

# DE LA JURISDICCION COMO COMPETENCIA A LA JURISDICCION COMO ORGANO

POR

ERNESTO PEDRAZ PENALVA

Profesor adjunto de Derecho Procesal  
de la Universidad de Salamanca

I. La Jurisdicción es uno de los institutos jurídicos de mayor importancia, y de consideración ineludible dentro del Derecho procesal. Es prácticamente unánime entre los procesalistas la afirmación que concreta en tres bases «la arquitectura de esta disciplina: jurisdicción, acción y proceso» (1).

La relevancia de la Jurisdicción, tanto respecto al campo estrictamente procesal como al constitucional, integra una opinión comúnmente extendida y no necesitada de demostración. Ahora bien, este acuerdo no abarca a su significado y contenido, de tal modo que la literatura se muestra dividida en lo concerniente a estos extremos. Es posible que la causa del citado «desacuerdo» radique en la propia «esencia» de la Jurisdicción, o mejor dicho en los diferentes, y quizás no excesivamente útiles intentos de encontrar una esencia de la misma.

Naturalmente no pretendemos en estas breves reflexiones llegar a determinar lo que es la Jurisdicción, sino más bien poner de manifiesto la exigencia de proceder, previamente a todo intento conceptualizador, a diferenciar, a efectos analíticos, dos etapas fundamentales: Formación de la Jurisdicción y vigencia de la misma. En esta tarea llevamos trabajando, ya desde nuestra Tesis doctoral (2), con miras a ir progresivamente desvelando, mediante el establecimiento de las bases esenciales, la configuración originaria, liberal, de la Jurisdicción (3), y las sucesivas etapas por las que ha atravesado hasta la actualidad.

---

(1) En este sentido podemos citar a MIGUEL Y ALONSO, C.: *Derecho procesal práctico*, Barcelona, 1967, I, p. 14; ALCALÁ-ZAMORA, N.: *Derecho procesal penal* (en colaboración con LEVENE), Buenos Aires, 1945, pp 12-13.

(2) PEDRAZ PENALVA: *Formación de la Jurisdicción*, Tesis doctoral, inédita, Salamanca, 1972.

(3) *Vid.* nuestro trabajo, próximo a ser publicado en el libro-homenaje al profesor PRIETO-CASTRO, *La jurisdicción en la teoría de la división de poderes de MONTESQUIEU*.

En conclusión, este estudio es y pretende ser un análisis introductorio que facilite, mediante la relativa novedad de los niveles considerados y del método seguido, un más depurado enfrentamiento con lo que en la actualidad es y representa el vigente concepto de Jurisdicción. La necesidad de tal trabajo se presenta de modo manifiesto, dada la división doctrinal sobre este instituto (4), así como por la ineludible cuestionación de todas ellas, a la luz de los fenómenos típicos del proceso laboral y del de peligrosidad y rehabilitación social.

II. La Jurisdicción es un instituto jurídico al que puede aplicarse la propiedad de la dificultad de su definición, que también acompaña a otros, como al mismo de Administración (5). La Jurisdicción es un producto histórico que hemos de contemplar, a la hora de su comprensión —y aunque consideremos tan sólo una de sus facetas—, desde unas coordenadas históricas configuradoras y mediadoras de su formulación teórica y desenvolvimiento real. Sólo desde la contraposición entre lo institucional y lo social podremos descubrir en cada momento su contenido e intentar esclarecer qué es y qué función cumple en la actualidad la Jurisdicción. Renunciar a este análisis supondría, en nuestra opinión, al desvincularla de su historia y de su naturaleza, quedar anclados en el ámbito de una exégesis particularista adscrita a su actualidad, absolutizando ideológicamente su consideración vigente y obstaculizando en consecuencia el conocimiento de su objetivo y función.

Este método de trabajo dentro del campo procesal ha sido ya utilizado por eminentes procesalistas como E. SCHMIDT, J. GOLDSCHMIDT, E. COUTURE, N. ALCALÁ-ZAMORA, P. CALAMADREI, V. FAIREN, CAPPELLETTI..., etc. (6), quienes adoptando una visión y métodos históricos han

(4) Así, cfr. ALCALÁ-ZAMORA: *Notas relativas al concepto de Jurisdicción*, en «Rev. Iberoamericana de Derecho Procesal», 1972; SERRA DOMÍNGUEZ: *Jurisdicción*, en «Estudios de Derecho Procesal», Barcelona, 1969; OLIVI, B.: *Note sul concetto di Giurisdizione*, en «Jus» («Riv. di Scienze Giuridiche»), 1957, pp. 42 y ss.

(5) Así, FORSTHOF: *Traité de Droit Administratif allemand*, Bruxelles, 1969, al enfrentarse con el concepto de Administración resalta la imposibilidad de dar una definición de ella, y la mayor científicidad del conformarse con una descripción más que con un concepto. Y sobre todo al intentar —pp. 40 y ss.— la separación entre Jurisdicción y Administración, está afirmando la historicidad no sólo de ambos conceptos, sino también de su relación.

(6) Como prueba, en modo alguno exhaustiva, no sólo de este método sino, asimismo, de la necesidad de partir de parámetros históricos y constitucionales, cfr. SCHMIDT: *Strafprozess und Rechtsstaat*, Göttingen und Zurich, 1970; del mismo: *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Göt-

verificado el estudio de institutos procesales básicos y fundamentales, no sólo desde esta dimensión histórica sino asimismo en conexión con determinados institutos constitucionales, como exigida necesidad —según dichos autores— tanto para la formulación de los conceptos como asimismo para su comprensión de una forma inteligible.

