TEMA IV. LA JURISDICCIÓN	103
I. CONCEPTO DE JURISDICCIÓN	103
1. Acepciones de la expresión	103
2. Naturaleza de la jurisdicción	103
II. DIFERENCIAS ENTRE JURISDICCIÓN, LEGISLACIÓN Y ADMINISTRACIÓN.	104
1. Jurisdicción y Legislación	104
2. Jurisdicción y Administración	106
III. LA INDEPENDENCIA DE LA JURISDICCIÓN Y SUS GARANTÍAS	107
1. La inamovilidad judicial	108
2. Prohibiciones e incompatibilidades	110
3. Responsabilidades de los Jueces	111
4. Garantías para las partes: abstención y recusación	113
IV. OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LOS JUECES Y MAGISTRADOS	115
1. La obligación de administrar justicia	115
2. Derechos	115
A) El derecho a la inmunidad	115
B) Derechos honoríficos (artículo 324 y s. LOPJ)	116
C) Derechos a la "independencia económica"	116
D) Derecho de asociación	117
V. EL PRINCIPIO DE LA UNIDAD DE LA JURISDICCIÓN	118
1. El principio	118
2. Excepciones al mismo	120

VI. LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN	122
1. La territorialidad y sus excepciones	122
2. Sus vínculos	123
3. La "sumisión"	124
VII. LOS "ÓRDENES JURISDICCIONALES"	124
1. Su necesidad	124
2. Su deslinde y dificultades	124
VIII. CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN	125
IX. CONFLICTOS DE COMPETENCIA	126
1. Terminología legal inexacta	126
2. Su resolución	126
3. Sus especies	126
4. El procedimiento	126
X. CUESTIONES DE COMPETENCIA	127
XI. PROBLEMAS DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES EN LAS COMU- NIDADES AUTÓNOMAS	127
XII. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES	130
1. La conexión	130
2. Sistemas para resolver las cuestiones prejudiciales	131
XIII. ESPECIES DE JURISDICCIÓN	134
1. Ordinaria y especiales	134
2. Contenciosa y voluntaria	134
Bibliografía	137

TEMA IV

LA JURISDICCIÓN

I. CONCEPTO DE JURISDICCIÓN

1. Acepciones de la expresión

A) Es la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos, que corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimientos que las mismas establezcan (artículo 117-3 Constit.), y en los tratados internacionales (10-2 Constit. y 2º-1 LOPJ de 1985).

B) Es un conjunto de órganos que ejercitan esta potestad (los tribunales).

C) Es una "función", de ejercicio de tal potestad.

De las tres acepciones, la tercera, es incompleta; nos habla de una actividad sin explicarnos cuál es su fuerza motriz —la potestad— y es utilizada en los regímenes de "unidad de poder y diversidad de funciones", esto es, en los totalitarios.

En cuanto a la segunda, será examinada ulteriormente ("orgánica").

Así pues, nos atenemos a la primera, que, siendo la legal —su origen lo hallamos nada menos que en la Constitución de Cádiz de 1812— es correcta (Alcalá-Zamora Castillo); la Constitución de 1978, no ha innovado nada aquí.

2. Naturaleza de la jurisdicción

¿Poder o potestad? Si no hay duda de que la jurisdicción constituye una parte de la soberanía, ha habido dudas sobre aquella naturaleza. En efecto, Montesquieu diferenciaba "poderes" legislativo, ejecutivo y judicial (libro XI, capítulo VI de su obra *L'esprit des lois*); pero al tratar del "judicial", utilizaba sin diferenciar, las expresiones *pouvoir* y *puissance* (poder y potestad), lo cual indicaba que no conocía la diferencia entre ambas nociones, que es fundamental. Nuestro Jovellanos, en este punto, tampoco tenía las ideas claras (Fairén-

Guillén). Sin embargo, la distinción aparece ya en la Constitución de Cádiz, artículos 242 y 245

La diferenciación entre "poder" y "potestad" ha sido laboriosa (Ranelletti, Chioyenda, Invrea y finalmente Santi Romano, Carnelutti); en España, se distinguió en el siglo XIX en este punto, Vicente y Caravantes (más conocido en América que en España), pero se ha llegado al final.

En efecto, doctrinal —y legalmente en su caso— "poder" se contrapone a "deber", en plano de igualdad; como "derecho" se contrapone a "obligación". Pero "potestad" indica una situación de superioridad —de "autoridad"—, de una persona o entidad sobre otra, que queda sujeta a aquélla.

Y exactamente eso es lo que ocurre en la jurisdicción; quienes detentan la potestad —los tribunales— se hallan en situación de supremacía con respecto a los justiciables.

La "autoridad" de la jurisdicción, se manifiesta en sus elementos integrantes, con caracteres de *imperium* de "mando": su potestad se diversifica en las de "conocer" y "sentenciar" (*notio* y *judicium*); en la de "ejecutar o hacer ejecutar lo juzgado" —aquí es donde mejor puede manifestarse la nota de "coerción" clásica del *imperium*; y en la de adoptar medidas para asegurar el "conocimiento", y "la sentencia" y su "ejecución" —medidas cautelares—.

II. DIFERENCIAS ENTRE JURISDICCIÓN, LEGISLACIÓN Y ADMINISTRACIÓN

1. Jurisdicción y Legislación

Se ha de partir de la idea de que la "ley" tiene carácter general, en tanto que la "jurisdicción" opera sobre aplicación de las leyes a casos particulares (artículo 117-3 Constit. y 2º LOPJ). Es principio general, que los jueces no pueden dictar, en el desempeño de sus funciones jurisdiccionales, normas de carácter general (como también *debe serlo* el que la ley no se dirija a casos particulares individualizados). Es secuencia del sistema "legalista" que rige en España frente al "jurisdiccionalista" de otros países.

Pero recordemos el caso de las "pretensiones y sentencias constitutivas" con efectos *erga omnes* —y las que se dicten en materia de "intereses difusos"—; ya dijimos que en tales casos, se debe apreciar una actividad normativa de la jurisdicción (lo cual está reconocido,

implícitamente en el artículo 1º-6 del Cód. civil y explícitamente en su "exposición de motivos" de 1974, *cfr. supra*). Esta función, anexa a la puramente jurisdiccional, es la que debe aparecer paladinamente con la frase del artículo 117-4 de la Constit. y 2º-2, integrada por un principio: "Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior" —esto es, la de "juzgar" y hacer ejecutar lo juzgado en los procesos—: y una "coletilla" un tanto proclive a confusiones: "y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho". Las pretensiones constitutivas, no están reconocidas expresamente —con tal nombre— "por ley": pero existen reguladas "en las leyes" —ej., las de separación matrimonial, divorcio, anulación de matrimonio—; en materia de trabajo, gran número de sentencias son constitutivas y sus "leyes" prevén estos fenómenos, aunque no los designen por tal nombre específicamente.

Se trata de un punto de "fricción" entre la legislación y la jurisdicción, provocada por las circunstancias.

Y hay que entender la expresión "ley" en el sentido de los artículos 5º, 6º y 7º de la LOPJ.

Según el 5º, los tribunales se hallan "vinculados" por la Constitución e "interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales" (esto es, la "jurisdicción" se halla "vinculada a la ley", en su continuación y la forma eficiente al declarar en cada caso concreto cuál es "la voluntad de la ley", Fairén-Guillén).

Según el 6º, los jueces y tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición (naturalmente inferior) contraria a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa; y si debieren aplicar concretamente alguna norma legal que estimaren contraria a la Constitución, deben promover antes de hacerlo "la cuestión de inconstitucionalidad", ante el Tribunal Constitucional, que resolverá si dicha norma debe aplicarse o no, por sentencia constitutiva (artículos 35 y ss. Ley Org. Trib. Constit.).

El artículo 7º, LOPJ, es muy interesante en su parte dedicada a la "protección" —judicial— de los "derechos... colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos (de los colectivos) se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción".

Esta diferenciación, al final del artículo —“grupos”—, nos hace pensar en la aplicabilidad del proceso a las “masas de intereses difusos”, que como tales, ya vimos, carecen de legitimación propiamente dicha, y hay que dotarlos de ella. Ello constituye un adelanto importante, aunque no exento de los riesgos que tales pretensiones presentan.

Salvo estos puntos de “fricción” —que podrían incrementarse, desgraciadamente si, p. ej., el legislativo intentare influir sobre los jueces y tribunales por otro medio que no fuera el de la ley— la distinción es bastante clara. No así en cuanto a las leyes con destinatario único o “leyes-privilegio” de grupo o clase, cuya aparición es frecuente.

2. Jurisdicción y administración

Invertiremos, en deseado beneficio de la claridad, las diferencias por razón de la función:

A) La administración es una función —que se basa, naturalmente, en una infraestructura personal y de actividad— *primaria*; no cabe concebir un Estado moderno sin una administración. El mismo principio elemental de la distribución del trabajo y de la especialización, la exigen.

