

LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA EN LA LEY ORGANICA DEL ESTADO

I

EXÉGESIS DE LA LEY

Ocho artículos, integrantes del Título quinto, dedica la Ley Orgánica del Estado a formular las premisas constitucionales de la Administración de Justicia. Con los artículos 29 al 36. Su normativa puede sintetizarse así:

A) Principio de *independencia* de la función de administrar justicia por los Jueces y Tribunales en nombre del Jefe del Estado (artículo 29).

B) Para garantizar la independencia, se consagran los más rígidos principios de *inamovilidad* y *responsabilidad* (art. 29 en relación con el 34).

C) Principio de *libre acceso* a la administración de Justicia por parte de todos los españoles (art. 30).

D) Principio de *gratuidad* para quienes carezcan de medios económicos (art. 30).

E) Principio de *unidad jurisdiccional*, atribuyendo, exclusivamente, a Jueces y Magistrados la labor de administrar justicia (art. 31) sin más excepciones que las referentes a las Jurisdicciones Eclesiástica y Militar (art. 32).

F) Principio de *Inspección* reservada, con carácter exclusivo, al Presidente del Tribunal Supremo (art. 33).

G) Principio de *auxilio* a la justicia, con carácter obligatorio (artículo 36).

H) Concepto y funciones del Ministerio Fiscal (art. 35).

I) Anuncio de una Ley Orgánica de la Justicia con marcada tendencia a la *unidad jurisdiccional* (art. 35).

En cuanto a los principios de *independencia* y subsidiario de *gratuidad* ya fueron determinados en la Ley de Principios Fundamentales del Movimiento Nacional, de 17 de mayo de 1958 (Principio IX).

Como primer problema, de carácter general, se puede señalar la necesidad de esa Ley Orgánica de la Justicia que sustituya a nuestra vetusta legislación vigente que, ya en el año 1870, cuando se promulgó, lo fué con carácter meramente provisional, escrito sea sin desdoro a las excelentes cualidades que el citado texto legal tiene en relación con la dignidad de la misión cumplida.

No creemos necesario insistir, una vez más, en la importancia que la Justicia tiene como objetivo clásico de todo Ordenamiento jurídico, como fin propio y adecuado que se asigna al Derecho (1), aunque creamos necesario partir de la importancia de la Administración de Justicia en el Orden constitucional.

II

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL

En el sugestivo librito de Otto Bachof (2), se lee: Ley Fundamental y Poder Judicial: ya la expresión de «Poder Judicial» ha sonado escandalosamente a los juristas alemanes, así como a los mismos jueces, durante mucho tiempo, y aún hoy en día puede resultar chocante para alguno. Sin embargo, fué casi un credo jurídico que el juez debe limitarse a la aplicación de la ley mediante procesos mentales estrictamente lógicos y que debe abstenerse de propias decisiones arbitrarias; que está vinculado solamente al poder secular de la justicia reflejado en la ley, sin tener que representar ni practicar un poder social propio. No obstante, resultaría ocioso conformarse hoy todavía con tales ideas. Ya desde la superación del dogma de la falta de lagunas del ordenamiento legislativo, debido especialmente al célebre discurso rectoral de Tubinga e inaugural de Leipzig de Oscar Bulow sobre *Ley y Judicatura* (1885) (3), al no me-

(1) Cfr. JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *La idea de la justicia en la tradición filosófica del Mundo Occidental y en el pensamiento español*. Discurso de Apertura de Tribunales. Año 1946. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1946, págs. 29 y sigs.; y *La idea de la Justicia, hoy ¿Crisis? ¿Apogeo?* Discurso leído en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en 17 de diciembre de 1964, Madrid, Gráficas González, 1964, págs. 11 y siguientes, y el libro de R. AUBENAS y otros, editado por el Centre de Sciences Politiques de L'Institut d'Etudes Juridiques de Nice, *La Justice*, Presses Universitaires de France, París, 1961, págs. 11 y sigs.

(2) *Jueces y Constitución*, traducción de RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. Cuadernos Taurus, Madrid, 1963, págs. 11 y sigs.

(3) Cit. por BACHOF: *Jueces y Constitución*, ya cit., pág. 11.

nos conocido discurso de Tubinga de Gustav Rümelin sobre *Juicios de valor y decisiones arbitrarias* (1891) (4), al detenido análisis de Reichel sobre *Ley y Sentencia* (1915) (5), entre otros varios estudios se hizo evidente que en verdad el juez no ha correspondido nunca a la concepción de Montesquieu de un mecanismo de pura subsunción; que el Poder Judicial, el llamado tercer poder en el sistema de división de poderes, no ha sido nunca *en quelque façon nul*. Se ha reconocido que el Juez había tenido siempre, incluso bajo el imperio de un positivismo jurídico, una parte importante en la creación del Derecho; que no sólo la Ley, sino «Ley y Judicatura crean el Derecho para el pueblo» (Bülow) (6). Hoy sabemos que ya en toda interpretación judicial de una norma ha existido siempre, al mismo tiempo, un desarrollo de dicha norma, que cada valoración judicial ha implicado siempre un elemento de decisión auténtica y originaria sobre el ordenamiento jurídico. Isay (7) y Heck (8), entre otros, han proseguido estas investigaciones, y más recientemente, sobre todo Esser (9) y Wieacker (10), han señalado en qué medida tan considerable la fórmula de que el juez está sometido solamente a la ley aparece como algo ficticio en la realidad social: como una ficción porque, aparte del Derecho legislado, existen amplias zonas de Derecho contenido fuera de la ley, «máximas judiciales» que, por una parte, son obligatorias para el juez, el cual, por otra parte, participa decisivamente en su creación (11).

Ni los pueblos regidos autocráticamente, en que parece que los Tribunales han de gozar de menor independencia, ni el Derecho público en que por naturaleza ha de dejarse menos al arbitrio de los jueces, ni aún el Derecho canónico se sustraen al influjo de la Jurisprudencia (12). Por esto se ha afirmado que el verdadero Derecho no es el que el Estado formula, sino el que la Sociedad practica, vive y actúa; el que el Juez define en sus sentencias (13). Con razón se ha dicho que el iusnaturalismo ha de realizarse en la práctica a través del arbitrio judicial, como el positivismo se desarrolla por ministerio de la Ley (14).

(4) Idem.

(5) Idem.

(6) Idem, pág. 12.

(7) Idem.

(8) Idem.

(9) Idem.

(10) Idem.

(11) Idem, pág. 13, en donde se puede ver abundante bibliografía, nota 5.

(12) Cfr. FELIPE CLEMENTE DE DIEGO: *La Jurisprudencia como fuente del Derecho*. Imprenta el Adejantado de Segovia. Madrid, 1925, pág. 14.

(13) Idem, pág. 22, nota 1.

(14) Cfr. ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS: *El Derecho, valor de cultura*. Discurso

El principal problema que nos plantea la Administración de Justicia en el Orden Constitucional es el de la constitucionalidad de las leyes establecidas por un poder autoritario que el profesor Legaz Lacambra (15) estima posible mantener sin detrimento de la lógica de las cosas, la idea de un control jurisdiccional de las mismas. La mayor dificultad que cabe oponer no es de principio, sino puramente práctica: los Estados autoritarios actuales, en su mayor parte, o se hallan en período constituyente o no poseen una constitución «rígida» sino flexible; de esta suerte es difícil delimitar qué leyes tienen carácter de normas constitucionales y cuáles son de rango ordinario, por lo cual, siempre es posible que una ley que, en relación con cierta norma constitucional aparece como inconstitucional, sea considerada por el Poder precisamente como una ley constitucional que deroga a la anterior que se le opone.

Creemos, en resumen, que no es incompatible con la idea del Estado autoritario el atribuir a la jurisdicción la facultad de examinar la *constitucionalidad* de las leyes —supuesto, naturalmente, que exista en la práctica la posibilidad de distinguir entre *constitución* y *leyes constitucionales*, de un lado, y *leyes ordinarias* de otro—. Por otra parte, parece más conforme con la idea del Estado autoritario el encomendar esta función a la jurisdicción ordinaria y no a un órgano especial de justicia constitucional. Pues desde el momento que éste representa una desconfianza hacia los jueces ordinarios, constituye, quíerese o no, una concesión a la política, y en el Estado autoritario no cabe que ninguna instancia política pueda coartar subrepticamente la libertad del auténtico poder político. Encomendando tal misión a los jueces ordinarios, aparece acentuada la dimensión jurídica del problema como un caso particular de conflicto de leyes, entre las cuales debe prevalecer la de rango superior sobre la de categoría inferior.

El concepto de Leyes Fundamentales en nuestro Ordenamiento jurídico-político, aparece claramente perfilado en el artículo 10 de la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado que dispone que son Leyes fundamentales de la nación: el Fuero de los Españoles, el Fuero del Trabajo, la Ley constitutiva de las Cortes, la presente Ley de Sucesión, la del Referéndum Nacional y cualquiera otra que en lo sucesivo se promulgue confiriéndole tal rango. Este fué el caso de las Leyes, declaradas expresamente fundamentales, de 17 de mayo de 1958 que promulga los Principios del Movimiento Nacional y la Ley Orgánica del Estado, aprobada por referéndum en 14 de diciembre de 1966. Los artículos 59 y siguientes de la citada Ley Orgánica institucionalizan el recurso de contrafuero en defensa de la constitucionalidad de las leyes y crean un

de Recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en 28 de febrero de 1966 y contestación del profesor LEONARDO PRIETO-CASTRO, Madrid, 1966, pág. 41.

(15) *Filosofía del Derecho*. Editorial Bosch. Barcelona, 1953, págs. 520 y sig.

organismo jurisdiccional de carácter mixto y previo a la propuesta definitiva que es confiada a un Organismo político cual el Consejo del Reino, previo dictamen emitido por una Ponencia presidida por un Presidente de Sala del Tribunal Supremo de Justicia e integrada por: un Consejero Nacional, un Consejero Permanente de Estado, un Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia y un Procurador en Cortes, designados por la Comisión permanente de las instituciones respectivas y, en el caso del Tribunal Supremo, por su Sala de Gobierno. Dicho dictamen se elevará al Consejo del Reino con expresión de los votos particulares, si los hubiere.

El Consejo del Reino, presidido a estos efectos por el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, propondrá al Jefe del Estado la resolución que proceda (art. 62). En definitiva es, pues, el Jefe del Estado quien decide, definitivamente, sobre la constitucionalidad de las leyes. Si tenemos en cuenta que, con arreglo a la tradición jurídica española, el Jefe del Estado es titular de la potestad de juzgar (16), que ratifica la Ley Orgánica del Estado en su artículo 29, al prescribir que la Justicia «será administrada en nombre del Jefe del Estado, de acuerdo con las Leyes, por Jueces y Magistrados inamovibles y responsables con arreglo a la Ley», se captará inmediatamente la coherencia de estos principios, resultado lógico de la suprema potestad de juzgar que, en orden a la constitucionalidad de las leyes, con toda la serie de altas asistencias que la circunstancia requiere, resulte indelegable. Ello hace también que por más esfuerzos que se han hecho por los teorizantes del Derecho político no se ha podido hallar una fórmula eficaz que pueda sustituir a la famosa de Montesquieu de la división de poderes. Y no vale hablar simplemente de funciones, porque la función sin imperio es una pura entelequia. Quedaría reducida a declaraciones intrascendentes sin eficacia ni utilidad (17).