Es evidente y manifiesta la complejidad que cualquier estudio sobre la Jurisdicción ofrece a todo aquel que pretenda a un nivel mínimo obtener conclusiones válidas y eficaces al menos desde su análisis teórico, pero por supuesto siempre que se pretenda tratar científicamente este tema debería acudir a la consideración de una multiplicidad de problemas, formalmente desconectados del asunto principal, cuya trascendencia se desvela a medida que se desenvuelve su consideración histórica en su propio contexto.

Ante un ámbito de estudio cuya complejidad, amplitud y consiguiente dificultad no escapa a ningún jurista, se hace necesario acotar el objeto. Ello no supone en modo alguno una jerarquización de aspectos —*a priori*—, sino en último caso la fijación de un objetivo racional de estudio que deberá ir siendo cubierto progresivamente tras sucesivos análisis y en torno al cual se ordenan los diferentes aspectos de la problemática.

A nuestro parecer la investigación histórica de cómo ha surgido y de cómo ha llegado a constituirse la Jurisdicción es por sí misma tarea suficiente y objetivo básico pretendido.

Así pues hemos intentado a lo largo de este estudio, desvelar un aspecto concreto del intrincado problema que la Jurisdicción suscita: el de su formación.

Es preciso advertir que el fin que con este trabajo nos habíamos marcado era múltiple y primordialmente relacionado con la necesidad de comprender la vigencia del concepto de Jurisdicción que actualmente permanece como liberal y su posible desfase en relación con las necesidades actuales. Ciertamente lo más importante es desentrañar dicho desfase, soslayando la abstracción y la carencia de sentido histórico que una investigación casi imprecisamente exegé-

---

tingen, 1984, I; GOLDSCHMIDT: *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona, 1935; COUTURE: *Fundamentos del Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1982; ALCALÁ-ZAMORA: *Derecho procesal penal*, op. cit.; CALAMANDREI: *La relatività del concetto d'azione*, en «Opere Giuridiche», Napoli, I, 1965, pp. 427 y ss.; FAIREN: *Temas del Ordenamiento procesal*, Madrid, 1969, *passim*; CAPPELLETTI: *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Derecho comparado*, México, 1966; TROCKER, *Proceso civile e costituzione*, Milano, 1974; etc.

tica supondría, pero metodológicamente hay que volver atrás en un intento de reconstruir el significado de la Jurisdicción en su proceso, para así poder confrontarlo en su actual acepción.

III. La constitucionalización del Estado se plantea como un claro objetivo de la burguesía como clase social tendente a conseguir la ruptura del contexto jurídico propio del viejo régimen. Se hacía necesaria la búsqueda de una nueva legitimación que eliminara la contradicción en la que se insertaba el absolutismo, que pretendía ahistóricamente mantener las viejas estructuras estamentales, dentro de una política reformista (ilustración), desfasada del nuevo contexto social y económico.

La burguesía que había apoyado anteriormente al Estado absoluto, se vio obligada en base a la pérdida de los mercados coloniales y del monopolio correspondiente, a volver los ojos hacia su país y a tomar conciencia de la urgente necesidad de reforma. Frente a esta necesidad real, el viejo orden era incapaz de encontrar una salida que resolviera la contradicción en la que se encontraba: de un lado, pretendía mantener las viejas estructuras dentro de una Europa sometida a radicales cambios, y de otro, se veía obligado a «adaptarse a las nuevas circunstancias y a organizar la defensa contra la revolución: encerrado en el dilema entre la voluntad de conservar una estructura de la sociedad y del disfrute del poder—político y económico—, y la imposibilidad de obtener los recursos necesarios para cumplir este objetivo sin tocar a esta misma estructura» (7).

La entrada en escena de la tercera clase no se hizo esperar, en cuanto se hizo consciente de la urgencia de la constitucionalización del Estado, que habría de realizar la juridización de la libertad política presupuesta y establecida. El resultado es el Estado de Derecho que carente de la vieja legitimidad se regiría por leyes y no por hombres (8).

El proceso de constitucionalización liberal en España adoptó especiales rasgos, debido a la concreta situación por la que nuestro

(7) FONTANA LÁZARO, J.: *La quiebra de la monarquía absoluta, 1814-1820 (La crisis del Antiguo Régimen en España)*, Barcelona, 1971, p. 69

(8) Vid. SCHMIDT, C.: *Legalidad y legitimidad*. Trad. de J. Díaz García, Madrid, 1971, pp. 3 y ss.; Vid. asimismo, DIETRICH, B.: *Función de las instituciones judiciales*. Trad. de M. Faber-Kaiser, Barcelona, 1971, pp. 227 y ss.; KÜHNLE, R.: *El liberalismo*. Trad. de M. Faber-Kaiser, Barcelona, 1971, esp. pp. 81 y ss.; FORSTHOFF, E.: *Traité de Droit...*, op. cit., esp. pp. 80 y ss., etc.

país avanzaba. La tercera clase no existía como tal, al menos suficientemente desarrollada para negar absolutamente el régimen que pretendía abolir. Todo ello supone el que a lo largo del XIX el proceso constitucional sufriera de la falta de densidad de la orientación constitucional de las múltiples normas fundamentales promulgadas en este período (9).

En este sentido la configuración progresiva que lentamente va adquiriendo la Jurisdicción, en cuanto elemento constitucional nutrido no del poder del Estado, sino más bien en el Estado, ha de entenderse mediatizada directamente por el mismo proceso histórico-constitucional.

Claro índice de lo dicho es tanto la diversa influencia francesa o americana, como la variada naturaleza que se le adjudica: se habla de poder judicial, de orden, de potestad, de función (10), no sólo de modo selectivo sino mezclando e interfiriendo los términos citados. Lo importante es que esta multivocidad trasciende del ámbito de la mera cuestión terminológica; la utilización de un término con preferencia a otros supone intentos distintos de configurar la posición de la Jurisdicción en la orgánica constitucional y por supuesto su funcionalidad.