B) En cambio, la jurisdicción, es una función *sustitutiva, secundaria* (Chiovenda); en efecto, si todo ser humano ejercitase sus derechos sin extralimitarse y cumpliera puntual y exactamente con sus obligaciones legales... sobraría el proceso como medio coercitivo de reinsaurar la paz jurídica, porque ésta... no se alteraría nunca. Esto es, la “jurisdicción” —los tribunales, a través de los procesos, intervienen para imponer el que se haga (o deje de hacerse) lo legalmente debido; o en todo caso, para conjurar el peligro de extralimitaciones— holgaría.

A') Por razón de los principios fundamentales que rigen su actividad:

La administración aplica criterios y principios propios, políticos, sociales, económicos, etcétera, en función de su *pública utilidad, de su oportunidad* (y ello la puede hacer incurrir en infracciones a normas superiores; de ahí que se la controle por diversos métodos).

B') La jurisdicción aplica el derecho objetivo; si lo halla “injusto” sólo puede acudir al legislativo a través del “Consejo General del Poder Judicial” (argumentado en el artículo 109-1 LOPJ), a fin de obtener una reforma (principio de “legalidad”) sin perjuicio de poder promover, si estimare inconstitucional una norma que debiera aplicar, la “cuestión de inconstitucionalidad” ya indicada.

Por razón de la función propiamente dicha:

A") Los funcionarios administrativos están *jerarquizados*, y como tales, han de obedecer las "instrucciones" de los "superiores", los "reglamentos", las "circulares" e incluso las "órdenes de servicio" individuales, aunque no lleven fundamentación.

B") Los jueces y magistrados, *en el desempeño de su potestad jurisdiccional*, "son independientes respecto a todos los órganos judiciales (se entiende, de sus superiores, jurisdiccionalmente) y de gobierno del Poder Judicial" (artículo 12-1 LOPJ); "independientes" con respecto a "todos" (artículo 13 LOPJ).

Los tribunales superiores, tan sólo pueden corregir "la interpretación o aplicación del ordenamiento jurídico" efectuada por sus inferiores, cuando conozcan del conflicto en la vía de un recurso, vía jurisdiccional (artículo 12-2 LOPJ); continuación de la primera instancia, como lo son la queja, la apelación y la casación, o por un proceso nuevo destinado a destruir el anterior por haberse cometido en él una grave injusticia (la "revisión"); pero nunca de modo "gubernativo".

[En efecto, jueces y magistrados, tienen una "organización necesariamente administrativa", de otro lado; es menester promover al ingreso y ascensos en la carrera judicial; al reparto de los jueces por toda la geografía española; a satisfacerles sueldo, etcétera, todo ello, nada debe tener que ver con su independencia cuando actúan en un proceso; *en él, no obedecen sino a la ley*, procesal o material].

III. LA INDEPENDENCIA DE LA JURISDICCIÓN Y SUS GARANTÍAS

Por ello, la característica de jueces y magistrados, en su labor jurisdiccional, es su *independencia* (en contraste con la dependencia oficial de los funcionarios administrativos).

Y precisa protegerla, ya que la declaración del artículo 13 de la LOPJ puede ser violada. Los medios de protegerla son:

A) Los que podríamos denominar —en sentido figurado, naturalmente— de "autodefensa"; el artículo 14 LOPJ dice que "los jueces y magistrados que se consideren inquietados o perturbados en su independencia... practicarán por sí mismos las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden jurídico". (La aplicación de esta norma, debería llevar a introducir, un "proceso penal incidental", por "desacato al tribunal" —el desacato, lo constituiría el atentado a su independencia, y deberían

adoptarse las normas penales y procesales necesarias—; lo que los ingleses llaman *contempt of the court* (Fairén-Guillén).

B) Los que podría llamar —siempre en sentido figurado— de “heterodefensa”; el mismo artículo de la LOPJ dice —en primer lugar, por cierto— que “los jueces y magistrados que se consideren inquietados o perturbados en su independencia”.

a) Lo pondrán en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial (solamente a efectos administrativos, “disciplinarios”, ya que tal organismo, *no es jurisdiccional*);

b) Darán cuenta al juez y tribunal competente. Esto ya lo hallamos más acertado; pero ¿y si el tribunal competente, es él mismo? Nos hallaríamos en caso de aplicar el *contempt of the court* que precisa crear;

c) Además, el Ministerio Fiscal, de oficio o a petición de dichos jueces o magistrados, “promoverá las acciones pertinentes en defensa de la independencia judicial” (artículo citado 14.2 LOPJ).

1. *La inamovilidad judicial*

Es la máxima garantía de la independencia judicial con respecto al Estado, del cual dependen, de otro lado, “administrativamente”; y abusando de esa “administración”, el Estado... puede abusar, intentando influir en la conducta jurisdiccional de jueces y magistrados.

La “inamovilidad” está consagrada literalmente en el artículo 117-1 y 2 de la Constit. de 1978; el artículo 1º LOPJ repite la expresión; y la desarrolla —defectuosamente— en su artículo 15: “Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en esta Ley”.

La lucha histórica en favor de tribunales independientes, ha sido muy larga (y no comenzó ciertamente con la Enciclopedia, sino mucho antes; ya se hallan muestras incluso en Roma y en la Edad Media) (Fairén-Guillén); para nosotros, culminó con la definición de “inamovilidad” en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870:

“Artículo 9º. No podrá el Gobierno destituir, trasladar de sus cargos, ni jubilar a los Jueces y Magistrados, sino en los casos y en la forma que establecen la Constitución de la Monarquía y las leyes. En ningún caso podrá suspenderlos” (la alusión a la Constitución —la de 1869—, la llamada “de la gloriosa” —revolución— se hace,

pues en ella, se dedicó una muy importante parte al Poder Judicial, no sin extraordinarias discusiones parlamentarias —recordemos la mantenida, en cuanto a la intervención de la Corona en la destitución de los jueces, entre Olózaga y Figueras).

“Artículo 222 (LOPJ de 17870). La inamovilidad judicial consiste en *el derecho* que tienen los jueces y magistrados a no ser destituidos, suspensos, traslados ni jubilados, sino por alguna de las causas que en este título se expresan”.

(Anotemos que actualmente ha desaparecido la expresión “derecho”; esto es muy importante).

[Y si el título correspondiente de la LOPJ contenía al final, una “cláusula” “en blanco”, por lo tanto, peligrosa, la nueva LOPJ, para los casos de “separación y jubilación” acude al Consejo General del Poder Judicial, el cual, en su totalidad, es nombrado por el Parlamento (artículo 112 LOPJ) y por lo tanto, afronta el riesgo de verse politizado: riesgo reconocido incluso por el Tribunal Constitucional] (*cfr.* Fairén-Guillén, sobre este espinoso pero ineludible tema, monográficamente).

Las “causas” de “pérdida de condición de juez o magistrado”, son secuencias de la renuncia del interesado, de la pérdida de la nacionalidad española, de una declaración de incapacidad, de una sanción disciplinaria o de una pena principal o accesoria, impuesta por el tribunal competente, de separación del cargo o de inhabilitación absoluta o especial para cargo público, más, naturalmente, la jubilación (artículo 379 LOPJ); cabe la “reversibilidad” de la separación, esto es, la “rehabilitación”, en los casos primero, segundo y cuarto citados (artículos 380 y ss. LOPJ); la concederá el Consejo General del Poder Judicial (de aquí en adelante, CGPJ).

Las “causas de suspensión” son también de tipo judicial no consumado o sí: iniciación de proceso penal por delito cometido en el ejercicio de sus funciones; auto de prisión o de libertad bajo fianza, o de procesamiento por delito doloso, acuerdo en expediente disciplinario o de incapacidad (otra vez el CGPJ) y por sentencia penal que imponga la suspensión como pena principal o accesoria (artículo 383 LOPJ). La “suspensión” puede ser “provisional” o “definitiva”, siendo la base para distinguirlas, bien el final de la causa por sentencia penal (si es de condena, se extiende la suspensión a todo el tiempo de la condena) o auto de sobreseimiento (la LOPJ no distingue entre los autos de sobreseimiento provisional y definitivo, lo cual es muy grave) o “medida cautelar”, bien el plazo de seis meses, impuestos

por procedimiento disciplinario; la suspensión provisional, a su fin, lleva consigo la reincorporación a la plaza correspondiente; la definitiva, "a la pérdida de destino" (artículos 361 y ss. LOPJ) si bien el así tratado puede solicitar y obtener el "reingreso" (artículo 366 LOPJ).

Las "causas de jubilación" son, la edad y la incapacidad permanente para el ejercicio de la función (artículo 385 LOPJ), previo expediente a iniciar incluso "de oficio" ante el CGPJ (artículo 387), con posibilidad de "rehabilitación" si desapareciere la incapacidad; la "jubilación" es forzosa e irreversible, a los 65 años (artículo 387 LOPJ) y disposición transitoria núm. 28) [lo que ha dado lugar a descontento e incluso a la intervención del Tribunal Constitucional, que, a la vista de los prejuicios que tal jubilación puede producir (en lugar de producirse a los 70 años) debe ser considerada con toda prudencia, sin despreciar la hipótesis de una compensación por ella (S. 108/86 de 29-7), *cfr.* también la Ley de 28-12-88].