En orden a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes en relación a los casos concretos, también los Tribunales de Justicia desempeñan una importante misión a través de la Jurisdicción contencioso-administrativa. La Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de esta Jurisdicción, es tan avanzada que no solamente constituye la más completa garantía de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los ciudadanos en el campo administrativo, sino que probablemente no existe en el mundo actual una normativa más per-

(16) Cfr. ADOLFO DE MIGUEL GARCILÓPEZ: *El Ministerio Fiscal, Magistratura de Amparo*. Discurso de ingreso en el Instituto Español de Derecho Procesal. Contestación de CARLOS VIADA LÓPEZ PUIGCERVER, Madrid, 1955, pág. 19.

(17) Cfr. BALTASAR RULL VILLAR: *Organigrama ideal de la Administración de Justicia*. Conferencia pronunciada en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Artes Gráficas Marases. Madrid, 1964, págs. 9 y sig.; y SABINO ALVAREZ GENDÍN: *La Independencia del Poder Judicial. La especialización de los Tribunales contencioso-administrativos*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1965, págs. 59 y sigs.

fecta. No es esta la ocasión de estudiar esta Jurisdicción, bastándonos con poner de manifiesto la gran extensión que se le atribuye ya que su función revisora de la legalidad alcanza tanto al acto administrativo particular o general como a las disposiciones reglamentarias, entrando de este modo a fiscalizar la potestad legislativa de la Administración pública en sus distintas esferas. Además, esta jurisdicción se proyecta también sobre los actos discrecionales que hasta entonces, y en cuanto a su fondo se refiere, estaban excluidos de todo proceso administrativo. A diferencia de otros sistemas el que rige en España no exige que el recurso se base en motivos tasados, pues cualquier infracción del Ordenamiento jurídico puede servirle de fundamento. Así el artículo 83, párrafos 2.º y 3.º de la Ley, dice lo siguiente: «La sentencia estimará el recurso contencioso administrativo cuando el acto o la disposición incurriere en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. Constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados en el Ordenamiento jurídico». De este modo no sólo la infracción concreta de la Ley permite obtener una sentencia estimatoria y la anulación del objeto del recurso, sino también la infracción de cualquiera de los principios informantes del propio Ordenamiento.

En nuestra Jurisprudencia podemos señalar supuestos de admisión del recurso por el Tribunal Supremo en casos de contradicción de una Ley ordinaria con otra Fundamental, tales como el contemplado, entre otras, por la sentencia de 28 de marzo de 1960, de gran interés porque aunque dictada por la Sala de lo contencioso, se refiere a un caso de limitación de la propiedad. En Vizcaya un propietario repobló de árboles un terreno sin pedir autorización administrativa. La Jefatura Agronómica ordenó la corta de los árboles. Recurrida la Orden se anuló porque la Jefatura Agronómica no había acreditado que con otra forma de cultivo se obtuviese mejor rendimiento, lo que pugna con el reconocimiento y amparo de la propiedad privada (Principio X de la Ley de Fundamentales de 17 de mayo de 1958 y art. 30 del Fuero de los Españoles) que impiden que el intervencionismo estatal se desorbite en exigencias que no responden al cumplimiento de la función social que la propiedad tiene asignada. De esta forma quedó sin aplicación nada menos que una Ley, la de 5 de noviembre de 1940, y la Orden Ministerial de Agricultura de 27 de octubre de 1953. También en la sentencia de 25 de febrero de 1961 se aplicó directamente el artículo 3.º del Fuero de los Españoles (igualdad jurídica) anulando la Orden Ministerial que le trasgredía.

La doctrina de la pirámide jurídica de Kelsen es aceptada por nuestro Tribunal Supremo que, en sentencia de 3 de octubre de 1959 distingue, en primer término, el grupo de Leyes Fundamentales, seguido de las Leyes ordinarias, Decretos legislativos y Decretos-leyes, normas todas ellas que están excluidas del recurso contencioso administrativo a diferencia de las disposicio-

nes administrativas, impugnables directamente o en el acto de aplicación. Pero esto no significa, ni mucho menos, que la Ley ordinaria contraria a la Fundamental sea inatacable; por el contrario, puede y debe ser impugnada su aplicación, o lo que es lo mismo, se ataca la validez del acto jurídico adaptado a dicha Ley. Así, la sentencia de 21 de marzo d 1960 nos dice que debe acatarsé el orden jerárquico de normas que establece el artículo 17 del Fuero de los Españoles en relación con los artículos 7.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 5.º del Código civil, con la consecuencia obligada de la nulidad del precepto que infringe la Ley Fundamental. En definitiva, esta sentencia viene a declarar lo que ya estaba explícito en el artículo 3.º de la Ley de Principios Fundamentales: nulidad de las leyes y disposiciones de cualquier clase que vulneren o menoscaben dichos principios, síntesis de los que inspiran las Leyes Fundamentales. La misma doctrina de la seguridad jurídica, que como vemos afecta a las Leyes y no sólo a los Decretos y Ordenes, se recoge en las sentencias de 8 de abril de 1961 y en las de 25 de enero, 6 de abril y 25 de mayo, también del año 1961. Ahora bien, el efecto es distinto según se trate de leyes o preceptos administrativos. Respecto de estos cabe recurso directo contra los mismos y su anulación. Al hacerlo el Tribunal Supremo declara que nunca tuvo validez aquella disposición. Pero no se da recurso directo contra los preceptos inconstitucionales recogidos en leyes ordinarias. Sólo pueden ser impugnados los actos de aplicación, pero la Ley inconstitucional no se deroga por el Tribunal Supremo como ocurre con la disposición administrativa (18).

Vemos, pues, que en este orden no se puede incluir nuestro sistema entre los que el gran Carl Schmitt (19) llama de «Justicia política», sino que tiene un carácter mixto perfectamente definido.

III

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA JUSTICIA

Tan alta misión asignada a la Justicia, ha de ser garantizada por una serie de principios que, brevemente esquematizados, dada la limitación natural de este trabajo, vamos a exponer a continuación.

(18) Del trabajo inédito: *Posición de la Jurisprudencia ante las Leyes Fundamentales*, elaborado por el Seminario de Política del Derecho Privado que dirijo en el Instituto de Estudios Políticos y del que fué ponente JOSÉ ANTONIO RINCÓN ACOSTA.

(19) *Teoría de la Constitución* (Reimpresión). Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, s. f., págs. 155 y sigs.

1. *Independencia y responsabilidad*

No es la primera vez que he tratado de esta cuestión, y para evitar repeticiones innecesarias, tengo que remitir al lector a lo ya escrito (20) en relación con la Ley de Principios Fundamentales del Movimiento, de 17 de mayo de 1958, que también consagró este principio. A estas observaciones se remitió el ilustre maestro y Presidente de nuestro más alto Tribunal de Justicia, profesor Castán Tobeñas (21) en su trascendental estudio sobre esta Ley. Anteriormente, el citado maestro había dedicado un importante trabajo casi fundamentalmente a tratar el problema de la independencia del Poder Judicial (22).

Los principios de *independencia* y *responsabilidad* son determinados en el mismo art. 29 de la Ley Orgánica del Estado. El profesor Prieto Castro (23), no cabe duda de que se anticipó a esta regulación legal cuando, ya en 1955, escribía: Concentremos en uno sólo los dos principios de independencia y responsabilidad que hasta ahora se han venido estudiando y regulando en los ordenamientos positivos con separación. Independencia y responsabilidad son dos cualidades que deben concebirse como formando una unidad inescindible: el juez es independiente porque asume la responsabilidad de sus actos, y es responsable por ser independiente y porque su independencia no degenera en arbitrariedad.

No sólo los procesalistas, sino también los cultivadores del Derecho político y del administrativo, han dedicado preferente atención al estudio de la independencia judicial, como tema que nace en el terreno político y se desarrolla en el de la gobernación de los Estados. Extrayendo de la larga teoría de opiniones expuestas lo que en la ocasión presente pudiera sernos de utilidad, pondremos, ante todo, en tela de juicio la aspiración hacia el autogobierno de la Magistratura, la Justicia, como Poder separado. Si fuese hacedero ese deseo, teóricamente sólo nos preocuparía la independencia del juez frente a sus supe-

(20) Cfr. mi libro: *Problemas sociales y universitarios españoles*. Editorial Gómez. Pamplona, 1960, págs. 126 y sigs.

(21) *Perspectivas filosófico-jurídicas del pensamiento contemporáneo y de la Ley Fundamental española de 17 de mayo de 1958*. Discurso de Apertura de Tribunales de 15 de septiembre de 1958. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1958, págs. 73 y sigs.; y *Los Principios jurídicos del Régimen español (En torno a la Ley Fundamental de 17 de mayo de 1958)*. En el libro *El Nuevo Estado Español. 1936-1963*. Tomo I. Instituto de Estudios Políticos. Editora Nacional. Madrid, 1963, págs. 393 y sigs.

(22) *Poder Judicial e independencia judicial*. Discurso de Apertura de Tribunales de 15 de septiembre de 1951. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1951, págs. 8 y sigs.

(23) *Trabajos y orientaciones de Derecho procesal*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1964, pág. 683 y sigs.

riores, en sus cargos y en sus opiniones jurisdiccionales y, naturalmente, al respecto de los justiciables; el Gobierno y la administración, teóricamente, no contarían.

Hoy por hoy, a la Jurisdicción hay que contemplarla como actividad desarrollada junto a las otras de carácter jurídico del Estado: Legislación y Administración, funciones desligadas y distintas en la medida en que es posible llevar a la práctica el principio de separación de poderes, fundamento sobre que descansa la independencia judicial en una de sus facetas. Por tanto, insistiremos una vez más en afirmar que la Legislación no puede inmiscuirse en la Jurisdicción del modo como sería posible: dictando al Juez reglas sobre la aplicación de las leyes en cada caso concreto o para que resuelva mediante instrucciones o reglas impartidas a los inferiores en determinado sentido; porque aquella función tiene por objeto el crear normas abstractas, no el de decidir casos particulares (salvo excepciones que confirman la regla); como, a la inversa, los órganos superiores de la jerarquía judicial no pueden alterar su cometido casuístico por el de generalización para el ejercicio de la función jurisdiccional en cada proceso.

La defensa contra el Gobierno y la Administración la encuentran los Jueces en el sistema de nombramiento, ascensos, promociones, inamovilidad con la amplitud conocida y generosa retribución.

Pero con todas esas medidas se habrá alcanzado la independencia que podemos llamar formal, que remite a los Jueces, como única norma de conducta, a la Ley, al Derecho que deban aplicar y ejecutar. Es innegable un sistema donde se cumplan con drástico rigor y minuciosidad los preceptos que garantizan la independencia hasta aquí tratada, pero no por ello el Juez será necesariamente independiente. Los aludidos preceptos toman medidas para garantía de la Jurisdicción, hacen independiente a la Magistratura y, sin embargo, cada juez concreto puede que no actúe ni viva esa independencia.

Juez independiente sólo es el que, por su cultura jurídica, por su experiencia y carácter, por su vocación, por la satisfacción interior que sienta en el cumplimiento de su cometido y en el modo de concebirlo, pone al servicio de su oficio toda la voluntad y su entendimiento; pero también el que, además de esto, sienta el permanente estímulo de mayor perfeccionamiento, considerando la práctica cotidiana no como una rutina, sino como un caudal de experiencia que enseña y no desdeñando el contacto con los materiales de estudio, siempre renovados, que ayudan a la agilidad de la mente de quienes deben preservarla del embotamiento y cerrazón que provoca el constante trabajar casuista.

Ese es el juez no adocenado, al que sobran muchas de aquellas garantías formales y gana las que le hacen respetable ante la Sociedad y los justiciables.