Al analizar la Constitución de Cádiz nos pronunciamos por calificar a la Jurisdicción, tal y como en ella y en su esbozado desarrollo se presenta, como potestad; calificación que se ha de mantener pese a la utilización posterior de la expresión «Poder judicial» (11).

En nuestra opinión, la utilización del término «Poder judicial» no es correcta, ya que este «poder» es en todo caso poder jurídicamente establecido, poder instaurado por la Constitución, poder en el Estado (12)—nunca del Estado—, legitimado por aquélla, que lo define

(9) *Vid.*, a este tenor, y cfr. con el panorama expuesto por POSADA, A.: *Tratado de Derecho político*, Madrid, 1935.

(10) La utilización indiscriminada de todos estos términos aparece en gran parte de los autores decimonónicos.

(11) *Vid.* los trabajos del profesor FAIREN GUILLÉN, V.: *La potestad jurisdiccional*. Comunicación presentada a las VIII Jornadas de Profesores de Derecho Procesal, Valencia, 1972, así como: *La recepción en España del recurso de casación frances (1812-1813)*, y *Las relaciones entre el Poder Legislativo y el Judicial y las infracciones a la Constitución de 1812 (En torno al caso Fitzgerald)*. Ambos en «Temas del Ordenamiento Procesal», op. cit., I, pp. 195 y ss., y 171 y ss. También, PEDRAZ PENALVA, *Formación de la Jurisdicción*, op. cit.

(12) Esta expresión es utilizada por MONTERO RÍOS: *Breves indicaciones acerca de las nuevas leyes relativas al Derecho Penal y organización del poder judicial*. Discurso... «Rev. Gral. de Leg. y Jurisp.», t. XXXVII, 1870, pp. 241 y ss., al decir (refiriéndose a la orgánica procesal que se pretende instaurar): «Todo ello con-

legalmente. Que es poder jurídico, es claro en tanto en cuanto constituye, además, socialmente derecho.

Por potestad entendemos la competencia constitucionalmente establecida; frente a ello, poder implicaría el ejercicio activo tanto desde el punto de vista subjetivo, infraestructurado en la fuerza social que lo mantiene, como desde el punto de vista objetivo—desde la efectividad de su acción—. El poder como tal se manifiesta y define desde su propio ejercicio (en la medida en que actúa como tal). La potestad es el ámbito de acción del poder constitucionalmente definido, lo que ya implica su determinación formal, orgánica, dentro de las respectivas competencias de la orgánica constitucional, así como en relación a los objetivos establecidos. Naturalmente entre competencia y propio poder hay una zona indefinible, ya que al fin y al cabo la competencia es la legalización del poder, así como el poder es la legitimidad de la competencia, y ésto es fácilmente visible en sociedades sistemáticamente aún no cerradas y donde su estructuración político-social general es de tránsito, es decir, no está consumada; mientras que actualmente, por ejemplo, competencia y poder se identifican por la misma societización en la que el poder social no existe, y no tiene más cauce que la competencia establecida (13).

En la Constitución de Cádiz se habla sólo de potestad porque se está gravando aún la nueva sociedad con elementos propios de la vieja idea, pero sin ser conscientes del distinto matiz de las fuerzas sociales y desde luego del particularismo que albergaría esta nueva concepción que precisamente da origen a la idea de una fuerza social que actúa públicamente, aunque *per se* no lo sea. Esto es evidente si se considera el diferente carácter que tiene la representación en el viejo y en el nuevo régimen: en el primero, la publicidad es representativa, simple señal de *status* (14), mientras que en el nuevo, la representación es pública y liberalmente general y la fuer-

---

tribuyó a organizarlo, dándole una estabilidad completa (al judicial). Gozará de una inamovilidad bastante para permitirle funcionar libremente. Será, en fin, un verdadero poder *en* el Estado (subrayado por nosotros), que llevará en sí mismo la razón y los medios de su existencia». De todas formas, este «optimista» discurso es bueno. Cfr. PRIETO-CASTRO, L.: *El Autogobierno de la magistratura*. Ponencia a la VI Reunión de Profesores de Derecho Procesal, Madrid, 1970.

(13) Vid. sobre este punto, PEDRAZ PENALVA, *La jurisdicción en la teoría de la división de poderes de MONTESQUIEU*, próximo a publicar en el libro-homenaje al profesor Prieto-Castro.

(14) Vid. HABERMAS, J.: *Strukturwandel der Öffentlichkeit*. Neuwied und Berlin, 5. Aufl. 1971, pp. 19-20.

za social necesita para organizarse políticamente, un cauce constitucional que le es ajeno para poder representar.

La Jurisdicción es potestad judicial porque es medio, y precisamente medio no general como el ejecutivo, sino medio de controversia, no tanto respecto de antiguo y nuevo derecho, en cuyo caso queda definida por el principio de legalidad al que también se somete el ejecutivo; sino sobre todo entre intereses distintos del nuevo derecho; nuevo derecho que lógicamente ha de contar con el poder real que aún se mantiene.