En cuanto al "traslado forzoso" (curiosamente, aparece en la LOPJ en el título "De las incompatibilidades y prohibiciones" y no en el "De la inamovilidad"), aparece como consecuencia de "relaciones familiares" que puedan atentar contra la imparcialidad del juez o magistrado (artículos 391 y ss. LOPJ).

A salvo los casos de supresión de la inamovilidad por sentencia firme, los procedimientos de separación, traslado, jubilación por incapacidad permanente y rehabilitación "se formarán con audiencia del interesado e informe del ministerio fiscal y de la sala de gobierno respectiva sin perjuicio de las demás justificaciones que procedan, y se resolverán por el CGPJ" (artículo 388 LOPJ). De aquí la importancia que tiene este organismo, y el riesgo a que nos referimos, *supra*. Además, no es preceptivo un informe del Consejo de Estado (que hubiera supuesto una garantía más).

2. Prohibiciones e incompatibilidades

Además de estas limitaciones a la "inamovilidad" —garantía superior de la independencia judicial en cuanto al resto de la maquinaria estatal y en cuanto a los ciudadanos— existen para jueces y magistrados, "prohibiciones" —así, las de "pertenecer a partidos políticos o sindicatos o tener empleo al servicio de los mismos"; las de participar en actos o reuniones públicas no judiciales o las que tengan por objeto cumplimentar al Rey o aquellas para las que hubieren sido con-

vocados o autorizados a asistir por el CGPJ; tomar parte en elecciones políticas, salvo la de ejercer su derecho al voto y cumplir los deberes inherentes a sus cargos (así, por ejemplo, "formar sala" para conocer de los recursos contencioso-electorales, artículo 74-1, *d*) y felicitar o censurar a los poderes, autoridades y funcionarios públicos o corporaciones oficiales (artículo 395 LOPJ).

Y también existe una larga serie de "incompatibilidades" del cargo de juez o magistrado, con otros cargos técnicos o políticos, y con otras actividades (ejercicio de la abogacía y de la procura, asesoramientos jurídicos, actividades mercantiles y funciones directivas de empresas mercantiles) (artículo 389 LOPJ).

3. Responsabilidades de los jueces

Estas limitaciones de la inamovilidad, no deben obstar al principio genérico de la misma, consagrado —una vez más— por el artículo 117 de la Constitución; su contrapartida (amén de estas limitaciones, escuetamente expuestas) se halla en la *posibilidad de exigirles responsabilidad* (artículo 16 LOPJ; *cfr.* especialmente Montero Ríos); marchando en sentido inverso a la gravedad de esta exacción y de sus posibles consecuencias, puede ser:

A) Disciplinaria, a exigir mediante un procedimiento administrativo específico fijado por la LOPJ, por causa de "faltas" (muy graves, graves, leves) en el ejercicio de sus cargos (que pueden acarrear incluso la sanción máxima de "separación" de la carrera, artículo 420 LOPJ); procedimiento seguido a instancia de la Sala de Gobierno o presidente de Tribunal Colegiado o del mismo CGPJ, ante un "instructor", juez o magistrado, de igual categoría, al menos, que el expedientado (artículo 423 LOPJ), contradictorio, con audiencia del ministerio fiscal; a solver "por la Autoridad que huiere ordenado iniciar el procedimiento" (artículo 425-3 LOPJ; esto puede ser inconstitucional) o la superior, si la sanción propuesta y a adoptar, fuere más grave de lo que admite su competencia sancionadora, según el orden fijado por el artículo 421 LOPJ.

B) Civil, "por los daños y perjuicios que causaren cuando, en el desempeño de sus funciones, incurrieren en dolo o culpa" (no punibles, naturalmente) (artículo 411 LOPJ); a instancia le la parte perjudicada o de sus causahabientes, en el juicio que corresponda (artículo 412); pero no podrá promoverse tal juicio civil, hasta que sea firme la resolución que ponga fin al proceso en que se suponga producido

el agravio, ni por quien no haya reclamado oportunamente pudiendo hacerlo (artículo 413-1) la LOPJ no fija que deban utilizarse previamente los recursos ordinarios, como lo hacía la LEC). La sentencia dictada en el juicio de responsabilidad civil, no alterará la resolución firme recaída en el proceso (artículo 413-2 LOPJ).

Aparece en la LOPJ de 1985, la "responsabilidad patrimonial del Estado por el (mal) funcionamiento de la Administración de Justicia" (artículos 292 y ss. en todo un título).

Sus "causas" son "los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia"; esta "reclamación" (y es de gran interés anotar que procede cuando se ha sufrido por algunos prisión preventiva y después, son absueltos por inexistencia del hecho imputado, o por auto de sobreseimiento libre siempre que se hayan irrogado perjuicios, artículo 294), es de naturaleza extraña, "mixta"; en efecto, debe basarse en "una resolución judicial" que "expresamente reconozca" el error judicial; la cual resolución, puede ser resultado de "una sentencia dictada en virtud de recurso de revisión" (artículo 293-1 LOPJ). En cualquier otro caso distinto, el "iter" es doble; a) el del recurso de revisión —vía jurisdiccional; resultaría así un "doble recurso de revisión" (cfr. el artículo 293-1 con la letra b) y ss. del mismo)— o bien b) una vía administrativa —petición indemnizatoria directa al Ministerio de Justicia, a tramitar con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado; con recurso contencioso-administrativo contra la resolución ministerial (artículo 293-3 LOPJ).

Estas reclamaciones contra el Estado son compatibles con la exigencia de responsabilidad civil a jueces y magistrados, según lo visto *supra* (artículo 287); respondiendo también el Estado de los daños que se producen por *dolo* o *culpa grave* de los jueces y magistrados, *sin perjuicio* de su derecho a repetir contra los mismos por medio del proceso correspondiente (artículo 296); parece claro que, la responsabilidad patrimonial del Estado, es exigible *directamente* (esto es, sin acudir previamente a la pretensión de exacción de responsabilidad civil a jueces o magistrados).

C) Responsabilidad penal, "por delitos cometidos —por jueces y magistrados— en el ejercicio de las funciones de su cargo" (artículo 405 LOPJ). Esta Ley, no ha innovado prácticamente nada con respecto a las anteriores regulaciones; las ha refundido.

El juicio "por responsabilidad penal" citado, podrá incoarse,

a) Por providencia del tribunal competente *ex officio* (artículos 407 y ss. LOPJ); b) por querrela del ministerio fiscal —naturalmente— y c) mediante el ejercicio, por particulares, de la "acción popular".

Este es el caso más peligroso; si "se abre demasiado este camino", sin requisito previo alguno, la "acción popular" sería una fuente de abusos contra los jueces y magistrados (hasta el punto, práctico, de hacerles "la vida imposible"); precisa organizar —ya lo hizo LECRIM, artículos 757 y ss.—, un "filtro" de la iniciativa penal de los particulares; ese "filtro" es el "antejuicio", a celebrar ante el mismo tribunal que, en su caso, debiera conocer de la causa penal, si se abriere (artículo 410 LOPJ y argumentado en el 762 LECRIM). Este "antejuicio", tiene como función, no la de prejuzgar sobre una querrela que aún no se ha admitido, sino comprobar, en resumen "la seriedad" de la misma, lo que dará lugar a admitirla a trámite.

Si el antejuicio termina rechazando el tribunal la querrela, ésta ya no puede admitirse. Si la admite, le da el trámite correspondiente según la ley procesal (la redacción del artículo 410-1 LOPJ da a entender una futura reforma de la LECRIM).

Así, se cierra el ciclo del binomio "inamovilidad-responsabilidad" judiciales (*cfr.* desde Gómez Becerra, pasando por Cortina, Cárdenas, Gómez de la Serna, Montero Ríos, hasta, por ejemplo, Martínez Calcerrada y otros, actualmente, citados por Fairén-Guillén).

4. *Garantías para las partes: abstención y recusación*

Pero, ya en trance de exponer las "garantías de la imparcialidad" —por independencia de los jueces y magistrados— entendemos que no deja de ser éste el lugar oportuno para tratar de *las garantías de los justiciables en concreto* —de "las partes en un proceso determinado"— frente a jueces y magistrados, *para proteger su imparcialidad*.

Así aparecen, *la abstención y la recusación*.

1) La "abstención" es el "deber" (LOPJ, artículos 217 y ss.; más bien "obligación") de cada juez de "apartarse" del conocimiento de un juicio en concreto, por considerarse parcial.

Debe ser motivada y comunicarse por el juez que se abstiene a la Sala de Gobierno del tribunal respectivo, a la que toca resolver si está justificada o no. Si no lo está, ordenará al juez que siga en el conocimiento de dicho proceso (sin perjuicio de las partes de "recusarlo") y, si lo estimase del caso, se podrá imponer una corrección

disciplinaria; si dicha Sala no comunica al juez esta resolución en plazo de 5 días, el juez se considerará definitivamente "apartado" del asunto (artículos 221 y 222 LOPJ).