Con razón escribió don Manuel de la Plaza (24) que el secreto de la independencia judicial, más que del establecimiento de un principio constitucional abstracto depende, en no pequeña medida, del modo como se refleje en las Leyes Orgánicas de la Magistratura, y aún, yendo algo más lejos, del respeto reverencial que para esas leyes tengan el Poder público. La actual norma constitucional que define como derecho de los justiciables la independencia de los juzgadores, viene ya estando traducida en las normas rectoras de la organización judicial mediante un sistema de garantías legales —de naturaleza política, técnica y moral— que diseñan claramente la función de la Judicatura en el conjunto armónico de las funciones del Estado y la defienden y amparan a un mismo tiempo contra la invasión ajena y contra las propias flaquezas (25).

No hay que olvidar, sin embargo, que como ha dicho Juan Vallet de Goytisolo (26), el Estado moderno ha querido tener el monopolio de la interpretación, que en el Derecho romano clásico y en el Derecho común habían desarrollado juristas y jueces. Luis XIV, en 1667, prohíbe a los jueces todo comentario de la Ley y que se apoyarán en prácticas jurídicas anteriores, y, de igual modo, un siglo después, Danton afirma que «el Juez es el siervo de la Ley». Le Chapelier califica la jurisprudencia de los Tribunales como la más detestable de todas las instituciones, y Robespierre proclama que la expresión jurisprudencia de los Tribunales es una frase vacía, porque no puede expresar más que la Ley misma; y, más tarde, Napoleón —la Revolución a caballo, como se autodefinió— estimó *suspect d'ideologie subversive et principe d'anarchie* todo intento de interpretación de su Código.

El sistema imperial romano partía del supuesto de la inexistencia de la sentencia que contuviese defectos sustanciales o infracciones manifiestas de las constituciones o las leyes; ni que la mayoría de las legislaciones medievales y el Derecho canónico siguieron un sistema mixto, que armonizó este sistema romano con el germánico en la validez formal de la sentencia, distinguiendo una nulidad absoluta *ipso iure* y otra convalidable. Criterio que vemos, verbigracia, en las excepciones de nulidad reguladas en las Constituciones catalanas dadas por Jaime II en las Cortes de Lérida de 1301 y por Pedro el Ceremonioso en las de Monzón de 1363. Hoy, en cambio, el Derecho es el derivado de los ideólgos de la Revolución francesa, a través de los *referés*, inicialmente creados para vigilar la infracción de las leyes por los Tribunales de Casación, cuyos fallos son inapelables.

(24) *El sentido de la Justicia en la España contemporánea*. Edición separada de la revista *Arbol*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1958, pág. 6.

(25) *Idem*, págs. 7 y sigs.

(26) En el Discurso de contestación al de ingreso de José María Pemán en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en 16 de enero de 1967, que lleva por título: *La idea de Justicia en las letras clásicas españolas*. Escelicer. Madrid, 1967, pág. 45.

En verdad que ante esta situación la Ley ha dejado de ser el poderoso y auténtico símbolo de libertad de otro tiempo para convertirse casi en un instrumento de auténtica opresión; el ciudadano se siente cada vez más víctima que beneficiario de la Ley, y, lejos de buscar protección en ella, la busca contra ella; el ciudadano siente la esclavitud de la Ley. En la misma medida en que paulatinamente se logra la identificación entre Estado y Sociedad, que ha sido señalada como una consecuencia del creciente intervencionismo estatal, se produce un divorcio cada vez más intenso entre el Estado y el individuo, y al presentir éste el socavamiento de su libertad individual, experimenta una reacción en el sentido de supervalorar el sistema de protección jurídica de sus derechos frente a aquella acción totalizadora y absorbente, y vuelve sus ojos confiadamente hacia el Poder Judicial que aparece como último baluarte de defensa de su libertad y de sus derechos. Es significativo, a este respecto, el que la Constitución francesa de 1958 defina precisamente a la autoridad judicial como la salvaguardia de la libertad individual (27). No obstante hay que tener en cuenta, como dice el profesor Manuel Jiménez de Parga (28), que el postulado de la independencia judicial —solemnemente proclamado por el artículo 64 de la Constitución— se desdibuja bastante por el hecho de que todos los miembros del Consejo Superior de la Magistratura francesa (menos uno, que es el Ministro de Justicia) son nombrados por el Presidente de la República, cosa que no ocurre en nuestra Patria con el Consejo Judicial de formación automática y electiva, creado por el artículo 11 de la Ley de 20 de diciembre de 1952. Sus atribuciones fundamentales son las de formular propuesta al Gobierno en forma de terna para nombramientos de Magistrados del Tribunal Supremo e informar la aptitud para ciertos nombramientos y ascensos de funcionarios judiciales en los casos establecidos en las disposiciones orgánicas. No insistimos más sobre esta institución por haber sido ya suficientemente tratada en este aspecto (29).

En definitiva, y para terminar la exposición de esta parte, hay que concluir, con el maestro Castán (30), que el planteamiento de las reformas que los ideales de la independencia judicial aconsejan es un problema de política,

(27) Cfr. LUIS MOSQUERA SÁNCHEZ: *El Poder Judicial en el Estado de nuestro tiempo*, en «Revista de Administración Pública». Instituto de Estudios Políticos. Madrid, enero-abril 1965, núm. 46, pág. 75; y ALVAREZ GENDIN: *La Independencia del Poder Judicial*, ya cit., págs. 87 y sigs.

(28) *Los Regímenes políticos contemporáneos. Teoría General del Régimen. Las grandes Democracias con tradición democrática*. 3.^a edición. Editorial Tecnos. Madrid, 1965, pág. 233.

(29) Cfr. el libro en el que colaboré con una serie de juristas españoles: *España, Estado de Derecho*. Servicio Informativo Español. Madrid, 1964, pág. 107 y sigs.

(30) *Poder Judicial e independencia judicial*, ya cit., págs. 65 y sig.

sujeto como tal a criterios de oportunidad y prudencia. No hay que olvidar que la ruta evolutiva gradual es siempre la más segura para instaurar reformas que arraiguen y perduren.

El autogobierno de la Judicatura es la meta, la solución última y más perfecta, pero hay que prepararla con mucho cuidado. Beceña la consideraba en su tiempo prematura (31). Sin duda hoy cuenta con condiciones ya más favorables. Pero todavía representa un ideal quizá no inmediato, subordinado a una serie de realizaciones progresivas, de tipo judicial algunas de ellas y de tipo general otras. Ha de ser dicha solución algo así como el coronamiento de una organización judicial cuyo centro de gravedad sea el elemento humano, constituido por generaciones de buenos jueces, de jueces cabales. El basamento del edificio ha de ser la formación del personal, hoy confiada a la Escuela Judicial, en la que tantas esperanzas hay cifradas (32).

La tarea de los redactores de la futura Ley Orgánica de la Justicia que anuncia el artículo 31 de la Fundamental, que comentamos, deberá refundir los preceptos dispersos en la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, Código penal, Decretos orgánicos, Ley especial de Funcionarios de la Administración de Justicia, etc., bajo las siguientes bases, que nos ofrece el profesor Prieto Castro (33):

a) La independencia de los jueces en su función es una exigencia suprema. Para que se lleve a efecto, la Ley ordenará un sistema completo de garantías.

b) La independencia formal de los jueces no alcanza su plena validez si no va acompañada de la independencia que se granjea la propia persona.

Intimamente ligado con el principio de *independencia* lo está el de *responsabilidad*. Su trascendencia reside en el hecho de que el Juez, a fuer de independiente y de no sometido a más poder que la ley, es como la continuación de esta misma, y lo que él expresa de la misma es lo que vale. El Juez únicamente sometido a la Ley, y, al final, el órgano (Tribunal Supremo, Tribunal de Casación) que pronunciasse la última palabra, sin posibilidad de

(31) *Magistratura y Justicia. Notas para el estudio de los problemas fundamentales de la Organización judicial*. Victoriano Suárez, Biblioteca de Derecho y de Ciencias Sociales. Madrid, 1928. pág. 415.

(32) Sobre Escuelas Judiciales, cfr. el artículo de LUIS MOSQUERA SÁNCHEZ: *El Poder Judicial en el Estado de nuestro tiempo*, ya cit., pág. 90, y JOSÉ RODRÍGUEZ DEL BARCO: *Compendio de Derecho judicial. Organización de Tribunales*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1962, págs. 159 y sigs.

(33) *Op. cit.*, pág. 688.

que nadie pudiese argüir que la Ley no decía ni quería lo que la sentencia dice y quiere, serían —como dice el profesor Prieto Castro (34)— un peligro gravísimo, capaz de llevar a la más odiosa de las tiranías. Por esto, la responsabilidad judicial es la más valiosa defensa del Derecho, de los ciudadanos y de la función jurisdiccional.

En materia de responsabilidad de los jueces hay que distinguir la profesional y la jurisdiccional. La primera es la exigible por el mero hecho de ser jueces, abstractamente, sin contemplación al ejercicio de su poder jurisdiccional en el caso concreto, nacido por la inobservancia de prohibiciones o por el incumplimiento de deberes en el servicio. La responsabilidad jurisdiccional, diversamente, es aquella en que pueden incurrir al realizar sus funciones de esta clase conociendo de un caso concreto, y se manifiesta en el orden disciplinario, en el civil y en el penal. Todas ellas, incluso la profesional, persiguen la pureza de la función; pero trascendente de modo directo a los justiciables es sólo la jurisdiccional en sus tres modalidades, según pasamos a ver.

Por el modo de estar regulada la responsabilidad disciplinaria jurisdiccional —al menos en el Derecho español—, aparece ésta como interna a los Tribunales, sin repercusión al exterior y no exigible por los litigantes interesados. En efecto, según nuestro Derecho, la averiguación o advertencia de casos que pudieran ser determinantes de responsabilidad disciplinaria jurisdiccional compete a los magistrados ponentes y jueces con funciones de apelación (faltas que hayan observado en la sustanciación de la primera instancia) y a los magistrados ponentes en recursos de casación (anormalidades que perciban en la sustanciación de ambas instancias) a la Inspección de Tribunales, al Ministerio Fiscal y a los Secretarios judiciales. Es pues, una responsabilidad tutelar del *ius iurisdictionis*.

En cambio, la responsabilidad civil y la penal (sobre todo la primera) protege el *ius litigatoris*, porque está encaminada a perseguir el daño y el perjuicio que la actuación jurisdiccional en el caso concreto haya producido al litigante interesado en él. La exacción de una y otra, sabemos que en casi todos los países, se halla sujeta a requisitos muy rigurosos, y concretamente la penal exige uno especial de procedibilidad; la iniciativa ha de partir con exclusividad, del sujeto interesado; los órganos judiciales, salvo que se hallasen ante un caso de denuncia necesaria (*notitia criminis* obligatoria), no promueven, directa ni indirectamente, la exacción de estas responsabilidades.

El profesor Alvarez Gendín (35) después de tratar la triple responsabilidad de los jueces: disciplinaria, penal, civil y patrimonial del Estado por erro-

(34) *Op. cit.*, págs. 685 y sigs.