En todas las Constituciones se dice que la Justicia se administrará en nombre del Rey; y ello subsiste en el artículo 1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el artículo 29 de la Ley Orgánica del Estado («... Será administrada en nombre del Jefe del Estado...») (15). Esta expresión es interpretada en el sentido de que toda la Jurisdicción emana del Príncipe, «a quien se considera como fuente de la Justicia y del orden judicial, principio proclamado constantemente en nuestros códigos... y considerado en los últimos tiempos como un axioma de doctrina constitucional. Así es que la Justicia se administra en su nombre (16); que en su nombre también se encabezan las ejecutorias y provisiones de los tribunales superiores; que le está cometida la pronta y cumplida acción de la administración judicial, que indulta a los delincuentes; que nombra a los jueces y magistrados, y que les somete al fallo de los tribunales». En general, otros autores, TAPIA (17), LASTRES (18), sin llegar a una tan prolija expli-

(15) Vid. DUMONT, E.: *De la organización judicial y de la codificación* (extractado de varias obras de J. BENTHAM), Madrid, 1845, cap. III: «A nombre de quien debe ser administrada la justicia», pp. 15 y ss., en donde critica la administración de Justicia en nombre del Rey, calificándola de inadecuada a los nuevos principios; critica específicamente la consideración del Rey como «fuente de la Justicia» —expresión utilizada por nuestros autores del siglo XIX—, al considerarla como «un resto de la barbarie feudal». GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, en *Derecho procesal civil*, Madrid, 1975, t. I, pp. 50-51, la interpretan, en unión del art. 2. LOPJ: «La potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponderá exclusivamente a los jueces y tribunales», con un doble alcance: «por un lado, reserva al Estado la función jurisdiccional, frente a lo que no es el Estado; por otro, dentro de lo que constituye ejercicio de la soberanía del Estado, atribuye esta función a unos órganos determinados, frente a otros órganos del propio Estado».

(16) Así, GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN: *Tratado Académico-forense de los procedimientos judiciales*, Madrid, 1861, t. I, en la p. 71 cita al Fuero Viejo de Castilla, Ordenamiento de Alcalá, Leyes de Toro y Constitución de la Monarquía. Ello nos hace pensar, dada la pervivencia de esta expresión, en la justeza de nuestra interpretación.

(17) TAPIA, E.: *Febrero (Novisimamente redactado)*, Madrid, 1845, t. V, p. 53.

(18) LASTRES, F.: *Procedimientos civiles, criminales, canónicos y contenciosos-administrativos*, Madrid, 1895, p. 17.

cación como la recogida por GÓMEZ DE LA SERNA, coinciden en lo fundamental, es decir, en que «la suprema jurisdicción en lo civil y criminal sólo reside en el Rey» (19), que «toda la jurisdicción emana del Rey en cuyo nombre se administra la justicia» (20). Si la justicia se administra en nombre del Rey, se legisla en todo caso con el Rey. El Rey supone esa tradición (y éste es el significado que damos a los textos recogidos) de última instancia toda del ciudadano para defender sus derechos. El Rey permanece en todo caso como última autoridad, y si bien se somete a la constitucionalización moderna, se mantiene, sin embargo, como última instancia decisoria a través de su prerrogativa, de la cual es índice el derecho de gracia.

Es preciso tener en cuenta que la autoridad del Rey depende de un viejo régimen de derecho personalista de carácter comunitario, no objetivo, no definido generalmente..., etc.; y esta capacidad de disposición particular sobre las personas, negativamente se les veta por la Constitución, aunque positivamente permanezca aún en el derecho de gracia.

IV. ¿Qué es pues la potestad jurisdiccional? En nuestra opinión es una competencia que carece de poder social, cuya capacidad deriva de la propia Constitución y cuya definición constitucional viene exigida precisamente por el carácter de medio del nuevo derecho, protegiéndose así de la anterior vinculación inmediata, total del Rey; ahora bien, subsiste, aunque determinada constitucionalmente, la dependencia a la última instancia concretada por el Rey como garantía de los derechos subjetivos—en cuanto que el papel que se le adjudica al monarca; no sólo es el de continuación del Estado, sino también el de moderación a través de su posición, al menos teóricamente por encima del juego de los partidos.

La potestad jurisdiccional no es poder social real, es sólo competencia en nombre del Rey como instancia suprema pero ya constitucionalizada (21).

(19) TAPIA, op. y loc. ant. citados.

(20) Cfr. TAPIA: Febrero, op. y loc. anteriormente citados.

(21) BECEÑA, F., en su libro *Notas de Derecho procesal civil*, Madrid, Litografía E. Nieto, 1932, pp. 176 y ss., recoge una interesante argumentación tendente a demostrar que «el órgano jurisdiccional» carece de carácter político, ya que no posee las condiciones necesarias para que tuviera tal carácter, cuales son las de: «el derecho de iniciativa legal y la posibilidad de paralizar la acción de los demás poderes». También demuestra que tampoco es un órgano soberano (desde el punto de vista político, ya que sí cabe pensar, al referirse al órgano juris-



Decimos que la Jurisdicción es competencia (22), y no órgano, porque aún no está totalmente hecha (23); está todavía dependiendo tanto de una estructuración efectiva que no se corresponde con las pretensiones—ideológicas—plasmadas legislativamente, como de su ámbito real, puesto que éste sólo tiene por el momento una caracterización orgánica; o sea, el ámbito de la Jurisdicción se está definiendo aún en contraposición al del ejecutivo y legislativo, no estando además suficientemente creado y definido porque los únicos objetivos son los derechos fundamentales, definidos negativamente (en cuanto que no aparece muy clara su trascendencia) y carentes todavía de la concreción legal (privada) que más tarde aparece legislativamente y es impuesta por el poder constituyente burgués (esta consideración parece evidente si se tiene en cuenta que, como es sabido, la codificación civil no tuvo lugar en nuestro país hasta finales de siglo y que, cuando se verifica la potestad jurisdiccional pasa de competencia a verdadero órgano del Estado).