2) La "recusación" corresponde a las partes, si el juez no se abstuvo debidamente y estiman que es parcial. Las causas de recusación, son de relación familiar con una de las partes, o tutelar, o defensa o ataque judiciales a una de ellas, de haber intervenido en el pleito o causa como dictaminador, perito o testigo, de tener pleito pendiente con una de las partes, de tener amistad íntima o enemistad manifiesta con una de ellas, o de tener interés directo o indirecto en el pleito o causa. Hay un motivo penal genuino; el de "haber sido juez instructor de la causa" si el sentenciar le corresponde a un tribunal "de que él mismo formaría parte"; este motivo, tiene su razón en el sistema acusatorio, que impide, como principio, que la "instrucción" o investigación del supuesto delito, se confunda en la misma persona que la "resolución" sobre el mismo, ya que dicha "investigación" puede llevarse o lleva consigo la aparición de prejuicios en el instructor; pero ha habido en España, dos procesos penales, para delitos no graves, en los cuales se confundían la potestad instructoria y la decisoria (esto es, tenía carácter inquisitivo) y en ellos, esta causa de recusación no era aplicable [*cfr.* Ley de 28-12-88 que los sustituyó].

La recusación, motiva un procedimiento "incidental" dirigido por otro juez o magistrado; "incidente contradictorio" con el "recusado —si se opone a su recusación— y las partes más el ministerio fiscal; mientras se desarrolla y resuelve, el asunto pasa al conocimiento de otro juez, el "sustituto", el cual lo continuará, pero no podrá dictar sentencia hasta que no se resuelva el incidente de recusación (ya que si ésta es desechada, la jurisdicción le es "devuelta" al indebidamente recusado y entonces, el "sustituto" cometería un "abuso de jurisdicción") (artículos 225 y ss. LOPJ); mejor explicado esto en el artículo 201 LEC y 62 de la LECRIM).

La desestimación de la recusación, acarrea la condena en costas del incidente a la parte recusante; y si hubiera actuado de mala fe, se le puede imponer además una multa de 5,000 a 100,000 pesetas. (Es muy grave poner "en tela de juicio" indebidamente y aun de mala fe la imparcialidad —esto es, la honorabilidad— de un juez).

IV. OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LOS JUECES Y MAGISTRADOS

1. *La obligación de administrar justicia*

Del contexto de lo ya visto, se desprende la obligación genérica de jueces y magistrados de "administrar justicia" (artículo 117-1, 3 y 4 Consti. y 2º y 2º LOPJ) —"obligación" primero, y una vez asumida, también "carga", ya que su incumplimiento acarrea inconvenientes graves para el propio juez— que se "disuelve" en múltiples funciones y facetas, que ya se han visto y verán; lógico es que, a tan importantes "obligaciones" correspondan una serie de derechos.

2. *Derechos*

Los derechos de los jueces y magistrados, pueden ser, de inmunidad —aparte el "derecho" a la independencia, fundamental y largamente examinado—, honoríficos, económicos y de asociación.

A) EL DERECHO A LA INMUNIDAD

Consiste en que no pueden ser detenidos —en servicio activo— sino por orden de juez competente (no por simple orden policial o administrativa, por "muy alta" que sea) o en caso de flagrante delito; en este último caso, será entregado el juez o magistrado detenido —ni siquiera "presunto" delincuente— *inmediatamente* al juez de instrucción más próximo (artículo 398 LOPJ).

También consiste en la carga de "abstenerse" de las autoridades civiles y militares, de "intimar a jueces y magistrados" a que comparezcan a su presencia; a) si se trata de pedirles datos o declaraciones que no se refieran al ejercicio de sus funciones, se solicitarán por escrito o se recibirán en el despacho del propio juez o magistrado (artículo 399-1 LOPJ); b) si se trata de una petición de auxilio o cooperación por razón de su cargo o de la función jurisdiccional "se prestará sin tardanza", salvo que el acto a ejecutar sea ilegal o perjudique a la propia competencia del juez o magistrado; esta denegación de cooperar, la comunicarán a la autoridad peticionaria de modo fundamentado (artículo 399-2 LOPJ).

Ello, no excusa a jueces y magistrados de declarar en causa penal; pero si el juez o magistrado que hubiese de recibir tales declaraciones fuere de categoría inferior al declarante, deberá tomársela en el des-

pacho del primero, previo aviso en el que se señale día y hora (artículo 400 LOPJ).

Como se ve la más importante "inmunidad" es la de las limitaciones a la detención.

B) DERECHOS HONORÍFICOS (artículo 324 y s. LOPJ).

Son autoridades (aunque en este punto concreto no lo diga la LOPJ) y tienen derechos de precedencia sobre otras y de tratamiento ("Excelencia", "Señoría ilustrísima" y "Señoría").

C) DERECHOS A LA "INDEPENDENCIA ECONÓMICA"

La garantiza "el Estado" mediante "una retribución adecuada a la dignidad de la función jurisdiccional" (artículo 402-1 LOPJ); también les garantiza "un régimen de seguridad social que los proteja" a ellos y a sus familiares durante el servicio activo y la jubilación.

La retribución corresponde, naturalmente, a la función y además "a la responsabilidad del cargo y el puesto de trabajo" (artículo 403).

El "hic" de este sistema, está en que el sueldo "puro" es sólo una parte —a veces pequeña— del total de lo que el juez o magistrado percibe mensualmente; al pasar a la situación de jubilado, perdiéndose "la responsabilidad y el supuesto de trabajo retribuidos" la cantidad restante, es exigua, aun calculando el 80% del sueldo regular.

También se ve esto en el régimen de retribución a jueces y magistrados enfermos (artículo 375 LOPJ); hasta el sexto mes de enfermedad —obtenida la licencia correspondiente— perciben todos sus emolumentos; a partir del sexto mes, solamente "las retribuciones básicas y por razón de familia, sin perjuicio de su complemento, en lo que corresponde, con arreglo al régimen de seguridad social aplicable".

Esto es, a "mayor gravedad o prolongación de la enfermedad" —cuando los gastos se hacen mayores, naturalmente— menores ingresos o mayor dependencia de la seguridad social (cuyos defectos han sido puestos de manifiesto pública y oficialmente por el Defensor del Pueblo ante el Parlamento: *cfr.* por ejemplo, su I Informe de 1983).

D) DERECHO DE ASOCIACIÓN

“De acuerdo con el artículo 127 de la Constitución” —que se remite a “la ley”—; tienen jueces y magistrados “derecho de libre asociación”, pero limitadas así (aunque “tengan personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines”, artículo 401-1º):

“No podrán llevar a cabo actividades políticas ni tener vinculaciones con partidos políticos o sindicatos” (402-2º); limitación muy difícil de controlar, por la dificultad de evitar que, bajo nombres retumbantemente sonoros en cuanto a sus fines, se encubran los políticos.

Deben limitarse a “la defensa de los intereses profesionales de sus miembros *en todos sus aspectos* y a la realización de actividades encaminadas al servicio de la justicia en general” (artículo citado, número citado).

No existe la obligación de asociarse.

Las asociaciones deben tener “ámbito nacional” sin perjuicio de la “existencia de secciones cuyo ámbito coincida con el de un tribunal superior de justicia” (esto es, en combinación con la distribución de las comunidades autónomas).

Sólo pueden integrarse en ellas jueces y magistrados *en servicio activo*. Esto es, “los jubilados” —y forzosamente a los 65 años— “oficialmente” “dejan de tener interés en la realización de actividades encaminadas al servicio de la justicia en general” —interés corporativo, se entiende—; de nada vale el quizás largo periodo de servicio ni la ciencia y experiencia adquiridos. Una discriminación grave, y un desperdicio de energía [Cfr. sin embargo, la Ley de 28-12-88].

Las asociaciones deberán inscribirse en un registro que llevará el CGPJ; para su inscripción precisará presentar los estatutos y la lista de afiliados. El artículo 4017 fija el contenido necesario de tales estatutos; la asociación ha de tener estructura y funcionamiento democráticos.

De todo lo dicho, debemos destacar, lamentablemente —y ello es de conocimiento notorio— que la administración de justicia, desde el punto de vista económico —presupuestario, suprimidas las “tasas judiciales”— es el de “Cenicienta”, —el personaje del cuento de Perrault, hecho realidad en tantas ocasiones, sin que se aprenda a eliminarlo remediando definitivamente su precaria situación—. Ante esta situación, para la cual no vemos un remedio *práctico* adecuado, el defectuoso funcionamiento de tal maquinaria no es extraño.

V. EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE LA JURISDICCIÓN

Este principio campea en el artículo 117-5 de la Constitución.

1. *El principio*

“El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales”; “se ejerce por los juzgados y tribunales previstos en esta Ley” (la LOPJ, artículo 3º-1), “sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos”. Frase un tanto sibilina. Estimamos que no se refiere al Tribunal Constitucional —que es “suprajurisdiccional” (mientras no se abuse de él)—. ¿Se referirá al Consejo General del Poder Judicial? Sí, si se trata de la peligrosa “jurisdicción disciplinaria” (artículo 107-4 y otros). (Y dejaría de ser “jurisdicción” si se hace realidad el riesgo de politización de dicho CGPJ, ya incluso recogido por el Tribunal Constitucional.) ¿O bien a los tribunales internacionales? El artículo 21 LOPJ, contiene una alusión indirecta a ellos; el problema cobra actualidad por la tendencia a “universalizar” los sistemas procesales (muestra de ello es el Convenio de Roma de 1950 y por el ingreso de España en la CEE, en la cual funciona un tribunal con atribuciones sobre el derecho comunitario, que es extensísimo). El caso es que... la alusión está ahí, sin que podamos, por ahora, determinar su extensión, que es lo no venial.