(35) *Independencia del Poder Judicial*, ya cit., págs. 121 y sigs.

res judiciales, señala la serie de normas positivas que la regulan, dispersas a lo largo de multitud de leyes y reglamentos que la nueva Ley Orgánica de la Justicia tendrá que sistematizar, bajo las directrices señaladas por el profesor Prieto Castro (36), que podrían encontrarse dentro de la misma Magistratura. Esta debería proceder, para la responsabilidad civil y penal de sus componentes, con método análogo al que se sigue en la imposición de sanciones disciplinarias, o sea, apreciando *ex officio* la existencia de casos que podrían originar responsabilidades exigibles y que se entendiese cumplido el requisito de procedibilidad, simplemente por expresar el Tribunal superior un criterio favorable, señalando o no la vía que correspondiese. Las fundadas objeciones antes opuestas al sistema de iniciativa directa y exclusiva de los particulares, perderían base, y Jueces y justiciables podrían quedar tranquilos, cada uno en el sitio que le corresponde, cuando de las exacciones de responsabilidad se trata. Sobre todo, la promesa abstracta de una responsabilidad civil y penal adquiriría el cuerpo y los perfiles más realistas que en la actualidad, en merecida tutela de *ius litigatoris*.

Como bases de este principio de responsabilidad se pueden sentar para tener en cuenta por la Ley Orgánica de la Justicia las siguientes:

- a) Los Jueces son responsables por las faltas y delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones.
- b) En la exacción de responsabilidad civil y penal, los Jueces serán protegidos y los justiciables amparados mediante la iniciativa de los propios órganos jurisdiccionales, por sí y con la colaboración de los organismos inspectores de Tribunales.

2. Inamovilidad

Según el principio de inamovilidad judicial —dice el profesor Jaime Guasp (37)— todos los Jueces y Magistrados, en general, son inamovibles, lo cual quiere decir que no pueden ser privados del ejercicio de su función, en absoluto, ni en cuanto al tiempo, lugar o forma en que la realizan, sino con sujeción a las normas establecidas por la Ley.

El que no puedan ser privados del ejercicio de su función en absoluto quiere decir: En primer término, que no pueden ser *expulsados* de la Carrera Judicial a la que pertenecen. La expulsión, que recibe el nombre de *destitu-*

(36) *Op. cit.*, págs. 687 y sigs.

(37) *Derecho procesal civil*, Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1956, páginas 160 y sigs.

ción, sólo procede en virtud de sentencia firme que la lleve aneja como pena principal o accesoria o en virtud de Decreto. Pero este último caso sólo se da cuando el Juez o Magistrado ha incurrido en alguna causa de incapacidad o incompatibilidad o cuando ha sido corregido disciplinariamente por hechos que, sin ser delitos, comprometan la dignidad de su ministerio o lo hagan desmerecer en el concepto público, o cuando ha sido una o más veces declarado responsable civilmente, o cuando, finalmente, carezca de dignidad por su conducta viciosa, comportamiento poco honroso o habitual negligencia, exigiéndose la formación de expediente, a propuesta de la autoridad competente, con audiencia del interesado, informe de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo y Decreto refrendado por el Ministerio de Justicia, previa consulta facultativa del Consejo de Estado y acuerdo del Consejo de Ministros. No habrá que decir que la destitución no puede ser impuesta aunque se encubra con *otros nombres* de significación equivalente, como los de separación, cesantía, baja en el escalafón del Cuerpo o cualquier designación análoga.

En segundo lugar, que los Jueces y Magistrados no pueden ser retirados de la Carrera Judicial. El retiro, que lleva en nuestro Derecho el nombre de *jubilación forzosa*, sólo procede, efectivamente, en caso de imposibilidad personal. Y esta imposibilidad personal se da únicamente cuando el funcionario se inutiliza física o intelectualmente para el servicio o, por razón de edad, cuando ha cumplido setenta y dos años, con eventual prórroga hasta los setenta y cinco.

En tercero y último término, que no se puede tampoco apartar discrecionalmente a los Jueces y Magistrados del ejercicio de su función. Un apartamiento de esta clase, distinto de la expulsión y del retiro, se tiene, sin embargo, cuando se ordena la *excedencia forzosa* del Juez o Magistrado, la cual, por ello mismo, sólo procede si así lo dispone expresamente una Ley o se suprime la plaza que sirvieren, con derecho entonces a ocupar la primera vacante que se produzca, a seguir ascendiendo en el escalafón y a percibir las dos terceras partes del sueldo.

El que los Jueces y Magistrados no puedan ser privados del ejercicio de su función en cuanto al tiempo quiere decir que no pueden ser temporalmente privados de ella, es decir, que no cabe que sean ilegalmente *suspendidos*. La suspensión sólo puede tener lugar, en efecto, por auto del Tribunal competente, cuando se hubiere declarado haber lugar a proceder criminalmente contra ellos por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, cuando por cualquier delito se hubiere dictado contra ellos auto de prisión o fianza equivalente, cuando se pidiera contra ellos por el Ministerio Fiscal una pena, cuando por las correcciones disciplinarias que se les hubieren impuesto apareciese la comisión de hechos graves que, sin constituir delito,

comprometen la dignidad de su ministerio o los hagan desmerecer en el concepto público y cuando se decreta disciplinariamente. La suspensión se impone, en los tres primeros casos, por el Tribunal que conozca de la causa, y en los dos últimos, previa citación y audiencia del interesado por la Sala de Gobierno de las Audiencias o del Tribunal Supremo, constituidas en Sala de Justicia; durando, si no se convierte en destitución, hasta que recaiga en la causa absolución libre o por el tiempo que dure la corrección disciplinaria, y percibiendo el suspenso una parte del sueldo, variable según los supuestos, con abono de las diferencias en caso de absolución o sobreseimiento libre, pero no en el de sobreseimiento provisional. Independientemente, existe la llamada *suspensión inculpable*, que se impone a Jueces y Magistrados cuando casaren con mujer nacida no accidentalmente en su circunscripción, o que posean, ellas o sus parientes más próximos, bienes inmuebles en la misma, o cuando adquieran en tal circunscripción inmuebles no por sucesión ni por actos de un tercero; en este caso acuerda la suspensión la Sala de Gobierno de la Audiencia o del Tribunal Supremo, constituida en Sala de Justicia, previa citación o audiencia, escrita u oral, del interesado.

El que los Jueces y Magistrados no puedan ser privados, en cuanto al lugar, del ejercicio de su función quiere decir que no pueden ser *trasladados* arbitrariamente. El traslado forzoso se da, no obstante, en nuestro Derecho en una serie de hipótesis concebidas con mayor amplitud que las anteriores. Hay, primeramente, un traslado necesario y reglado, que se produce por llevar ocho años de residencia en una población, por haber adquirido, mediante actos ajenos, ellos, sus mujeres o sus parientes en línea recta o colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, bienes inmuebles en la circunscripción, o por reunirse en un mismo Tribunal dos parientes dentro de cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, casos a los que hay que añadir, además, los antes mencionados de suspensión inculpable. Y hay, en segundo término, un traslado potestativo y discrecional que se da por disidencias graves con los demás miembros del Tribunal, por fundado motivo, a juicio de la Sala de Gobierno, y por exigirlo circunstancias de otra clase o consideraciones de orden público muy calificadas. Ahora bien: aparte la mayor elasticidad de los motivos, el régimen jurídico del traslado ofrece las mismas garantías que el de la destitución, por sujetarse a idéntico procedimiento.

Por último, el que los Jueces y Magistrados no pueden ser privados del ejercicio de su función en cuanto a la forma que la desempeñan quiere decir que no cabe alterar el modo de su cometido esencial so pretexto de atribuirles otras misiones que les impidan llevarla a cabo. La figura, sin embargo, no aparece expresamente recogida por nuestro Derecho positivo. Esto hace que, en realidad, sea dudosa la admisibilidad o inadmisibilidad de la llamada

disponibilidad gubernativa o, aún más, de la comisión de servicio forzoso.

Este respeto a la independencia del Poder Judicial a través de uno de sus cauces esenciales: la *inamovilidad*, jamás ha sido respetado de forma tan rigurosa como en la actualidad. Para ello basta con un simple estado comparativo con el régimen anterior que se autodenominaba «liberal». La República española dictó la Ley de 11 de agosto de 1932, con acusados precedentes en la llamada Ley de Defensa de la República de 22 de octubre de 1931, que, según el testimonio nada sospechoso de Manuel Tuñón de Lara (38), «suspendía prácticamente toda clase de garantías y concedía poderes omnímodos al Ministro de la Gobernación», hasta el punto de que el ex Ministro de la Gobernación del Gobierno Provisional de la República don Miguel Maura Gamazo exclamó en las Cortes Constituyentes el día 20 de octubre, fecha de la aprobación de la Ley: «Así da gusto ser Ministro de la Gobernación» (39). Por la citada norma legal, sin prever siquiera la instrucción de expediente, autorizaba al Gobierno para separar definitivamente del servicio a los funcionarios civiles o militares que realizasen «actos de hostilidad o menosprecio contra la República». Con estos vagos términos, he aquí la omnipotente y arbitraria facultad que se otorgaba al Gobierno. Pero hay más: por lo que respecta a las Carreras Judicial y Fiscal, una Ley aún más rigurosa, de 8 de septiembre de 1932, establecía en su artículo 1.º que: «Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el Estatuto del Ministerio Fiscal, podrían ser jubilados, cualquiera que sea su edad, a su instancia o *por resolución del Gobierno*, todos los Jueces de Instrucción, Magistrados y funcionarios del Ministerio Fiscal.» Esta Ley se aplicó «con perjuicio» de lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el Estatuto del Ministerio Fiscal, que en ningún caso prevenían la jubilación por arbitraria resolución del Gobierno. Dichas Leyes tuvieron inmediata y amplia aplicación, pues, revisadas las *Gacetas Oficiales* de los meses de noviembre y diciembre de 1932, aparecen en ellas dos separaciones definitivas del servicio y 134 jubilaciones (con este carácter arbitrario) de funcionarios de las Carreras Judicial y Fiscal de todas las categorías, desde Magistrados del Tribunal Supremo hasta Jueces de primera instancia. Tan desnutridos quedaron los escalafones de estos Cuerpos por virtud de la rigurosa efectividad de aquellas Leyes, que, a fin de llenar los numerosos puestos que quedaron vacantes tuvieron que dictarse dos Decretos de 19 de enero de 1933 por los que se dispensaba de ciertos requisitos para facilitar el ascenso, respectivamente, en las Carreras Judicial y Fiscal (40).

(38) *La España del siglo XX*. Librería Española. París, 1966, pág. 263.

(39) Citada por TUÑÓN DE LARA en obra y página citadas en la nota inmediatamente anterior, nota 1.

(40) *España, Estado de Derecho*, ya cit., págs. 104 y sig.

Hay que reconocer que el actual Estado español, en contraste con lo descrito en épocas pretéritas, se ha distinguido por un profundo respeto a esta inamovilidad, puntal básico de la independencia. Su futura labor de desarrollo de la Ley Orgánica del Estado a este respecto se limitará, probablemente, a recoger en esa futura Ley Orgánica del Poder Judicial o de la Justicia, como le llama el texto legal fundamental, las disposiciones dispersas en las varias Leyes y Decretos en los que se determina esta inamovilidad.

3. Libre acceso a la Justicia

El principio de *libre acceso a la Justicia* constituye la consecuencia obligada del artículo 3.º del Fuero de los Españoles: «La Ley ampara por igual el derecho de todos los españoles, sin preferencia de clases ni acepción de personas»; problema del que he tratado en alguna otra ocasión ya publicada que creo me releva de insistir más sobre ello (41). El gran Piero Calamandrei (42) refleja este principio en bellas frases, que no nos resistimos a transcribir:

«El ideal de un Palacio de Justicia sería todavía el de los buenos tiempos: una encina, y a su sombra, el juez que escucha las razones de los justiciables; alrededor, el pueblo, en círculo, sin defensas, sin barras divisorias. Justicia al aire libre, a la luz del sol, sin puertas cerradas ni secretos pasillos.