La Jurisdicción es mediación de poder con fines. Pero como el poder sufre las limitaciones de su lucha constitucional en el Estado liberal y sus objetivos no aparecen definidos en el Código Civil, la Jurisdicción pasa a ser un elemento más propiamente constitucional; pero no un medio definido ya como órgano, sino en la medida en que se consolida la constitucionalización liberal y de la consecuente solidez de la orientación constitucional de la Ley Fundamental del Estado, lo que en España no existe en general durante el xix, ya que los partidos actúan en la medida de su capacidad constituyente: un nuevo partido da lugar a una nueva Constitución, y supone

---

diccional, en una soberanía puramente jurídica). Termina—p. 179—afirmando que su posición constitucional «es la de un órgano autónomo que no es político, pero que es la más afectiva garantía de la ejecución de los derechos de los ciudadanos». Cfr. con FAIREN: *La potestad jurisdiccional*, op. cit., pp. 38 y ss.

(22) La diferencia entre el concepto procesal de competencia y el sentido y significado con el que empleamos aquí nosotros este término es claramente remarkable. Competencia desde el punto de vista procesal está inserto en un contexto normativo, positivamente hablando en el sentido moderno. Es, pues, una figura positiva netamente jurídica que tiene otro contexto y otra acepción. El uso del término competencia, en nuestro caso, está planteado en un contexto político-público (constituyente), ya que la jurisdicción no se abre paso en un Estado dado, sino en un Estado que se hace y que origina al tiempo esta Constitución. Es competencia pública que naturalmente deriva muy imprecisamente del trasfondo legitimador que existe y realiza. Tiene, pues, en el ámbito público, un contexto constituyente más o menos impreciso, indeterminado, según el juego de los poderes que están abriendo paso a la nueva legitimidad.

(23) Vid. la crítica que hace PRIETO-CASTRO en *El Autogobierno de la magistratura*, op. cit., pp. 4 y ss., así como la de GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, Madrid, 1968, p. 17.

el cambio prácticamente total de todos los funcionarios no «depurados», cosa que como sabemos sucedía frecuentemente con los jueces y magistrados (24).

La independencia de la Jurisdicción hay que entenderla en la medida en que no participa políticamente; es decir, no es poder constituyente sino instrumento de constitucionalización; independencia cuyo sentido y significado se entronca en los presupuestos de la división de poderes y generalidad de la ley, orientándose a garantizar la previsibilidad de la actividad del Estado. El problema es que exige el sometimiento a la ley (25), mientras que en este momento se proclama el sometimiento del juez al Derecho, cuya inidentificación con la ley es lógicamente clara (26), lo que origina lo absurdo de toda pretensión de neutralidad como calificativo de la Jurisdicción; pretensión que se muestra como ilusoria si se considera que de forma alguna se ha eliminado la posibilidad de intervenciones arbitrarias, tanto por parte del monarca como de los partidos, así como también dado el carácter constitutivo social que la Jurisprudencia tiene en este período, reforzado por la pertenencia social de

---

(24) Vid. en este sentido el Real Decreto de 22 de septiembre de 1837, por el que se creó una Junta para auxiliar al Ministerio en el arreglo del personal de los Tribunales, tendente a coordinar el principio de la inamovilidad judicial (artículo 68 de la Constitución de 1837), garantizado legalmente, con gran diferencia de como aparecía en el artículo 44 del «Proyecto Isturiz», con los planteamientos constitucionales, y resultando de dicha coordinación la necesidad de «una depuración política de los jueces». En *Crónica de la codificación española: I. Organización judicial*, Madrid, 1970, p. 29. GARCÍA GOYENA: *Febrero*, Madrid, I, Boix Editor, 1842, t. V, pp. 194 y ss., y 199 y ss., recoge las incidencias que, a consecuencia de la expatriación de María Cristina, produjeron sobre la inamovilidad judicial el cambio político originado, pudiéndose, en general, marcar una tendencia concretable en que se consideraba a la inamovilidad —recogida como principio constitucional—, siempre a partir de la instauración del nuevo régimen, cualesquiera que fuese la posición política, barriéndose literalmente a todos los que habían sido nombrados por el régimen anterior. En esta línea, GARCÍA-GOYENA dice que en septiembre de 1840 hubo un pronunciamiento, y casi la mitad de los jueces fueron lanzados de sus plazas a título de suspensión, que se convirtió en cesantía. Vid. concretamente p. 201.

(25) Sometimiento a la ley que constituye el presupuesto de las posibilidades para que el judicial cumpla su tarea. Vid. SCHMIDT, E.: *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, Teil I, 1964, § 457, p. 261; SCHÖNKE, A.: *Zivilprozessrecht*, Karlsruhe, V. C. F. Müller, 1956, pp. 64 y ss.; PRIETO-CASTRO, L.: *Derecho procesal civil*, parte 1.ª, Madrid, Edit. «Revista Derecho Privado», 1972, p. 71, etc.

(26) Vid. entre otros a GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, imp. de la «Revista de Legislación», 1857, pp. 188 y ss., dice: «La ley sólo... no constituye el derecho; la costumbre es parte esencial de él...». Vid. sobre este punto lo que exponemos en el trabajo citado: *La jurisdicción en la teoría de la división de poderes* de MONTESQUIEU.

los legitimados para emitirla: la neutralidad no significa más que el momento político de la Constitución, sin duda resultado del poder revolucionario originario y permanentemente activo, cada vez más burguesamente liberal.

En cuanto aparecen los partidos, la potestad jurisdiccional surge caracterizada con leyes extraconstitucionales, como fácilmente se advierte en el hecho de que, proclamado en todas las Constituciones el principio de la inamovilidad judicial, en la realidad se empieza, sin embargo, a contar siempre a partir de la instauración del nuevo partido, y consecuentemente de la nueva Constitución. De esta forma el partido no sólo constituye sino que instrumentaliza a la Jurisdicción fuera de la Constitución.