No existe, pues, en España, el sistema de pluralidad de jurisdicciones —salvo en lo que en seguida se dirá—, por ejemplo, como en Francia y otros países ocurre con la diferenciación entre jurisdicción civil y comercial (ello fue suprimido por el Decreto de unificación de fueros —Ministro Romero Ortiz—; de 6 de diciembre de 1869. Un Gobierno “provisional” que ejecutó, con su Parlamento y sin Constitución, esta gran labor).

Si que existen (aparte las excepciones al principio de unidad a que nos referiremos), diversos “órdenes” jurisdiccionales; si la Constitución habla de “todo tipo de procesos” (artículo 117-3, definición de la jurisdicción), estos “tipos”, la LOPJ los transforma en “órdenes” jurisdiccionales. El simple principio de la necesaria especialización ante la multiplicidad de “tipos” de situaciones jurídicas que se dan en la práctica de este Siglo XX, justifica esta diversificación de la “función jurisdiccional única” en diversos “tipos” de procesos y ante diversos “órdenes” de tribunales; problema que abordaremos más tarde.

El principio de la "unidad de la jurisdicción" es un axioma del Estado de derecho (salvo, en los Estados confederales y en ciertos aspectos, en los federales); y casi axioma del Estado absolutista, la pluralidad de jurisdicciones.

Antes de 1870 —fecha de gran significación jurídica para España— decía sobre el problema un ilustre codificador, Pedro Gómez de la Serna:

Un jurisconsulto contemporáneo dice... que durante el régimen absoluto, llegó a abusarse tanto, no sólo en la concesión de fueros privilegiados, sino en la creación de jurisdicciones especiales, *que puede asegurarse que se invirtió el orden entre regla general y sus excepciones*, pues cada clase de negocios tenía su juzgado protector y privativo, quedando reducidas las atribuciones de la jurisdicción ordinaria al conocimiento de los pocos asuntos no sometidos a un fuero especial. Desde el restablecimiento de la Constitución de 1812, las cosas cambiaron de aspecto: aunque el principio reclamado por la ley fundamental no se llevó a efecto en toda su extensión, era imposible que dejara de influir en la extirpación, aunque fuese lenta, de tan envejecido abuso. En justo tributo a la verdad, debe reconocerse que la Corona dio de buen grado el ejemplo, desprendiéndose del fuero de la Real Casa y Patrimonio, singular contraste con el empeño tenaz y ciego en que otros aforados han continuado después por más de treinta años, sosteniendo privilegios incompatibles con el espíritu de las modernas instituciones y el texto expreso de las Constituciones. Siguieron pausada y sucesivamente la misma suerte las jurisdicciones especiales de Correos y de Caminos, de Corporaciones Gremiales, de Patronatos de Legos, de Montes y Plantíos, de Mostrencos, de Población, de Caballeros Maestranes, de Rematados, y algunas otras que fueron desapareciendo sin dificultad ni contradicción, como había desaparecido antes la famosa Santa Hermandad y otras, sólo por consecuencia del Reglamento *Provisional* para la Administración de Justicia, que tantas y tan trascendentales reformas introdujo en la organización judicial y en los procedimientos civiles y criminales, *y que por un contraste singular con la denominación de provisional tiene aún fuerza de ley en muchos puntos importantes, al paso que han caído tantas leyes fundamentales, porque se ha gobernado el país desde 1834* (Nota: esto lo escribía Gómez de la Serna en 1869) *y que parecían destinadas por su índole a larga vida, como se habían propuesto sus autores. Y es que, por una fatalidad que no se comprende, pero que se palpa, siempre que se ha tratado de grandes reformas en la organización judicial y en los procedimientos en materia criminal se han encontrado dificultades invencibles, crea-*

das por intereses de algunos, por la apatía e indolencia de otros y por la flojedad de personas que debían haber mirado como un título de gloria unir su nombre al perfeccionamiento de nuestro derecho.

Gómez de la Serna, apuntaba certeramente; en resumen, incompetencia, ignorancia, de la que derivan o bien esa aparente "apatía e indolencia" o bien... el atrevimiento, elaborando leyes incorrectas, que sólo perduran por su "autoridad" —por su *imperium*, por su coerción— pero no por su *auctoritas*, por su prestigio.

Y en cuanto al endémico problema de la "provisionalidad" de las normas, baste el ejemplo de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870; "provisional" por razones constitucionales, su "provisionalidad" ha durado más de un siglo...; y merece —su título preliminar, fundamental— un elogio que la nueva LOPJ, muy inferior, no se ha dignado otorgarle.

La nueva LOPJ que citamos, ha contribuido a "limpiar un tanto" la escena...; ha suprimido la "jurisdicción especial de censos" —catalana—, creada, si no nos engañamos, por Ley de 31 de diciembre de 1946; la "de Seguros" ("arbitral") (?); los "Tribunales Tutelares de Menores" cesarán cuando entren en funciones los Juzgados de Menores; se suprime el procedimiento —y proceso— especiales en materia de propiedad industrial y de impugnación de acuerdos sociales de las sociedades anónimas (disposiciones adicionales y una transitoria de LOPJ); igualmente —pero más bien por la tácita— la Jurisdicción Laboral, aunque subsistirá, un procedimiento específico (artículos 84 y ss.), y "un orden jurisdiccional propio" (artículo 92) (disp. adic. 12ª). Esto es, a través de los cinco órdenes jurisdiccionales" —civil, penal, contencioso-administrativo laboral y contable— se intentará conseguir —precisan aún desarrollos de la ley y la reforma de otras— la unidad jurisdiccional. Un trabajo encomiable, aunque con lagunas e innecesarios tropezones.

2. Excepciones al mismo

A) Según el art. 117-5 de la Constitución, "La Ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución". Este principio es *parcialmente* desarrollado por la LOPJ en su artículo 3º-2:

La competencia de la jurisdicción militar —dice— quedará limitada al ámbito estrictamente castrense respecto de los hechos tipificados como delitos militares y a los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con la declaración de dicho estado y *la Ley Orgánica que lo regula*, sin perjuicio de lo que se establece en el artículo 9, apartado 2 de esta Ley;

el cual, a su vez, concede ciertas potestades de prevención de los juicios de testamentaría y *ab intestato* de los miembros de las fuerzas armadas que, en tiempo de guerra, fallecieren en campaña o navegación, limitándose a la asistencia indispensable para el sepelio del difunto y aseguramiento provisorio de sus bienes, dando siempre cuenta a la autoridad civil competente. El artículo 39-1 hace alusión al "Consejo Supremo de Justicia Militar" —intervención de sus miembros en la solución de conflictos de jurisdicción—. Pero la jurisdicción militar como tal, aunque más limitada que en el presente, subsiste (L.O. de 15-7-87 y de 13-4-89, jurisdicción y proceso militar).

B) El artículo 125 de la Constitución dice a su vez que "los ciudadanos... podrán participar en la Administración de Justicia... en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales" (la iniciativa para este artículo se debió a la existencia del milenar Tribunal de las Aguas de Valencia, que tiene jurisdicción propia, *cf.* Fairén-Guillén); el artículo 19-3 de la misma LOPJ dice que "Tiene el carácter de tribunal consuetudinario y tradicional el Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana"; y el artículo 39-3^a de la Ley Orgánica de 1^o de julio de 1982, Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana... "Coadyuvar en la organización de los Tribunales consuetudinarios y tradicionales y en especial del Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana"; jurisdicción especial, pues, ya concretada con respecto a este tribunal, desde 1250 (Jaime I de Aragón); norma confirmada por la II República (Decreto de 5 de abril de 1932, no derogado por la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985); y aun estimamos que surgirán más tribunales de este tipo a lo largo y ancho de la geografía española; que la costumbre, en muchas ocasiones, "se esconde" o no está bien investigada (lo que no es el caso del Tribunal de las Aguas de Valencia, estudiado en todo el Mundo como modelo de Tribunal especial y de proceso económico): proceso de porvenir.

El Tribunal de las Aguas de Valencia es de origen muy antiguo —más de 1 000 años— y de funcionamiento constante. Está integrado por ocho jueces (síndicos) representando a cada una de las 8 acequias de riego de la Vega de Valencia. Se les elige por plazos de varios

años, por los miembros de las respectivas Comunidades de Regantes, entre los mismos. No son juristas, pero conocen muy bien el derecho de aguas de la Vega de Valencia. Así pues, ni jurados "puros" ni escabinos. Funciona en un proceso oral y concentrado, que se desarrolla en la vía pública, a la Puerta de la Catedral. Su competencia se extiende a las infracciones que se cometan en la Vega de Valencia (de uso de las aguas). No hay recursos contra sus sentencias.