»Quisiera solicitar del Ministro de Justicia que llamara a concurso a todos los arquitectos italianos para la construcción de un Palacio de Justicia en donde no hubiera ni antesalas ni pasillos; si llegaba a edificarlo, todos los problemas judiciales quedarían resueltos.

»He manifestado esta idea a un amigo magistrado. Me ha dicho: "Pero sin antesalas ni pasillos, ¿dónde pasarían el día tantos abogados que nosotros conocemos?"»

Creo que la nueva Ley Orgánica de la Justicia tendrá que plantearse y resolver, en este orden de problemas, una serie de cuestiones difíciles para que pueda conjugarse este libre acceso a la Justicia por parte de todos los españoles en la defensa de sus derechos con el arraigado temor al pleito que, quiérase o no reconocer, existe en muchas ocasiones en el ánimo de personas de acrisolada moral, prefiriendo hacer dejación de sus derechos a dejarse caer

(41) Cfr. mi rapport *La notion d'égalité en Droit civil espagnol*, en «Travaux de L'Association Henri Capitant». Tomo XIV. Dalloz. París, 1965, págs. 153 y sigs.

(42) *Elogio de los Jueces escrito por un Abogado*, Prólogo a la traducción en castellano por EDUARDO J. COUTURE de la tercera edición italiana. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1956, pág. 328.

en las garras de curiales desaprensivos de los que tantos testimonios existen en nuestra literatura (43), que saben como nadie aprovechar el llamado principio dispositivo y que hicieron exclamar a Vázquez de Mella aquello de que no ejercía la profesión de abogado «por amor a la Justicia», de lo que también he tratado en otra publicación, a la que remito al lector (44).

Por otra parte, también el justiciable deberá tratar de armonizar los *sentimientos* a que las necesidades prácticas le inducen, frenándolos con las razones que sirvieron de base a la creación de sus derechos, para lograr sus realidades en el presente como consecuencia de su conducta en el pasado y de sus aspiraciones para el futuro. La futura Ley Orgánica de la Justicia debe constituir también un estímulo para ello (45).

El abordar específicamente aquí toda esta serie de problemas consumiría mucho más de un artículo de revista que tiene que reflejar, a tenor del encargo que se nos hizo, una visión de conjunto sobre las disposiciones relativas a la Justicia en la nueva Ley fundamental.

4. *Gratuidad*

Intimamente relacionado con el principio anterior está el formulado por el artículo 30 de la Ley Orgánica del Estado en relación con el Principio IX de la Ley Fundamental de 17 de mayo de 1958, que determinan que «la Justicia será gratuita para quienes carezcan de medios económicos». Está fuera de duda en el terreno doctrinal, como decía don Manuel de la Plaza (46) la profunda justicia de procurar al litigante que carece de medios para sostener un pleito los que le son necesarios para contender con el que dispone de ellos, y es unánime el parecer de que al proveer el Estado a esa necesidad cumple, ante todo, un deber social, y en otro aspecto, satisface un derecho del pobre y mantiene la igualdad de los intervinientes en el proceso, restableciendo con un acto de poder la desigualdad que inevitablemente se produciría cuando hubiese de litigar el que carece de medios o no puede distraer los pocos de que para sus necesidades dispone con el que, por te-

(43) Cfr. el magnífico y documentadísimo libro de JUAN GÓMEZ JIMÉNEZ DE CISNEROS: *Los hombres frente al Derecho*, con un prólogo del profesor JAIME GUASP. Aguilar. Madrid, 1959, págs. 305 y sigs.

(44) Cfr. mi folleto *La Justicia en el pensamiento de Vázquez de Mella. Continuidad política*. Editado por la Jefatura Provincial del Movimiento de Madrid, Vicher, 1961. No se citan páginas porque el folleto carece de numeración de las mismas.

(45) Cfr. el ya citado libro de JUAN GÓMEZ JIMÉNEZ DE CISNEROS, pág. 597.

(46) *Derecho procesal civil español*. Vol. I, 3.^a edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1951, págs. 586 y sigs.

nerlos sobrados, no sufre en un pleito sino el quebranto moral que toda contienda de esa índole lleva consigo. No es extraño por eso que todas las legislaciones positivas se hayan cuidado de regular la asistencia gratuita, aunque todas también, recogiendo los resultados de una experiencia, muchas veces dolorosa, se hayan preocupado acuciosamente de impedir que un beneficio inspirado en móviles tan generosos pueda trocarse, como de hecho ocurre con harta frecuencia, en una verdadera *patente de corso*, que no sólo no cumple su fin esencial de mantener la igualdad de los litigantes, sino que coloca a los no favorecidos en un pie de desigualdad que, entre otros males, conduce al desprestigio de la justicia.

Estas consideraciones llevan como de la mano a una conclusión que, una vez más, muestra cómo el proceso ha de articularse equilibrando los intereses contrapuestos, porque la normativa de la asistencia judicial gratuita ha de preocuparse, por una parte, de determinar cuál ha de ser el órgano capacitado para aquilatar si puede o no dispensarse; ha de arbitrar, por otra, los medios adecuados para lograr que el beneficio se conceda sin regateo, pero sólo a los que lo hayan menester, es decir, a los que realmente carezcan de medios económicos para litigar y, *prima facie* al menos, tengan un interés legítimo en ejercitar una acción.

No podemos entrar aquí en la crítica de este principio en la vigente legislación española. Baste con decir que se trata de una de las materias más necesitadas de reforma. No parece defendible —como dice el profesor Prieto Castro (47)— la gratuidad total de la Justicia, porque entonces nunca habría Jueces bastantes para conocer de todos los procesos caprichosos, dolosos e infundados, sino simplemente hacer de ella un servicio público asequible que no ponga en peligro el menguado patrimonio de la mayoría de los ciudadanos que se ven obligados a perseguir o defender sus derechos ante los Tribunales.

5. *Unidad jurisdiccional*

El artículo 31 de la Ley Orgánica del Estado consagra el principio de unidad jurisdiccional, atribuyendo exclusivamente a Jueces y Magistrados la labor de administrar justicia sin otras excepciones que las reservadas a las jurisdicciones militar y eclesiástica a las que se refiere el artículo 32.

No es la primera vez que hemos tratado de estos problemas (48). La jus-

(47) *Op. cit.*, pág. 749.

(48) Cfr. mi folleto *Notas sociales a la Ley de Principios Fundamentales de 17 de mayo de 1958*. Ediciones «Pueblo» del Servicio Nacional de Información y Publicaciones Sindicales. Madrid, 1959, págs. 27 y sigs.; mis libros, ya cit., *Problemas sociales y uni-*

ticia es una en su función y en su organización. Con ello se alude, naturalmente, como dice Baltasar Rull (49), al monopolio de la función de juzgar atribuída al Cuerpo de Jueces instituído por el Estado, con las garantías que estúene necesarias, pero constituyendo Corporación única y jerarquizada. Este postulado va contra la existencia de jurisdicciones extravagantes o autónomas que proliferan extramuros de la disciplina y del espíritu de aquello que no encontramos términos más congruentes para calificar que el de Poder Judicial. Los órganos extravagantes, los que actúen fuera de aquel órgano depositario exclusivo del poder de juzgar, dependerán de otros órganos con poderes conferidos para la defensa de intereses distintos de la estricta justicia. Por ello se opone al punto de vista expuesto por el profesor Prieto Castro (50) al tratar de justificar la existencia de jurisdicciones especiales diciendo que la función jurisdiccional del Estado es única de cualquier forma que se realice, porque falta a los postulados anteriormente establecidos.

Aunque no se puede ignorar que en las grandes crisis políticas, como en las grandes enfermedades, el estado patológico impone a veces una terapéutica drástica, una vez recobrada la salud ha de volverse a la normalidad de las funciones orgánicas. España ha sufrido, como todos los países, como todos los organismos vivos, estas crisis que dieron lugar a remedios de urgencia; pero en todo caso, considerados por el país como circunstanciales y transitorios. Así, nacieron Leyes como la llamada de Jurisdicciones, de 23 de marzo de 1906, que mereció de los penalistas grandes censuras. Jiménez Asúa (51) dijo de ella que en realidad no había motivo para que no se dictaran disposiciones análogas en provecho de la Magistratura, el Clero, el Profesorado. La calificó como un abuso, y dijo que era la vuelta a la *faida* de los tiempos medievales. Pero la mayor parte de las existentes han sido creadas después de la guerra de Liberación, también por las circunstancias excepcionales de la mayor tragedia que jamás se abatió sobre España, dando lugar al nacimiento de numerosas jurisdicciones, entre las que pueden citarse las siguientes: Juntas de Detasas, jurisdicciones eclesiásticas, especial y de delitos monetarios, laboral, especial para la represión de la masonería y el comunismo, ya derogada; especial para la represión de las infracciones del régimen de tasas y ventas clandestinas, también derogada; especial militar para la represión de los delitos en materia de abastos y acaparamiento, también derogadas; de accidentes ferroviarios, de represión del bandidaje y terrorismo, es-

versitarios españoles, págs. cit., y *Estudios sobre el Derecho privado y sus transformaciones actuales*. Editorial Bosch. Barcelona, 1959, págs. 823 y sigs.

(49) *Organigrama ideal de la Administración de justicia*, ya cit., págs. 9 y sigs.

(50) *Op. cit.*, pág. 657.

(51) Cit. por RULL: *Op. cit.*, pág. 10.

pecial administrativa para la represión del contrabando y la defraudación especial de la Comisión mixta de competencia con los Estados Unidos de América en los procedimientos criminales de cualquier orden y fuero, dentro del territorio nacional y plazas de soberanía cuando alguno de los presuntos responsables fuere miembro de las Fuerzas de los Estados Unidos o dependan de ellas; penal de la Navegación aérea, de Orden Público y de Defensa de la Competencia.

Prescindimos de los aspectos jurisdiccionales de Tribunales como el Tutelar de Menores, el Arbitral de Seguros, etc.

Con estas jurisdicciones especiales concurren multitud de fueros especiales como los determinados por las Leyes de 22 de febrero de 1941, la de Régimen local, etc.

Esta situación ha dado lugar a que el profesor Fenech (52) haya tenido que decir que, debido al extraordinario número, no haya una jurisdicción ordinaria y otras especiales, sino un régimen judicial de especialidades diversas, y podríamos decir dispersas y sin conexión ni orden.

Como es natural, los juristas, sin excepción, se pronuncian en contra del estado actual de cosas. El III Congreso Nacional de la Abogacía, celebrado en Valencia en 1953, a propuesta del Letrado del Consejo de Estado señor Villar y Romero (53), aprobó la conclusión 24 pidiendo la reunificación de fueros y jurisdicciones.

El Instituto Español de Derecho Procesal abrió una información sobre el tema entre figuras destacadas, magistrados, abogados, catedráticos. Don Francisco R. Valcarce (54) dijo que urge poner mano a la poda de los fueros especiales. Don Federico R. Solano (55), que la promulgación de un Decreto de unificación de fueros es hoy de tanta urgencia y actualidad como en el año 1868. Don José María Villar y Romero (56), que es preciso volver a proclamar enérgicamente el principio de unificación de fueros. Don Enrique Jiménez Asenjo (57) estimó, como uno de los cinco puntos más urgentes en la Administración de Justicia, en primer lugar, verificar la unidad jurisdiccional hasta el máximo posible. En el mismo sentido se pronunciaron jueces como don Cesáreo Rodríguez Aguilera (58), secretarios como don Pedro Al-

(52) Idem, pág. 11. Cfr. también MIGUEL FENECH: *Derecho procesal penal*. Vol. I. 3.^a edición. Editorial Labor. Barcelona, 1960, pág. 169.