España no presenta a lo largo del xix una evolución constitucional de orientación directa en el sentido liberal, porque faltan las fuerzas liberales suficientemente desarrolladas para mantener una orientación liberal. Hay vaivenes entre partidos cuyos principios se caracterizan fundamentalmente porque no postulan intereses privados, esto es, no derivan del pragmatismo históricamente vigente, sino que se aferran a concepciones absolutamente totales que se muestran en consecuencia inconciliables.

La necesidad de una racionalización formal se presenta doblemente necesaria durante el xix: de un lado, en cuanto que por los propios presupuestos liberales la intervención en la esfera de la privaticidad (27) sólo podía verificarse sin alterar la armonía social «natural» y, de otro lado, para evitar no ya la alteración de dicha armonía, sino para fomentar la creación de esa privaticidad. Todo ello se pretende conseguir a través del mantenimiento de unas garantías y fundamentalmente mediante el control formal de la actuación judicial, revelada como instrumento esencial de creación y protección del Derecho objetivo, reconocido legalmente como el medio por excelencia para acelerar desde la Constitución el proceso liberalizador.

Se nos presenta de modo manifiesto la comprensibilidad de esta configuración de la potestad jurisdiccional, en cuanto que su neutralidad exigiría la previa existencia de una legalidad cuyo mante-

---

(27) Por privaticidad, y siguiendo a JUAN MARTIN, A., de: *Diccionario de Ciencia Política*, Salamanca, Seminario de Ciencia Política, inédito, 1970, p. 128, entendemos: «El ámbito natural e individual de realización humana en contraposición a la acción estatal constitutiva social del Viejo Régimen» y existente al margen del mismo.

nimiento y desarrollo infraestructuraría la legitimidad de su función; no siendo así, lógicamente se proyecta desde su ámbito no general; esto es, desde la resolución del caso concreto se proyecta de modo general a través de esa jurisprudencia unificada que determina la vigencia y el sentido de la norma. Del material bibliográfico manejado (28) es fácil deducir que la defensa del Derecho objetivo no es estrictamente tal defensa, sino más bien selección, en defecto de una ley civil única, del material jurídico civil; apareciendo la actividad jurisprudencial, judicial en general, como seleccionadora «interesadamente» de una parte de tal derecho, provocando de este modo, a través de la aplicación —o sea, y como dijimos, de la determinación de la vigencia de una ley en perjuicio de otra u otras, y a través de la fijación de su sentido—, la formación de una juridicidad que, aceptada y proclamada como válida por los tribunales, va a ser base de la codificación civil. A este respecto la finalidad de la casación civil se concreta en la unificación de la jurisprudencia, entendida en el sentido no sólo de determinar el cómo ha de entenderse el derecho sino también de concretar cuál es o, mejor dicho, qué es derecho (29).

Ya a partir de 1870, y en base al creciente desarrollo liberal, casi plenamente conseguido, se consolida orgánicamente la instauración de la Justicia; institucionalización que ha venido favorecida por las propias características sociales de los jueces y magistrados (30).

(28) Vid. este punto tratado más ampliamente en el cap. V. de la Tesis doctoral citada, concretamente en el apartado: «El Tribunal Supremo y la instauración de la casación». La bibliografía, manejada en gran cantidad, puede ser ejemplarizada en *Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación, suprimida por el D. del Regente del Reino el 1.º de octubre de 1869*, «RGLJ», t. XXXVIII, 1871, pp. 5-187; apéndice VI: *Exposición dirigida al M. de Gracia y Justicia...*, «RGLJ», t. XXXIX, 1871, pp. 244 y ss.; apéndice VII: *Exposición elevada al Gobierno en 5-3 de 1862...*, «RGLJ», t. XXXIX, 1871, pp. 247 y ss.; «Exposición de los motivos y fundamentos» de las bases para las leyes de organización de tribunales del fuero común y enjuiciamiento criminal, «RGLJ», t. XXIII, 1863, pp. 315 y ss.; «Discusión» habida en el Senado sobre el dictamen de la Comisión relativo al proyecto de ley de bases para la reorganización de los tribunales..., «RGLJ», t. XXVI, 1865, pp. 388 y ss.; etc.

(29) Vid en este sentido una idea expresada por CALAMANDREI, en cierto modo asimilable a la expresada por nosotros, en: *La casación civil*, trad. de SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, Edit. Bibliográfica Argentina, 1945, I, vol. 2, p. 138.

(30) Es de muy reciente publicación el trabajo de TOHARIA, J.-J.: *El juez español. Un análisis sociológico*, Madrid, 1975, único estudio que conocemos en nuestro país. Sobre este punto vid. asimismo a DAHRENDORF: «Jueces alemanes. Una contribución a la sociología del estrato superior», en *Sociedad y libertad*, Madrid, 1966, pp. 165 y ss.; FEEST, J.: «Die Bundesrichter. Herkunft», en *Beiträge zur Analyse der deutschen Oberschicht*, Tübingen, 1964, pp. 146 y ss.; NEUMANN: «El cambio de la función de la ley en la sociedad moderna», en *El Estado demo-*

El determinar el origen social de los jueces españoles durante este siglo parece empresa arriesgada si se pretende dogmáticamente, pero hay datos suficientes para poder presumirlo. Que a principios del siglo XIX pertenecían a la minoría ilustrada, lo pone de manifiesto su actitud frente a las restauraciones legislativas absolutistas (31), a través de la utilización de su arbitrio; arbitrio judicial que se intenta recortar al máximo, como aparece en el Código Penal de 1848, con una doble finalidad: de un lado, conseguir una mayor sujeción del juez a la ley; de otro, paliar, al menos frente al exterior, el desprestigio de la Justicia provocado por la vigencia extraconstitucional de la movilidad. De todas formas ese arbitrio judicial no fue eliminado sino que más bien se controló a través de las personas que debían de ejercerlo. Es indudable que los miembros de la judicatura subsistentes después de las correspondientes «depuraciones», y los nombrados por un gobierno liberal—hablamos de la etapa en que se puede ya pensar en la existencia de una sociedad liberalizada—, pertenecerán al mismo estrato cuyos intereses, planteados legislativamente pero ya amenazados por la aparición del cuarto estado, han de defender.