VI. LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN

Siendo, como es, una emanación de la soberanía, tiene, como ésta, sus límites, por razón del territorio, de las personas y de la materia. Ahora bien, estos límites, según determinados tratados internacionales en los que España es parte, se "suavizan", de tal manera que cabe ya pensar en procesos que comiencen bajo una "jurisdicción nacional" —en su sentido rígido— y "terminen bajo otra" (CEE, derecho comunitario; tras ensayos que deberán ser muy largos y nada exentos de complicaciones, doctrinales y prácticas).

Aparte los supuestos de "inmunidad de jurisdicción y de ejecución" establecidos por las normas del derecho internacional público (artículos 21-2 LOPJ; que son muy numerosas), la jurisdicción tiene un límite.

1. *La territorialidad y sus excepciones*

En principio los juzgados y tribunales conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte (cada vez más numerosos y complejos, añadimos) (21 LOPJ).

Si en lo civil y en lo contencioso-administrativo, predomina el fuero por razón del territorio (o del ámbito de la administración española, artículo 24 LOPJ), en materia laboral y en beneficio del trabajador español —nos parece clara la intención del legislador— este fuero (por razón del "interés" del Estado, se diría) se extiende a conflictos que tengan una conexión con un contrato de trabajo que afecte a un elemento español (sujetos, prestación de los servicios, celebración del contrato, agencias en España, etcétera, convenios colectivos de trabajo, seguridad social).

En lo penal, la LOPJ atiende, entendemos que, sobre el principio de la *efectividad* de las sentencias, al del "interés del Estado", siguiendo los principios de extraterritorialidad ("supraterritorialidad", podría decirse) en los casos en que aparezca un vínculo del supuesto delito con España (sujetos activos, nacionalidad existente o adquirida posteriormente si concurrieran determinados requisitos, incumplimiento de condena en el extranjero, etcétera, artículo 23-1 —territorialidad— y 2 —extraterritorialidad).

Esta extraterritorialidad positiva española, cobra mayor fuerza —evidentemente por el principio del "interés del Estado" español— cuando se trata de determinados delitos; traición, delitos contra la paz o independencia del Estado, contra el Rey, la Reina, el heredero de la Corona o el regente, de rebelión y sedición, de falsedad de firmas o estampillas reales, del Estado, firmas de los ministros y sellos públicos oficiales, falsificación de moneda española y su expedición, otras falsificaciones que perjudiquen el crédito o intereses del Estado (aquí se ve claramente el predominio de este principio sobre el de pura territorialidad), atentados contra autoridades o funcionarios públicos españoles, los delitos perpetrados por éstos en el extranjero —siendo residentes allí— en el ejercicio de sus funciones, los cometidos contra la administración pública española, los relativos al control de cambios; siempre que sean susceptibles de tipificación según la ley penal española (fuero jurídico) (artículo 23-3 LOPJ); asimismo, domina el principio de la extraterritorialidad activa española "para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles —siempre lo mismo— de tipificarse según la ley penal española" de alguno de estos delitos: genocidio, terrorismo, piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves; falsificación de moneda extranjera; relativos a la prostitución; tráfico ilegal de drogas y "cualquier otro que según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España" (artículo 23-4 LOPJ).

2. *Sus vínculos*

Ya se ve que el principio de la "territorialidad" está ligado en toda una serie de casos, a los elementos personales de la jurisdicción —sujetos a ella— y a la "materia" del conflicto, en razón al principio "de los intereses del Estado" o de la Comunidad (ejemplo: los conflictos en materia de consumo, con fuero atractivo español artículo 22-4º).

3. La "sumisión"

El "fuero de la sumisión" expresa o tácita, rige con carácter "general" en materia civil, así como el del domicilio en España del demandante (artículo 22-2 LOPJ).

VII. LOS "ÓRDENES JURISDICCIONALES"

1. Su necesidad

Dentro del principio de unidad de la jurisdicción, que aplaudimos, ello no obsta que se deban reconocer, dentro de la "única", diversos "órdenes" (artículos 9º y muchos más de la LOPJ) de actuación de la misma; la diversidad de las actividades procesales correspondiente al ejercicio de la jurisdicción —función jurisdiccional— predica la necesidad de que sus órganos se especialicen a su vez. Todos los principios que operan en favor de la especialización de los hombres en un trabajo determinado, son los que actúan en favor de que jueces y tribunales lo hagan con respecto a cada una de las materias consideradas como fundamentales y esparcidas por el campo del derecho. Y así tenemos ya (Fairén-Guillén), y la LOPJ planifica, jueces o tribunales civiles, laborales, contencioso-administrativos, de Cuentas, penales y aun subdividida esta en potestad de vigilancia penitenciaria —para el estadio ejecutivo del proceso penal— y de Menores —fuero aparte—; y aun no sería de extrañar que este número de "órdenes jurisdiccionales" se ampliase, a la vista de la importancia adquirida por el "proceso financiero".

Por ello, la LOPJ examina con cierta minucia la extensión de cada "orden jurisdiccional".

2. Su deslinde y dificultades

Su artículo 9º se basa en el principio de la "exclusividad de la atribución de jurisdicción" a cada juzgado o tribunal y en aquel "orden"; pero este principio no puede ser enunciado solamente de modo positivo, sino que lleva consigo una "negatividad" que es la que puede provocar conflictos: "Los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional" (artículo 9-2). Fuero "atractivo"; pero... aparece la prejudicialidad: a los solos efectos

prejudiciales, cada orden jurisdiccional —dice el artículo 10-1 LOPJ— *podrá* conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente”.

Y aparece a su vez, aunque ello contradiga y organice conflictos con la LECRIM, artículos 3 al 7 —cuestiones prejudiciales— el principio *le criminel tient le civil en état*, en el artículo 10-2 LOPJ:

No obstante, *la existencia de una cuestión prejudicial penal* de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta, *determinará la suspensión del procedimiento, mientras aquella no haya sido resuelta por los órganos penales* a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca.

Y el principio de “preferencia” del orden jurisdiccional penal, aparece nítidamente en el artículo 44:

“El orden jurisdiccional penal es siempre preferente. Ningún Juez o Tribunal podrá plantear conflicto de competencia a los órganos de dicho orden jurisdiccional.”

VIII. CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN

Se pueden producir 1) entre los juzgados y tribunales —Poder Judicial como tal— y la administración, y 2) entre los juzgados y tribunales ordinarios y la jurisdicción militar. La LOPJ no se ha fijado en la posibilidad de que se produzcan conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la de algún tribunal “consuetudinario y tradicional” de los del artículo 125. Y esta posibilidad existe.

Los conflictos entre la jurisdicción y la administración.

El órgano resolutor, colegiado, tiene igualdad entre una entidad que, actúa de modo administrativo; el Consejo de Estado, del cual forman parte tres miembros (consejeros permanentes), y del PJ, más dos miembros de la Magistratura (de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo), pero designados por el CGPJ —de cuyas mayorías, de origen parlamentario, ya hemos hablado—; preside este órgano, el presidente del Tribunal Supremo (que es propuesto también, por mayoría de 3/5, por el CGPJ, artículo 107-1 LOPJ) (artículo 38); este presidente, tiene voto de calidad en caso de empate (artículo 38-2 LOPJ).

La tramitación del conflicto, se remite a ley (artículo 41) (de 19-5-87).

IX. CONFLICTOS DE COMPETENCIA

1. *Terminología legal inexacta*

En realidad, la terminología no es exacta; por su contenido, se trata de "conflictos entre juzgados o tribunales de *distinto orden jurisdiccional*" y así deberían denominarse, para diferenciarlos de los "conflictos de competencia" propios y clásicos, entre órganos jurisdiccionales del *mismo* orden jurisdiccional (en la LOPJ, en el capítulo siguiente, III del título III, libro I).

2. *Su resolución*

La resolución de los "conflictos de competencia" corresponde a una "Sala de Conflictos", especial del TS, presidida por el presidente del mismo e integrada además por dos magistrados, uno por cada orden jurisdiccional, renovables anualmente por la Sala de Gobierno del TS (artículo 42 LOPJ).

3. *Sus especies*

Pueden ser positivos o negativos. Se pueden producir *ex officio* o a instancia de parte o del MF mientras el "proceso" (?) no haya concluido "salvo que el conflicto se refiera a la ejecución del fallo" (artículo 43 LOPJ).

(Se establece la preferencia absoluta del fuero penal, artículo 44).

4. *El procedimiento*

El procedimiento, no parece complicado; requerimiento de inhibición de un órgano jurisdiccional al otro, oídas las partes y el MF, por escrito razonado; de que se inhiba del conocimiento del asunto —conflicto positivo— o de que proceda "declinar" su propio conocimiento del mismo —conflicto negativo—; el órgano requerido, oye a partes y MF y dicta resolución fundada resolviendo sobre su competencia (artículos 45 y 46 LOPJ); si accede al requerimiento, el conflicto ha terminado; si no accede —no hay acuerdo entre los dos juzgados o tribunales— se comunica al requirente y ambos órganos elevan las actuaciones a la Sala de Conflictos citada, la cual, oye al MF y resuelve el conflicto, sin recurso alguno (artículo 47).

