General”.

RESUMEN

Las Observaciones y Sugerencias para la mejora de la actuación administrativa son instituciones que competen a los Altos Órganos Consultivos españoles en virtud de sus normativas de creación y funcionamiento y que quedan reflejadas en las Memorias anuales que dichos órganos elevan a las administraciones consultantes.

El presente estudio se ocupa de esbozar el concepto, régimen y naturaleza jurídica de esas instituciones, que el autor presenta como funciones de consejo jurídico-públicas de carácter monitivo destinadas a ofrecer recomendaciones para la mejora de los servicios públicos. Una función segunda respecto a la de emitir Dictámenes, pero en ningún caso secundaria.

PALABRAS CLAVE: Observaciones y sugerencias – Altos Órganos Consultivos – Memorias – Monitivo.

⁸⁸ La tradición tomista explica este fenómeno en base a que la belleza es el esplendor de la verdad (*veritatis splendor*) y ésta se encuentra indisolublemente asociada al bien (es decir, al fin último de cada realidad), de suerte que lo bueno supone una integridad esencial y lo malo aflora en cualquier defecto. La idea procede de la obra *De divinis nominis* del Pseudo Dionisio, y fue recogida por Santo Tomás de Aquino en la *Summa Theologica* I-II, q 71, a) y otros lugares, con la conocida afirmación *bonum ex integra causa, malum ex quocumque defectu sequitur*.

ABSTRACT

The Observations and Suggestions for the improvement of administrative action are institutions that are the responsibility of the Spanish High Consultative Bodies by virtue of their creation and operation regulations and that are reflected in the Annual Reports that said bodies elevate to the advising administrations.

The present study deals with outlining the concept, regime and juridical nature of these institutions, which the author presents as legal-public functions of a monitorial nature aimed at offering recommendations for the improvement of public services. A function second to that of issuing Opinions, but in no case secondary.

KEYWORDS: Observations and suggestions – High Advisory Bodies – Reports – Monitorial.