V. Llegados a este punto parece necesario intentar sintetizar lo que nosotros entendemos por Jurisdicción, pese a que nuestro planteamiento se ceñía al análisis parcial de la «formación de la Jurisdicción» (32).

Una de las dificultades más importantes, al pretender decir qué es la Jurisdicción, radica en que los intentos conceptualizadores han surgido polémicamente; es decir, negando su pertenencia a la Administración se pretende afirmar su propia identidad. En esta línea,

---

*crático y el Estado autoritario*, Buenos Aires, 1968, pp. 30 y ss. Todos estos trabajos se ciñen al análisis del origen social burgués de los jueces alemanes. En este sentido, también ZWINGMANN: *Zur Soziologie des Richters in der Bundes-Republik Deutschland*, Berlín, 1966. Es bastante amplio el trabajo de PAGANI: *La professione del giudice*, Milano, I, 1969; sobre el origen social *vid.* concretamente pp. 145 y ss.

(31) Cfr. a este tenor a ANTON ONECA, J.: «El código penal de 1848 y don Joaquín Francisco Pacheco», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, 1965, esp. pp. 475-76; PACHECO: *El código penal concordado y comentado*, Madrid, 1888, 8.ª ed., esp., pp. 45-46; GARCÍA GOYENA: *Código criminal según las leyes y la práctica criminal vigentes, comparado y comentado con el de 1822, el francés y el inglés*, Madrid, 1843, esp. t. I, prólogo, pp. 10 y ss.; etc.

(32) Distinguiendo, pues, entre potestad jurisdiccional y función jurisdiccional

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO (33), arrancando del Estado, y más concretamente de su deslinde de la Administración, intenta «definirla» tratando de que encajen exhaustivamente todas y cada una de las actividades desarrolladas por el juez en todo tipo de procesos. En este sentido dice que la Jurisdicción: «es la función desenvuelta por el Estado para a) conocer, b) en su día decidir y c) en su caso, ejecutar la sentencia firme emitida con carácter imperativo por un tercero imparcial, instituido por aquél y situado "supra partes", acerca de una o más pretensiones litigiosas deducidas por los contendientes y canalizada ante el juzgado a través del correspondiente proceso en el que podrían haber mediado también actuaciones preliminares o asegurativas». Como puede verse en la nota 123 del citado trabajo, intenta el autor en él cubrir absolutamente todo, sin que, en nuestra opinión, resulte clara la distinción entre potestad jurisdiccional y función jurisdiccional (34). Al definirla dice: «lo que por Jurisdicción podría entenderse: (es la) *función...*»; claro está que la función configura al órgano, pero si, como él mismo acepta, la Jurisdicción es preciso contemplarla partiendo del Estado y se limita a analizar solamente el ámbito procesal—aun aceptando como es evidente que la potestad jurisdiccional se desenvuelve en el proceso—soslaya, en cierto modo, su propio origen, sus propios fines, independizando la norma procesal del carácter constituyente y constitutivo de su legalidad.

Podríamos intentar en su misma línea hacer un estudio de todas y cada una de las concepciones sobre la Jurisdicción, pero ello no sólo sería proceder contradictoriamente con lo afirmado, sino que caeríamos en el error de pretender ahistorizar el concepto, o más bien el significado de lo que pueda ser, unido al doble riesgo de pretender trascender el objeto de nuestro trabajo, y en consecuen-

---

(33) ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N.: *Notas relativas al concepto de Jurisdicción*, «Revista Iberoamericana de Derecho Procesal», 1972.

(34) ASÍ COUTURE, E. J.: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, op. cit., hace esta distinción señalando que, pp. 30 y ss., «no toda la función propia del poder judicial es función jurisdiccional. No lo es, por ejemplo, la llamada jurisdicción voluntaria. Tampoco toda función jurisdiccional corresponde al poder judicial...», lo que es indudablemente de gran importancia, pero que a fines diferenciadores no nos es preciso considerar. No entramos tampoco en la distinción que CARNELUTTI, F.: *Sistema del Diritto processuale Civile*, Padova, 1963, t. I, pp. 132-33, hace entre función jurisdiccional y función procesal, al estimar que sólo a través del proceso debe desenvolverse la función judicial (o sea, la realizada por el juez, titular mediato de la Jurisdicción).

cia improvisar unos resultados o conclusiones para los que en modo alguno hemos sentado bases.

Es relevante, al menos para nosotros, el hecho de habernos obligado a diferenciar dos etapas—más a efectos analíticos que históricos—artificialmente marcadas, cuales son: la de su formación y la de su vigencia.

Quizás utilizando las palabras de CALAMANDREI (35) podamos aclarar más fácilmente nuestras afirmaciones anteriores. Para este autor: «Del concepto de Jurisdicción no se puede dar una definición absoluta, válida para todos los tiempos, para todos los pueblos. No sólo las formas externas, a través de las cuales se desarrolla la administración de justicia, sino también los métodos lógicos de juzgar, tienen un valor contingente que no puede ser determinado sino en relación a un cierto momento histórico. Hoy, en las principales legislaciones de la Europa continental, el contenido de la función jurisdiccional no puede ser comprendido sino en relación con el sistema de la legalidad; y el nuevo código quiere ser precisamente una reafirmación de la Jurisdicción como *complemento y como instrumento de la legalidad*». La claridad de esta idea nos parece tan manifiesta que la hacemos nuestra en su totalidad, recalcando lo que se refiere a la «legalidad» ya que, dado el proceso de formalización de la ley liberal, y la estrecha vinculación ley-juez, habrá que hablar de ley, en su configuración liberal, y ley en el sentido vigente en este momento (36).