El planteamiento del conflicto, lleva consigo la suspensión del procedimiento en ambos órganos; salvo en lo referente a actuaciones preventivas, preparatorias y cautelares necesarias, aunque sean en beneficio, no de las partes, sino aun "de terceros o el interés público" (artículo 48 LOPJ).

Cuando el motivo del conflicto sea "la falta de jurisdicción", en un proceso cuyos sujetos y pretensiones (la expresión está correctamente utilizada) fueren los mismos, contra su resolución, cabe "recurso por defecto de jurisdicción" a resolver por la Sala de Conflictos citada (artículo 50 LOPJ).

X. CUESTIONES DE COMPETENCIA

Entre juzgados y tribunales del *mismo orden jurisdiccional*. La LOPJ se remite a las "leyes procesales" —que prevén dos medios diferentes para entablar y resolver el conflicto; el de la "declinatoria": la parte interesada se dirige al juez o tribunal que estima incompetente pidiéndole que se inhiba— y la "inhibitoria" —sistema que es exponente de la extensión del dominio del proceso por las partes; la parte interesada, se dirige al juez o tribunal que estime competente, pidiéndole que requiera a su compañero, que está conociendo del proceso, que se inhiba— (artículo 51 LOPJ, remisión a leyes procesales, como se ha dicho); para evitar "vacíos" en caso de conflicto de competencia negativo —los dos jueces se inhiben del asunto— la LOPJ prevé que en tales casos "se designe el órgano que se considere competente" (lo cual no evitará que éste se niegue a su vez a conocer del asunto, por falta de competencia) (artículo 5-2 LOPJ).

Los conflictos de competencia ("cuestiones"), se han de suscitar entre jueces o tribunales de igual categoría; un inferior no puede plantearlo al superior; y el superior, *ordenará* a su vez al inferior que se inhiba, en su caso, o que "conozca" del asunto que le remite (artículo 52 LOPJ). (Esto ya está regulado en la LEC, artículos 81 y ss.; y en la LECRIM —parcialmente— en su artículo 21).

XI. PROBLEMAS DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

En los "Estatutos de Autonomía" hay disposiciones que reúnen en una sola lo referente a las resoluciones de "conflictos de jurisdicción" y "de competencia".

En efecto, según el artículo 152-2 de la Constitución,

Un Tribunal Superior de Justicia, *sin perjuicio de la jurisdicción que corresponda al Tribunal Supremo*, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. En los Estatutos de las Comunidades Autónomas podrán establecerse los supuestos y las formas de participación de aquéllas en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio. Todo ello de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial *y dentro de la unidad e independencia de ésta*.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 123, las sucesivas instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia.

Y el artículo 123 de la Constitución, así aludido, en su número 1, dice:

“El Tribunal Supremo, *con jurisdicción en toda España es el órgano superior en todos los órdenes*, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales”.

Los estatutos, suelen fijar *toda la competencia civil* (incluidos los recursos de casación y de “revisión”) en favor de los órganos jurisdiccionales en la comunidad en materia de derecho civil —o foral o especial— propio de la comunidad en cuestión. Así, estos tribunales superiores, en trance de constitución cuando esto escribimos (mientras tanto, siguen funcionando las Audiencias Territoriales, pero no como tribunales de casación ni revisión, disposición transitoria, segunda, LOPJ), pasarán a ser tribunales de casación en tales materias. Lo que precisa es aclarar las relaciones entre tales tribunales y el Tribunal Supremo.

(Nota al corregir pruebas: Se ha verificado ya la transmisión de funciones de los AT a los TSJ, aplic. Ley de 28-12-88, de Planta).

En cuanto a su competencia penal, las salas correspondientes de los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) conocerán “de las causas penales que los Estatutos de Autonomía reservan al conocimiento de los mismos” (artículo 73-3 a) LOPJ. [En los Estatutos, se reservan los recursos de casación y revisión civil al TS; los primeros, en cuanto que no afecten al derecho particular —o foral— de la comunidad; ahí está la vasta posibilidad de conflictos; en las relaciones de tipo foral con elementos de “derecho común” y a la recíproca; “terreno

mixto" y vago forzosamente; la Ley de reforma urgente de la LEC de 6-8-84, al citar como motivo de casación civil la "infracción de la jurisprudencia" —ya hemos visto el problema— contribuirá a aumentar los que se produzcan en el supuesto que ahora examinamos].

En materia contencioso-administrativa, el *fuero* de los tribunales *en* (no "de") las comunidades autónomas, se remite, naturalmente, a los recursos contra los actos y disposiciones de órganos administrativos de la comunidad autónoma (artículo 74-1 LOPJ).

Y en lo social, la sala correspondiente de los TSJ conocerá "en única instancia, de los procesos que la ley establezca sobre controversias que afecten a los intereses de los trabajadores y empresarios en ámbito superior al de un Juzgado de lo Social y no superior al de la Comunidad Autónoma" (artículo 75-1º LOPJ); aquí estimamos puede haber antinomia en diversos estatutos (por ejemplo, los del País Vasco, de Cataluña, de la Comunidad Valenciana) según los cuales, la competencia (social) de los órganos en los tribunales sítos en la comunidad, se extiende "a todas las instancias y grados" —excepto la casación y revisión—; esto es, no siguen el criterio del "ámbito territorial" o incluso "sobre la materia" previsto en la LOPJ. Todo ello precisa clarificarlo pronto, so pena de que los conflictos se produzcan y compliquen políticamente. (Nota: Últimamente, Acuerdo del CGPJ de 10-5-89).

Conocerán también estos TSJ de las cuestiones de competencia —de todos los órdenes jurisdiccionales— entre los órganos jurisdiccionales con sede en la respectiva comunidad autónoma (en materia civil y penal, "que no tengan otro superior común", artículo 73-2 y 3 LOPJ).

Anotemos que en los Estatutos ya se *utilizaba* una LOPJ que aún no existía en el tema de la competencia de los TSJ: para el proceso penal contra miembros de los Gobiernos o Parlamentos de las Comunidades por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones en el territorio de la respectiva Comunidad, son competentes los TSJ: el TS, sólo si tales delitos se cometen fuera del territorio de la Comunidad.

Y por ejemplo, en el Estatuto valenciano (y son leyes orgánicas), se dice que "la responsabilidad *penal* de los miembros del "Consell" (órgano colegiado del Gobierno valenciano, que ostenta la potestad ejecutiva y reglamentaria, artículo 17-uno) y, en su caso, la del Presidente, se exigirá a propuesta de las Cortes Valencianas, ante el Tribunal de Justicia valenciano" (artículo 19); no se especifica de qué delitos se

trate; ni se intercala la palabra "superior" para calificar a tal tribunal, al contrario de lo que se hace en el artículo 21.

Esto es: de no clarificarse "las cosas", el riesgo de conflictos es grave, en materia penal; y no digamos en materia contencioso-administrativa. . . en donde, por ejemplo, un Estatuto —el valenciano— declara que "las Leyes de la Generalidad Valenciana quedan excluidas del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, y sólo están sujetas al control de constitucionalidad, ejercido por el Tribunal Constitucional" (artículo 29-1); disposición de ámbito muy dudoso, a la vista de la Ley orgánica de dicho tribunal, y aún del 53-2 de la Constitución.

XII. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES

1. *La conexión*

Trátase de los problemas que surgen cuando, en un proceso —de orden jurisdiccional determinado, por ejemplo, el penal— en curso, surge una "cuestión" que debe ser resuelta en otro proceso con anterioridad a la primera, por existir entre ambos conflictos una conexión que impone la resolución, lógica y jurídicamente, de la segunda, como elemento o base de la resolución que haya de recaer en la primera.

La conexión, en sí misma, entre dos procesos, es el género y la "prejudicialidad" la especie. La primera, más amplia, puede —y debe— no provocar problema alguno (así, las relaciones entre la responsabilidad criminal y la civil derivada del delito; los procesos cautelares sobre el del fondo del asunto, etcétera).

Y un proceso ya terminado por sentencia firme, con efectos de cosa juzgada, puede surtir efectos en otro proceso que se inicia más tarde; pero tal caso, es un problema de extensión de los efectos de la cosa juzgada, o de los "constitutivos", si se produjeren.

Precisa, pues, para que exista una cuestión "prejudicial" propiamente dicha, que haya un proceso pendiente y que, su solución dependa de otro, que se inicia durante el curso del primero.