(53) Cit. por BALTASAR RULL: *Op. cit.*, pág. 11.

(54) Idem.

(55) Idem.

(56) Idem.

(57) Idem, pág. 12.

(58) Idem.

varez Castellanos (59), abogados como don Agustín Ripoll (60) y don Julio García Herrero (61), etc.

A juicio de Baltasar Rull (62), sólo hay que tener en cuenta las siguientes perspectivas sobre la jurisdicción:

A) Sobre la de los Tribunales de Menores, que siendo los menores incapaces como sujetos del Derecho penal (núm. 2 del artículo 8.º), no cabe hablar de tal jurisdicción, que es más bien una actividad tutelar.

B) Que en cuanto a la jurisdicción eclesiástica hay que distinguir: La Iglesia es una sociedad perfecta, y como tal no puede renunciar cuanto corresponde a su competencia por tener fines específicos; pero cuando quienes constituyen la Iglesia, tanto militante como docente, actúen como sujetos de Derecho común, deben estar sometidos, como cualquier otro ciudadano, a los Tribunales ordinarios, por aquello de dar al César lo que es del César.

C) En cuanto a la militar, el Ejército, en todo Estado que tenga noción de su responsabilidad, está encargado de defender no sólo la soberanía del Estado, sino su propia existencia, sin la cual fatalmente perecería a manos de los enemigos, tanto interiores como exteriores. Tiene ésta pura y exclusiva misión de defensa. Y para ello tiene que organizarse según determinados principios, entre los cuales están los de la jerarquía y disciplina para lograr la cohesión. Así, lo que hoy llamamos *justicia militar* no es lo que se conoce normalmente por justicia, sino más bien una jurisdicción disciplinaria, como se deduce al observar cuán antitéticos son los conceptos del orden jurídico ordinario con las figuras de delito estrictamente militares. Por eso la autoridad judicial castrense va unida a la Jefatura de la Región Militar o del Cuerpo de Ejército.

La Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, supuso el principio de un camino de rectificaciones que ha venido a consagrar de modo definitivo la nueva Ley Orgánica del Estado. A sustituir los antiguos Tribunales mixtos en los que se ejercía una jurisdicción compartida con la Administración por unos Tribunales puros integrados plenamente en el orden judicial, con general aplauso.

Esperemos que sigan idéntico camino las demás jurisdicciones, ya mencionadas, para dar cumplimiento a los preceptos de unidad de jurisdicción consagrados en el texto constitucional que comentamos.

(59) Idem.

(60) Idem.

(61) Idem.

(62) *Loc. cit.*

6. Inspección

La Inspección de Tribunales, según el artículo 33 de la Ley Orgánica del Estado, queda reservada, con carácter exclusivo, al Presidente del Tribunal Supremo.

Es necesario comenzar afirmando que no se trata de una institución nueva, ni es función surgida al calor del constitucionalismo ni fruto de conmociones revolucionarias la Inspección de Tribunales, y aunque generalmente se le haya estudiado desde la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, hay que situarla históricamente por lo menos en el siglo XIV. De aquí su gran raigambre tradicional. Aparte de los antiguos *missi dominici*, de los jueces pesquisidores de las Leyes de Partida y de la obligación que éstas imponían a los jueces de permanecer durante cincuenta días después de terminado su cargo para hacer derecho a los que de ellos hubieran recibido tuerto, en dicho siglo XIV. Enrique II y Juan I, en ley cuya vigencia reiterarán más tarde los Reyes Católicos y Carlos I, «deputan hombres buenos que anden por las provincias y vean como usan y hacen justicia y cumplimiento de los derechos de las partes los Tribunales inferiores no colegiados. Adelantados, Merinos, Corregidores y Alcaldes» (63).

Los que parecían culpables de faltas en el desempeño de sus funciones eran castigados con destierro e inhabilitación.

Los Adelantados debían ir por las merindades, y donde hallaren Merinos de mala fama, quitarlos y hacerlos enmendar todas las *malfetrías* que hubieren hecho.

Es decir, que ya se giran verdaderas visitas de inspección a los que administran justicia. Como las estableció también Felipe II, ordenando «visitas anuales por la persona que designara el Presidente del Consejo, porque mejor se pueda entender como usen de sus oficios Relatores, Escribanos, etc., y los de nuestro Consejo castigarán con cuidado los que por dicha visita se hallaren culpados» (64).

Esta idea continúa en las Ordenanzas de Medina, que establecen visitas, así como en las del Real Consejo de Navarra y en las Chancillerías y Audiencias del Reino.

Por lo común, la función inspectora se encomienda al Real Consejo de Castilla, dándose amplísimas facultades a los visitadores.

Más tarde, en tiempos de Felipe III, el Consejo de Castilla entiende de

(63) Cit. por RAFAEL RUBIO: *La Inspección de Tribunales*. Prólogo de JOSÉ CASTÁN. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1950, pág. 15.

(64) Idem, pág. 16.

los resultados de las visitas y proponer al Rey las providencias necesarias al buen gobierno de los Tribunales.

Finalmente, en 1720 Felipe V atribuye al propio Consejo, de un modo permanente, la inspección de los pleitos pendientes, ordenando que los Consejeros, Tribunales y Ministros den cuenta mensual del estado y curso de los asuntos, y una de las atribuciones más temibles que tenía este Consejo en el orden judicial era la de revisar y fallar las *residencias* de los funcionarios, que cesaban de vez en cuando.

Esta es la tradición española, rota en el siglo XIX, como demostró don Rafael Rubio en uno de los estudios más notables sobre la materia (65). La Ley Orgánica del Estado, como se deduce de su articulado, trata de entroncar con la verdadera tradición española, ya que —como dice el maestro Castán (66)— al comprobar por la Historia lo mucho que se ha intentado y su resultado escasisimo, hay que desconfiar de la eficacia que pueden alcanzar las disposiciones legales o reglamentarias, aun siendo acertadas, si no van acompañadas de una efectiva y leal ejecución. Por otra parte, hay que comprender que las realidades sociales y jurídicas no deben ni pueden ser cambiadas de un plumazo, y que casi todos los problemas, sobre todo los que a la Inspección de Tribunales afectan, no sólo son de leyes, sino, más aún, de hombres. Habrá que tener en cuenta, en todo caso, las atinadas observaciones del profesor Prieto Castro (67), en cuanto a las normas que desarrollen esta parte de la Ley Orgánica. La Inspección de Tribunales deberá asumir funciones de gran trascendencia en este camino de la pureza, perfeccionamiento y prestigio de las instituciones jurisdiccionales, para garantía de los ciudadanos. Los límites de su cometido y el punto en que comienza lo jurisdiccional, sólo corregible en la vía de las instancias o por medio de órganos también jurisdiccionales, no están claramente trazados y hay serias dificultades para señalarlos; al menor descuido, un órgano inspector se inmiscuiría involuntariamente en funciones jurisdiccionales, lo que no es deseable y ha de evitarse a toda costa, en gracia al principio constitucional de la independencia del Juez cuando juzga. Mas, por otro lado, no es razonable que si la Inspección de Tribunales llega a tener noticia o conocimiento de infracciones clamorosamente graves, de negligencias punibles, de errores crasos e indisciplinables o cualesquiera otras faltas de parecida monta, no halle medio, en el orden jurisdiccional, para impulsar la corrección de estas conductas, estimulando al perjudicado para la reparación.

En casos de este tipo, la Inspección debería estar facultada y obligada a:

(65) *Idem*, págs. 19 y sigs.

(66) Prólogo al citado libro de RUBIO, pág. XVIII.

(67) *Trabajos y orientaciones de Derecho procesal*, ya cit., pág. 688.

estimular la intervención del órgano jurisdiccional competente, a fin de que actuase como ha quedado indicado, si lo creyere procedente, en definitiva.

También estima el profesor Prieto Castro (68) que es perfectamente posible una extensión de la función inspectora a determinados puntos de la técnica procesal, con las necesarias reglas, temperamentos y medios que, en todo caso, dejen intacta la libertad y la independencia de los Jueces.

7. *Auxilio a la Justicia*

Debido no sólo a la existencia de diversas jurisdicciones especiales dentro del Estado, sino a la distribución del trabajo dentro de la Ordinaria, por razón tanto del territorio en que ejercen sus funciones como de la índole de las materias y de la organización jerárquica de los distintos Juzgados y Tribunales, se hace preciso el mutuo auxilio entre los mismos para el mejor cumplimiento de sus fines, y en definitiva, de la Administración de Justicia. Este auxilio se extiende también a todos los demás organismos y funcionarios públicos, e incluso a los particulares (69) y es definido por el profesor Jaime Guasp (70) como el conjunto de deberes y derechos en virtud de los cuales cabe exigir y se debe prestar por tales organismos la actividad necesaria o conveniente para la adecuada consecución de una finalidad procesal reconocida por la Ley.

En virtud de esta institución vienen obligados a prestar su apoyo a la Administración de Justicia, no sólo cualquier jurisdicción sino también los particulares. No obstante, como dice el profesor Guasp (71), ningún precepto procesal recoge expresamente este principio en orden a la Jurisdicción civil, pero algunos los dan por supuesto, como el artículo 289 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por el cual «cuando los Jueces y Tribunales tengan que dirigirse a autoridades y funcionarios de otro orden usarán la forma de oficios o exposiciones, según el caso lo requiera». La índole obligatoria de la ayuda es demostrada por la sanción penal contenida en los artículos 369 a 371 del Código penal para el funcionario público que se negare abiertamente a dar el debido cumplimiento a una sentencia o que insista en su suspensión a pesar de la desaprobación del superior, o que, requerido por autoridad competente, no prestare la debida cooperación para la administración de justicia.

También puede hablarse de auxilio jurisdiccional internacional al que se

(68) *Idem*, pág. 756.

(69) Cfr. RODRÍGUEZ DEL BARCO: *Compendio de Derecho judicial*, ya cit., pág. 20.

(70) *Derecho procesal civil*, ya cit., pág. 121.

(71) *Loc. cit.*

refiere el artículo 300 de la Ley de Enjuiciamiento civil y disposiciones concordantes (72).

También el número 7.º del artículo 570 del Código penal considera falta contra el orden público y sanciona a quienes «no prestaren a la Autoridad el auxilio que reclamare en caso de delito, de incendio, naufragio, inundación u otra calamidad, pudiendo hacerlo sin perjuicio ni riesgo personal».

Al venir a imponer la Ley Orgánica del Estado el auxilio a la Justicia como obligatorio a «Autoridades y Organismos de carácter público, así como a los particulares» (art. 36), será preciso desarrollar este precepto de manera expresa en cada una de las Leyes básicas jurisdiccionales (procesal, civil, penal, militar, eclesíástica, etc.), que no lo está más que muy fragmentariamente y de forma inconexa y, a veces, como sucede en el orden civil, ni recogido expresamente.

El Código de Justicia Militar, de 17 de julio de 1945, es la única Ley que consagra, de manera general, este precepto de la Ley Orgánica del Estado, aunque, naturalmente, circunscrito al militar al proclamar, en su artículo 386, que «el militar que, ejerciendo mando o servicio de armas fuese requerido por autoridad competente de cualquier orden para la administración de justicia u otro servicio público de los que pueda exigir el auxilio de los Ejércitos, y no prestare la cooperación que esté a su alcance sin desatender sus deberes preferentes, incurrirá en la pena de prisión militar hasta seis años», precepto que podría servir de pauta para el desarrollo del principio de la Ley Orgánica en su formulación específica.