El respeto que nos inspira el profesor ALCALÁ-ZAMORA llega a hacernos dudar al esbozar nuestra crítica, pero somos de la opinión de que posiblemente por su «abstracción» o por su «sintetización», pueden aceptarse como más válidas, dentro de un momento histórico concreto,

---

(35) CALAMANDREI, P.: *Instituciones del Derecho procesal civil*, Buenos Aires, trad. Sentís Melendo, 1982, t. I, pp. 114-15.

(36) Sucintamente expuesto, podemos decir que cuando se afirma la verdad de la ley, equivalente a derecho, el juez es un mero autómatas, es decir, se limita a aplicar la ley; si la ley no es verdadera en cuanto que no cubre la totalidad de los supuestos socialmente regulables, el juez al interpretarla aparece en consecuencia como intérprete de la ley y que, por fin, si la instrumentalización orgánica procesal es muy amplia, efectuándose la pérdida del carácter formal: instrumental, de las normas procesales—llegando a materializarse—y produciéndose lo que ha sido llamado, aplicable a nuestra idea, «legitimación por el procedimiento», el juez aparece como creador de la norma, conculcándose así el principio de legalidad que formalmente, carente así de contenido, se sigue afirmando. *Vid.* a este tenor: LUHMANN, Niklas: *Legitimation durch Verfahren*, Berlin, 1969.

las «definiciones» de: «Realización del derecho objetivo», de WACH (37); la de RANIERI (38): «Derecho objetivo público del Estado» (debemos advertir que se refiere explícitamente a la Jurisdicción penal); la de REDENTI: «Aplicación de las sanciones y garantías previstas e impuestas en el Derecho» (39), etc. Hemos dicho que tal vez son más correctas, en cuanto que emitidas en distintos tiempos y/o lugares tratan de captar el rasgo predominante—presuntamente determinante—de la Jurisdicción, con el consiguiente riesgo de toda conceptualización sintética. Nos parece claro que esas clasificaciones de teorías subjetivas, objetivas, mixtas, etc., son encajables—lo que nos limitamos a apuntar aquí y en este momento—en tres periodos o etapas diferentes de la evolución del Estado, y consecuentemente del concepto de ley y de la función del juez-estratégicamente colocado en el ordenamiento jurídico.

A nuestro modo de ver la potestad jurisdiccional en España, y a finales del XIX, es simplemente un cauce orgánico transitorio de unos derechos del contenido social procedentes del Viejo Régimen a los que se presta, al desvincularlos de él, una generalidad objetiva. La Jurisdicción ha pasado de ser «Competencia», como se presenta en gran parte del siglo XIX, a ser «Órgano»; pero órgano del Estado liberal de defensa política revolucionaria, y casi al mismo tiempo conservadora al servicio liberal. Aparece la Jurisdicción como medio, lo que incluso podríamos generalizar, tanto en el Estado liberal, de los derechos aún no constitucionalizados de las ideas liberales, como ahora en la jurisdicción laboral de los derechos sociales actuales todavía no realizados.

La potestad jurisdiccional, en fin, es un órgano específico típico donde se plantea toda la problemática de un Estado con Constitución política definida, de un Estado de tránsito (40). Toda la labor legislativa decimonónica se orienta por lo tanto a «organizar» la Justicia, es decir, a instrumentalizarla orgánicamente, como órgano.

---

(37) WACH: *Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, 1885, pp. 3-9 y 313-314.

(38) RANIERI, S.: *La Giurisdizione penale*, Milano, 1930, pp. 104-112.

(39) REDENTI: *In torno al concetto di giurisdizione*, en «Scritti e discorsi Giuridici di un mezzo secolo. V. I., *In torno al Diritto Processuale*, Milano, 1962, pp. 227 y ss.

(40) Explicitar más claramente esta afirmación exigiría un desarrollo de todo lo tratado por nosotros en nuestro trabajo, *La Jurisdicción en...*, op. cit.. De todas formas, esta idea se expresa en KRAUSS, G.: *Die Gewaltgliederung bei Montesquieu*, en «Festschrift für Carl Schmitt», Berlín, 1959, pp. 103 y ss.



Tal y como ya indicamos, la «definición» que de la función jurisdiccional podríamos dar, para estos momentos, posiblemente la mejor sea la recogida en nuestras leyes, según las cuales sería: «La ejercida con carácter exclusivo por los jueces y tribunales, aplicando las normas jurídicas en los juicios civiles, penales y contencioso-administrativos, juzgando de modo inmutable y ejecutando lo juzgado» (41).

---

(41) Esta «definición», como se sabe, procede de las conclusiones, inspiradas y basadas en la LOPJ, adoptadas en las «VIII Jornadas de Profesores de Derecho Procesal», Valencia, 1972, con las modificaciones que a esta época podrían corresponder. Creemos que lo que el profesor FAIREN GUILLÉN, V., dice en: *El artículo 2 de la LOPJ y su puesta al día*. Comunicación presentada a dichas VIII Jornadas, es prácticamente aplicable, especialmente lo que se refiere a la utilización de la expresión «normas jurídicas», puesto que ya ley es distinto a Derecho, como resaltan muchos de los autores del XIX.