IV

CONCEPTO Y FUNCIONES DEL MINISTERIO FISCAL

El artículo 35 de la Ley Orgánica del Estado determina que «el Ministerio Fiscal, órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia, tiene por misión promover la acción de la Justicia en defensa de los intereses públicos tutelados por la Ley y procurar ante los Juzgados y Tribunales el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social.

»Las funciones encomendadas al Ministerio Fiscal se ejercerán por medio de sus órganos, ordenados conforme a los principios de unidad y dependencia jerárquica».

No es esta la primera vez que he tratado de la importancia, funciones y co-

(72) Cfr. GUASP: *Loc. cit.*, y EMILIO GÓMEZ ORBANEJA y VICENTE HERCE QUEMADA: *Derecho procesal civil*. 5.ª edición. Madrid, 1962, pág. 74.

metido del Ministerio Fiscal (73), por lo que no quisiera incurrir en repeticiones innecesarias. Como dijo don Manuel de la Plaza (74), no es mucho menos equivocado el concepto que el vulgo tiene del Fiscal, personaje *fatidico* cuya misión principal, ya que no única, consiste en arrancar una condena sin otra guía, en el mejor de los casos, que la frialdad de la Ley, considerado poco menos que como uno de tantos instrumentos de tortura. Ni siquiera desde el punto de vista de los acusadores o de los simplemente perjudicados gana en valoración; porque entonces pretende negárseles la santa virtud de la imparcialidad para ponerle al servicio de un interés: el de la parte que lo concibe como un ciego coadyuvante sin otro cometido que el de servir sus peculiares fines. También sobre este problema traté en ocasión ya publicada. Eminentes y autorizadas figuras hubo y hay en el Ministerio Fiscal de nuestra nación —dice el profesor Prieto Castro (75)— que con buenos títulos, incluso con mejor derecho por el puesto asumido dentro de él, trataron sobre los problemas de la institución, en discursos, memorias, instrucciones y consultas desde la fiscalía del Tribunal Supremo, pero también en obras doctrinales merecedoras de elogio, y todavía se hallan varios en el camino de las construcciones científicas, desentrañando esas cuestiones, por cierto con dignidad y elegancia, cuando ha sido preciso exhibir los pergaminos y las ejecutorias de alcurnia del Ministerio Fiscal y cuando, por ser también menester, hubo de apuntarse alguna queja sobre la posición de sus individuos, el estatuto jurídico y administrativo, sobre todo el de incompatibilidades y prohibiciones. La figura del Ministerio Fiscal —dijo don Manuel de la Plaza (76)—, Ministerio Público según una terminología exótica, no se ha definido en el curso de los tiempos con tan acusados y precisos contornos como la del Juez. Ni ahora mismo es unánime el parecer acerca de la misión que está llamado a realizar, aunque todos estimen que es un organismo de los Tribunales en que actúa. Calamandrei (77) caracterizó a los miembros del Ministerio Fiscal como abogados sin pasión, Jueces sin imparcialidad; eso es el absurdo psicológico que sitúa al Ministerio Fiscal en el permanente riesgo —si no posee un fino sentido del

(73) En mis publicaciones: *Justicia independiente*, recopilada en mi libro: *Problemas sociales y universitarios españoles*, ya cit., págs. 129 y sigs.; *Efectividad de la función social de la propiedad*. Tribuna Social. Ediciones del Movimiento. Madrid, 1962, páginas 25 y sigs., y *La Política del Derecho*. Editorial Bosch. Barcelona, 1963, páginas 154 y sigs., en donde el lector encontrará bibliografía sobre legislación comparada en relación con el Ministerio Fiscal.

(74) *Abogados, Jueces y Fiscales (Meditación)*. Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Publicaciones de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación. Cuaderno núm. 10. Valencia, 1948, pág. 7.

(75) *Trabajos y orientaciones de Derecho procesal*, ya cit., pág. 3.

(76) *Derecho procesal civil*. 1, ya cit., pág. 195.

(77) *Op. cit.*, pág. 40.

equilibrio— de perder, por amor de serenidad, la generosa combatividad del defensor, o por amor de polémica, la desapasionada objetividad del Magistrado.

Las atribuciones y misión del Ministerio Fiscal están perfectamente delimitadas en los títulos primeros del Estatuto y Reglamento del Ministerio Fiscal, bajo los epígrafes «Misión y atribuciones del Ministerio Fiscal» y «De las funciones del Ministerio Fiscal», respectivamente.

El Ministerio Fiscal tiene por misión esencial velar por la observancia de las Leyes y demás disposiciones referentes a organización de los Juzgados y Tribunales, promover la acción de la Justicia en cuanto concierne al interés público y representar al Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial, procurando siempre imparcialmente el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social. Como representante del Gobierno en sus relaciones con la Administración de Justicia, tiene a su cargo la misión de cuidar de que ésta se administre pronto y cumplidamente.

Para el cumplimiento de esta misión el Ministerio Fiscal puede utilizar los medios y recursos que las Leyes establezcan y cuando no encontrar preceptos que le consientan procurar eficazmente el remedio de los abusos y deficiencias que haya observado, lo comunicará al Ministerio de Justicia.

El Estatuto enumera en su artículo 2.º una serie de atribuciones del Ministerio Fiscal, que Rodríguez del Barco (78) resume así:

1.ª Vigilar por el cumplimiento de las Leyes, Reglamentos, Ordenanzas y Disposiciones de carácter obligatorio referentes a la Administración de Justicia y reclamar su observancia.

2.ª Sostener la integridad de las atribuciones y competencia de los Juzgados y Tribunales y defenderlos de toda invasión, siendo oído en las cuestiones de competencia y conflictos de jurisdicción o recursos.

3.ª Representar al Estado, a la Administración y a los Establecimientos públicos de instrucción y beneficencia, siempre que no esté expresamente atribuida a los Abogados del Estado o a otros funcionarios.

4.ª Intervenir y ejercitar las acciones procedentes en los pleitos sobre estado civil, Grandezas y Títulos del Reino, suspensión de pagos de los comerciantes y los que afecten a intereses sociales que ordenen las Leyes o el Gobierno.

5.ª Representar y defender a los menores, incapacitados, ausen-

(78) *Op. cit.*, pág. 272 y sigs.

tes o impedidos para administrar sus bienes, hasta proveerlos de las instituciones tutelares.

6.^a Promover, mediante el ejercicio de la acción pública correspondiente, las causas criminales por delitos o faltas perseguibles de oficio, el procedimiento, el castigo o la absolución de las personas, e investigar las detenciones arbitrarias.

7.^a Intervenir en la Jurisdicción contenciosoadministrativa y asistir a las vistas de sus negocios y de los civiles en que sea parte, así como a las de lo criminal, salvo por delitos privados.

8.^a Promover correcciones disciplinarias e intervenir en los expedientes para su imposición.

9.^a Velar por el cumplimiento de las sentencias en todos los pleitos y por los acuerdos gubernativos en expedientes en que haya sido parte o tenido intervención.

10.^a Exponer su dictamen verbalmente en asuntos urgentes de fácil resolución.

11.^a Pedir a los Juzgados y Tribunales las causas y negocios terminados para ejercer su vigilancia sobre la Administración de Justicia, requerir el auxilio de autoridades y agentes para el desempeño de su ministerio, dar órdenes a funcionarios y agentes de la Policía judicial, por medio de las autoridades o jefes que corresponda o directamente en casos urgentes con comunicación a aquéllos y cuantas otras atribuciones se le impongan por las Leyes o se les confieran por el Gobierno sin vulnerar aquéllas.

El Reglamento no hace sino desarrollar algunos puntos concretos de estas atribuciones que les señala el Estatuto, así pueden pedir la palabra en el acto del juicio oral, que les será concedida inmediatamente, aunque esté en el uso de aquélla cualquier otra persona, aunque procurarán usar de esta facultad con moderación; pueden pedir a los Tribunales especiales noticia acerca de los hechos cuando hubiere motivos racionales para estimar que los mismos puedan ser de la competencia de la Jurisdicción ordinaria; deben ejercer con todo celo su ministerio en los asuntos civiles cuando no haya Leyes o instrucciones generales o especiales, obrando como el más celoso defensor cuando representen incapaces; procurando siempre defender el interés privado que resulte identificado con el público, cuya salvaguardia les corresponda.

Pueden, asimismo, pedir los Fiscales de las Audiencias a los jefes de los establecimientos penales relación certificada de las personas que en ellos sufran detenciones o prisión, el motivo y la autoridad que las haya decretado, y también visitarán la prisión o prisiones de la capital, pudiendo comisionar a los Fiscales municipales o comarcales para la visita de las demás de la pro-

vincia, y ejercitar las acciones procedentes después de estudiar las denuncias y quejas que reciban de las autoridades gubernativas.

Además de todas estas atribuciones el Fiscal del Tribunal Supremo tendrá la de dar a todos sus subordinados las instrucciones generales o especiales sobre interpretación y aplicación de preceptos legales o sobre cualquier otro extremo relativo al cumplimiento de sus deberes, encaminadas a mantener la unidad de acción y de interpretación de las Leyes en el Ministerio Fiscal. Igual atribución tienen los Fiscales de las Audiencias Territoriales y Provinciales dentro de sus jurisdicciones, pero comunicándolas y consultándolas cuando haya tiempo con el del Tribunal Supremo.

El Fiscal jefe distribuye el trabajo dictando las normas convenientes, con equidad y reservándose los servicios de mayor importancia y que más cuidada labor requieren.

No creemos necesario insistir sobre el valor constitucional del Ministerio Fiscal por haberlo explicado ya, con singular maestría, Adolfo de Miguel (79), en brillante y fecundo trabajo monográfico al que remitimos al lector.

En cuanto a las futuras perspectivas de esta interesantísima institución, en las diversas jurisdicciones, puede servir de guía para su estudio en el Derecho comparado, la magnífica y casi exhaustiva obra de Francisque Goyet (80) sobre el Ministerio Público francés. Por cuanto a las diversas manifestaciones de la jurisdicción de amparo en nuestra Patria, también han sido excelentemente desarrolladas por Adolfo de Miguel (81).

Algo parecido tenemos que decir de los principios de unidad y dependencia jerárquica a que se refiere el artículo 35-II de la Ley Orgánica del Estado (82).

V

CONSIDERACIONES FINALES

No quisiéramos concluir estas apresuradas líneas que obedecen a un ruego afectuoso y cordial del Director del Instituto de Estudios Políticos, profesor Fuego Alvarez, más que a nuestra propia iniciativa, ya que ésta tiene, por fuerza, que ser parcial dada nuestra vinculación entrañable y superior a nin-

(79) *El Ministerio Fiscal, Magistratura de Amparo*, ya cit., págs. 18 y sigs.

(80) *Le Ministère Public*. 3.^a edition, puesta al día por MARCEL ROUSSELET y MAURICE PATIN. Recueil Sirey. París, 1953, págs. 17 y sigs., y, más recientemente, Michèle-Laure RASSAT: *Le Ministère Public entre son passé et son avenir*. Preface de Robert Vouin. París, Libraire Général de Droit et de Jurisprudence, 1967.

(81) *Loc. cit.*

(82) *Idem*, pág. 30, y RODRÍGUEZ DEL BARCO: *Op. cit.*, págs. 269 y sigs.

guna otra, a la Carrera Judicial española, sin unas breves consideraciones finales sobre lo que, en conjunto, ha venido a plasmarse en esta Ley Fundamental.

La Ley Orgánica del Estado no ha querido romper con la tradición judicial española aunque sí abrir las vías de su perfeccionamiento en sus diversos aspectos que hemos puesto de relieve en cada uno de los apartados anteriores.

Como escribió el profesor Martínez Bernal (83), de Cicerón a Carnelutti hay mucho trecho y, sin embargo, también puede leerse en éste que «el juicio del Juez tiene fuerza de ley». Probablemente, su remisión a la teoría general del Derecho hace pensar que el concepto necesita ser explicado más ampliamente y que el valor de esta doctrina corre parejas al del principio según el cual el contrato tiene fuerza de ley entre los contratantes; pero de momento le basta con dejar sentado que «lo que el Juez ha resuelto sobre un caso singular vale como si el legislador lo hubiese mandado para aquel caso». La verdad, no obstante, es que ni aún así llegamos por el momento a separar netamente la *juris-dictio* legal —establecimiento de una ordenación—, de la *juris-dictio* judicial —declaración o interpretación de aquélla—, ni siquiera agregando la nota de generalidad a la Ley y de particularidad a la decisión del Juez, puesto que existen leyes relativas a la aplicación de otras anteriores (leyes interpretativas) y resoluciones judiciales autónomas (sentencias constitutivas), así como leyes particulares (privilegios, leyes impropias) y sentencias generales (sentencias colectivas), según tiene que reconocer el propio autor (84).

La función constitucional de los Jueces, aun con las reservas que muy recientemente ha señalado el profesor Luis Sánchez Agesta (85), se manifiesta además de en la serie de aplicaciones legales que señala el citado autor, por la vía incuestionable de la aplicación de los principios generales del Derecho en los países que, como el nuestro, admiten la existencia de lagunas en el Ordenamiento jurídico (86) y también en la adecuación del Derecho a la Justicia cuando el Derecho, como sostiene el profesor Fueyo Alvarez (87), no esté proyectado intencionalmente hacia la Justicia y se piense que su única meta es

(83) *El Juez y la Ley*. Discurso leído en la solemne Apertura del Curso académico de 1950-51. Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1950, pág. 17.

(84) Cfr. FRANCESCO CERNELUTTI: *Cómo nace el Derecho*. Traducción de SANTIAGO SENTÍS MELERO y MARINO AYERRA REDÍN. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1959, págs. 61 y sigs.

(85) *La función constitucional del Juez. Las interpretaciones del modelo americano y su posible vigencia en España*. Discurso de recepción como Académico de número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y contestación de JOSÉ YANGUAS MESSIA, en 3 de abril de 1967. Raycar. Madrid, 1967, págs. 53 y sigs.

(86) En este aspecto, cfr. DONATO DONATI: *Scritti di Diritto pubblico*, I, Padova, Cedam, 1966, págs. 20 y sigs.

(87) *El sentido del Derecho y el Estado moderno*, en «Anuario de Filosofía del Derecho». Año 1953. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, pág. 182.

la seguridad entendida muy ampliamente, tesis contra la que ha reaccionado muy recientemente nuestro maestro, el profesor Hernández-Gil (88), de manera sumamente brillante, al afirmar que la tendencia hacia la Justicia como nota esencialmente caracterizadora del Derecho es indispensable para desembocar en una convivencia social armónica.

En numerosas ocasiones nuestro Tribunal Supremo ha hecho reconocer, como principios jurídicos, sin apoyarse en el texto legal legislado ni en la jurisprudencia, a principios de Derecho natural. La cita de las sentencias en que así se reconoce sería interminable (89). Estos principios de Derecho natural deben ser indagados de acuerdo con las realidades sociales en cada caso ya que, como ha escrito, brillantemente, el profesor Eduardo García de Enterría (90), el Derecho natural sigue siendo virtual en una estructura fragmentaria o tópica del Derecho, pero sin destruir esta estructura, sino insertándose precisamente en ella. Si el Derecho natural, como todo el orden ético, no es un sistema dado de una vez por todas, sino que ha de ser *buscado*, descubierto, resulta simple comprender que los *topoi* (91) en que se concentra la experiencia jurídica han de ser normalmente los puntos de condensación del mundo de valores superiores que en el Derecho viven, los *lugares* donde únicamente pueden descubrirse su virtualidad y su exigencia operativa. Ello lleva a concretar el Derecho natural, no, repetimos, en un orden abstracto, lejano, evanescente, de preceptos o de directrices, sino en unos *Principios Generales del Derecho* perfectamente singulares y específicos, operantes en ámbitos problemáticos concretos, así como también positivados, a través de unas u otras formas, y no perdidos en la imprecisión, y mucho menos en la inf formulación de las famosas buenas intenciones.

(88) *La función social de la posesión (Ensayo de teorización sociológico-jurídica)*. Discurso de recepción como Académico de número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 17 de abril de 1967 y contestación de URSICINO ALVAREZ SUÁREZ. Madrid, 1967, págs. 87 y sigs.

(89) Una serie de ellas pueden verse en FEDERICO DE CASTRO: *Derecho civil de España. Parte General. Tomo I. Libro preliminar. Introducción al Derecho civil*. 3.^a edición. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1955, pág. 481, notas 1 y sigs.

(90) Prólogo a la versión española de THEODOR VIEHWEG: *Tópica y Jurisprudencia*. Traducción de LUIS DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN. Taurus. Madrid, 1964, páginas 14 y siguientes.

(91) Sobre el significado del término, cfr. la obra de VIEHWEG, citada en la nota anterior, pág. 14; MAX KASER: *En torno al método de los juristas romanos*. Traducción de JUAN MIGUEL. Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, Valladolid, 1964, págs. 12-13, y el magistral trabajo del profesor URSICINO ALVAREZ SUÁREZ: *La Jurisprudencia romana en la hora presente*. Discurso de recepción como Académico de número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y contestación del profesor LEONARDO PRIETO CASTRO. Madrid, 1966, págs. 102 y sigs.

Esto requiere una delicada formación de nuestros Jueces que, en el orden jurídico español aparece encomendada a la Escuela Judicial. Algunos autores, dice Sternberg (92), advierten que los juristas educados sólo en el orden práctico imprimirán probablemente una marcha más vigorosa a la vida del Derecho que la que actualmente domina bajo la influencia de los estudiantes extremados por el intelectualismo. Tal argumentación delata un punto de vista mezquino y distanciado de la cultura. No queremos hacer un «tráfico» de la vida del Derecho, como en parte sucede con tales métodos en el Nuevo Mundo; no se aviene con el conjunto de la cultura europea. No queremos Jueces «enérgicos» o «simpáticos», ni tampoco abogados «listos» y «astutos», sino hombres que, dotados de una visión amplia y profunda a la vez, sepan examinar con cuidado la decisión más pertinente, y abogados de Derecho que se esfuercen para ser algo más que hombres de negocios. Debemos formar juristas que sean aptos para imponer el Derecho científico, la Jurisprudencia científica universal y algo más, añade el profesor Batlle Vázquez (93): la Justicia. En este sentido es de destacar la tendencia francesa a la educación conjunta, procurando la convivencia en una misma institución formativa, de Jueces y abogados que recientemente viene abriéndose paso (94).

Al hablar de la armonización de los Derechos europeos, el profesor Alfonso García Valdecasas (95), afirma que no existe un poder político en Europa que pueda promover esa concordancia. Pero los juristas, aunque a más largo plazo, sí podemos hacerlo. Los juristas tenemos mucho que ver —mucho más de lo que se cree— en la transformación y orientación del Derecho. Y si hay una ciencia del Derecho que es común a los pueblos de Europa, esa misma ciencia es la llamada a proponerse como objetivo la realización de un Derecho europeo.

Por nuestra parte, yo, que no creo en Europa —como he manifestado en ocasión ya publicada (96)—, pero sí creo en el triunfo del Derecho siempre

(92) Cit. por MANUEL BATLLE VÁZQUEZ: *Consideraciones sobre Pedagogía jurídica*. Discurso de apertura de curso en la Universidad de Murcia. Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1957, pág. 26.

(93) BATLLE: *Loc. cit.*

(94) Ver, en este sentido, la reciente publicación de la Association Nationale des Avocats: *Au service de la Justice. La profession juridique de demain*. Editada por iniciativa del Batonnier PIERRE CHAPLET. Dalloz. París, 1967, pág. 520.

(95) *La unidad de Europa y el Derecho común*. Discurso de recepción como Académico de número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en 29 de abril de 1963, y contestación del profesor JOSÉ YANGUAS MESSÍA. Madrid, 1963, págs. 37 y siguientes.

(96) *La Unidad árabe ante el Derecho*. Conferencia de clausura del curso 1965-66 en la Casa Hispano-Árabe de Madrid, 1966, editada por la Embajada de la República Árabe Unida, págs. 28 y sigs.

que se conciba como instrumento realizador de la Justicia, veo en la pureza del Poder Judicial, tal como lo concibe la Ley Orgánica del Estado, la mejor salvaguardia de ese futuro que a tantos preocupa, siempre que hagámos honor a lo que encierra, para una tradición jurídica hispana, el triple simbolismo de la Cruz, la Balanza y la Espada.

PASCUAL MARÍN PÉREZ

R É S U M E

Après avoir analysé des possibles missions de contrôle constitutionnel du Pouvoir Judiciaire et surtout l'application des Lois Fondamentales espagnoles lui conférant en général ce contrôle et spécialement à travers la Juridiction contentieuse administrative, étude est faite des principes qui, dans la Loi Organique de l'Etat, garantissent l'indépendance de la justice, ceux notamment de l'immovibilité et responsabilité; libre accès a la justice pour tous les Espagnols et gratuité de la justice pour ceux qui manquent de moyens économiques; ceux d'unité juridictionnelle, inspection réservée au Président du Tribunal Suprême pour garantir l'indépendance des tribunaux et le principe d'aide à la Justice.

On y aborde également le problème de l'indépendance judiciaire en tant que garantie de l'Etat de droit en Espagne, tel que le consacre la Loi Organique de l'Etat, principe respecté bien plus efficacement que dans d'autres époques et sous d'autres régimes antérieurs. L'auteur avance certaines suggestions dont on pourrait tenir compte dans la future loi sur la Justice prévue par la Loi Organique et s'étend sur les principales caractéristiques, la mission et l'avenir du Ministère Public dans les diverses branches du Droit espagnol et la possible extension de ses attributions.

S U M M A R Y

After analyzing the possible constitutional control missions of the Judicial Power, and especially the application of the fundamental Spanish Laws which permit them this control in general and especially through Contentious Administrative Jurisdiction, it studies each of the guaranteeing principal of Juridical Independence, in the State Organic Law, such as those of Irremovability and Responsibility, Free Access to Justice on the part of all Spaniards, authorizing that of Gratuity for those who lack the economical means; those of Jurisdictional Unity, reserved Inspection, for guaranteeing that of Inde-

pendence to the President of the Supreme Court and those of Help to Justice and Jurisdictional Unity.

The problem is also covered of Judicial Independence as a guarantee of the State of Law in Spain, shaped in the State Organic Law and respected in amore efficient form than at other time and in previous governments; a series of suggestions are also exposed in case they should be considered worth of bearing in mind in the future Law of Justice which the Organic Law announces, as well as also the principal characteristics, mission and future of the Fiscal Ministry in the different branches of the Spanish law and possible extensions to these attributions.