Si los dos procesos corresponden a un mismo orden jurisdiccional, la "conexión" debe desarrollarse ante el mismo tribunal (a no ser que éste no sea competente para conocer y resolver sobre uno de los conflictos conexos; y en el ejemplo citado, la LECRIM nos da soluciones —no muy acertadas, en algún caso— en sus artículos 17 y 18). Si la "conexión" existe entre procesos que corresponden a diferentes órde-

nes jurisdiccionales, entonces puede surgir la cuestión prejudicial. Esta, puede ser *absoluta y obligatoria* (en el caso de que el conocimiento del conflicto surgido en segundo lugar, *excluya necesariamente* al orden jurisdiccional del primer proceso: es el caso del artículo 5º LECRIM y el del artículo 362 LEC), hasta que la "cuestión" sea resuelta; o puede ser *relativa o facultativa*, si "simplemente", uno de los dos órdenes jurisdiccionales (léase procesos), *puede* quedar excluido durante el curso y resolución del otro conflicto (es el caso del artículo 6º LECRIM y el del artículo 10-1 LOPJ). Las "cuestiones prejudiciales", no se hallan sistematizadas en la legislación procesal española, aunque la LOPJ, en su artículo 10, parezca dar una pauta —parcial— dando preferencia al orden jurisdiccional penal; su número 2, establece que "no obstante" (el principio general, del artículo 10-1 según el cual "a los sólo efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional *podrá* conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente"), la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta, determinará la suspensión del procedimiento, mientras no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca.

Ya vemos en este artículo un, al parecer, "principio general" —en el número 1—; la excepción al principio general —la del número 2, la cuestión prejudicial obligatoria—; y "una posible excepción a la excepción" (el "salvo las excepciones que la ley establezca"); todo ello forma un conjunto dubitativo.

2. *Sistemas para resolver las cuestiones prejudiciales*

Cuatro sistemas hay para resolver las cuestiones prejudiciales (Alcalá-Zamora Castillo) y los cuatro aparecen en la LECRIM —artículos 3 al 6:

A) El principio de la *unidad jurisdiccional*, que, supone el predominio —relativo— del orden jurisdiccional penal; artículo 3º LECRIM y 10-1 LOPJ; según el primero,

por regla general, la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extiende a resolver, para el solo efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea *racionalmente* imposible su separación.

Esta limitación —al “sólo efecto de la represión”— se explica mejor en la Ley de lo contencioso-administrativo de 27-12-56 (que sospechamos se halla en trance de ser reformada sin que sepamos cuando esto escribimos, el alcance de la reforma), artículo 4º, según él:

“La competencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa se extenderá al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, salvo las de carácter penal”. La decisión que se pronuncie no producirá efecto fuera del proceso en que se dicta, y podrá ser revisada por la jurisdicción correspondiente”.

Aquí, queda a salvo la integridad del orden jurisdiccional penal como precedente absoluto, ya que la decisión “penal” no puede ser “revisada” fuera de lo penal, puesto que es este mismo orden jurisdiccional quien dictó la primera resolución.

B) El principio de la *prejudicialidad “externa” absoluta*. Indica que todo proceso no penal se debe suspender si se plantea un conflicto penal prejudicial; y que, resuelto éste por los tribunales penales competentes, el “otro” —no penal— queda vinculado por la sentencia penal. Tal principio invertido, se ve en el artículo 5º LECRIM: “... las cuestiones civiles prejudiciales, referentes a la validez de un matrimonio o a la supresión de estado civil se deferirán siempre al Juez o Tribunal que deba entender de las mismas, y su decisión servirá de base a la del Tribunal de lo criminal”. (Lo que cabe dudar *ahora* es si esta repercusión, se debe a los efectos de cosa juzgada o a los constitutivos de la sentencia de estado civil; por el “parentesco” de esta norma con el artículo 1252, párrafo segundo del Código civil diputamos que se trata de “efectos constitutivos”, aunque tal calificación sea ignorada por nuestro ordenamiento positivo) (Prieto Castro).

Y a la recíproca, véanse los artículos 362, 514, 1090 y siguientes y 1804 LEC; cuando “surge” —artículos 362, 1090 y s. y 1804— un conflicto penal o se le “promueve” por parte —artículo 514 LEC— el tribunal civil, suspende su proceso hasta que en el penal recaiga sentencia; “firme”, dice el artículo 1804 LEC; “ejecutoria” dice el 514. (Estimamos que se trata también de un efecto constitutivo de la sentencia penal). También “parece dar esta precedencia absoluta” el artículo 10-2 LOPJ a “lo penal”, siguiendo el principio *le criminel tient le civil en état*.

C) El sistema —ecléctico (Alcalá-Zamora Castillo)— de la *prejudicialidad “externa” facultativa*; la aparición de la prejudicialidad no

impone la suspensión de ningún proceso —especialmente, el penal, el más importante por su obligatoriedad— sino que solamente se *faculta* al citado tribunal para resolver o no dicha cuestión, artículo 6º LECRIM: “Si la cuestión civil prejudicial se refiere al derecho de propiedad sobre un inmueble o a otro derecho real, el Tribunal de lo criminal *podrá* resolver acerca de ella, cuando tales derechos aparezcan fundados en un título auténtico o en actos indubitados de posesión”.

Este artículo ha dado lugar a discusiones sobre su alcance (Aguilera de Paz, Gómez Orbaneja, Alcalá-Zamora Castillo); en 1986 (ahora) estimamos que, desde las muy diversas regulaciones civil y penal (y la imposibilidad de refundirlas); la disminución evidente del valor de la expresión “título auténtico”, por obra de la Ley de Reforma de la LEC de 6-8-84, artículo 1692-4º (suprimiendo el requisito del “documento auténtico” probatorio para abrir el recurso de casación) y el —vago, pero principio— del artículo 4º LECRIM, esta resolución del tribunal penal, tan sólo actuará “a los efectos de la represión”: diferenciándose de dicho artículo 4º, en que el tribunal penal, no suspende “su” proceso, ni concede plazo alguno para acudir a otro orden jurisdiccional; se trataría de un fenómeno parecido al del juicio “sumario” “civil”, que admite después, y contra su sentencia, otro “plenario”.

D) Otro sistema ecléctico (Alcalá-Zamora Castillo) y además de fectoso: el del artículo 4º LECRIM, según el cual

si la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia, el tribunal de lo criminal *suspenderá* el procedimiento hasta la resolución de aquella por quien corresponda; pero *puede* fijar un plazo, que no exceda de dos meses, para que las partes acudan al Juez o Tribunal civil o contencioso-administrativo competente. Pasado el plazo sin que el interesado acredite haberlo utilizado, el Tribunal de lo criminal alzará la suspensión y seguirá el procedimiento.

(Nota: este artículo no queda afectado por el 114 LECRIM que establece la preferencia del orden jurisdiccional penal; según dice expresamente su párrafo último).

El artículo 4º, sujeto también a mucha discusión, acabaría por conducirnos al absurdo; el de hacer que un *ius cogens* —el de haber de resolverse por “otro tribunal” la cuestión prejudicial, ya que la “suspensión” del proceso penal es imperativa— dependa de la voluntad

de las partes (de acudir en el plazo de dos meses o no acudir al "otro" tribunal). En tal situación, cualquiera que sea la buena voluntad de la doctrina para resolver este problema, la solución está... en eliminarlo, *reformando totalmente* el sistema (y no con las dudas de la LOPJ en sus artículos 9º-2 y 10).

En cuanto a las normas sustanciales a aplicar en las "cuestiones prejudiciales no devolutivas" —las que son resueltas por el mismo tribunal penal—, lógicamente, serán las correspondientes a la cuestión prejudicial de que se trate: normas civiles, laborales o administrativas. Y en cuanto al procedimiento, las "devolutivas" seguirán el correspondiente al orden jurisdiccional de que se trate; las no devolutivas, lógico parece que, tratándose de una manera análoga a la incidental, se sigan por un procedimiento "incidental", como —por analogía— lo es el de las "cuestiones" o "artículos de previo pronunciamiento" del artículo 666 y siguientes LECRIM.

XIII. ESPECIES DE JURISDICCIÓN

1. Ordinarias y especiales

Ya hicimos alusión a la diferenciación entre "ordinaria" y "especiales", entendiendo como tales, la militar y las de los tribunales consuetudinarios y tradicionales (*cf. supra*).

Por "traslación de ideas" se debe interpretar el artículo 117-6 de la Constitución ("Se prohíben los tribunales de excepción") en sentido de prohibir —sería un contrasentido, además— una "jurisdicción excepcional"; a esta interpretación contribuye, como aportación de material, el artículo 26 de la misma (se prohíben los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales).

2. Contenciosa y voluntaria

Queda por ahora, hacer una alusión a la diferencia entre la "jurisdicción contenciosa" y la "jurisdicción voluntaria".

Ya vimos que la *contentio*, es el conflicto hecho crisis, por lo que, las personas opuestas en el conflicto —que devendrá litigio— ocupan posiciones "de parte"; que se acude a los jueces a fin de que actúen el derecho preexistente (salvo el dudoso caso de las pretensiones constitutivas); que —excepto en el caso del proceso penal— pueden resolver el conflicto, sin llegar al litigio judicial mediante la autocom-

posición (de la cual, forma parte incluso la que puede llamar "resignación") o la heterocomposición arbitral, siendo así el proceso un sustitutivo; que los pronunciamientos judiciales son inmutables (cosa juzgada), con posibilidad de ataque a la misma, muy difíciles —revisión—. Más, sobre todo, es la idea de "conflicto entre partes conocidas y determinadas" lo que caracteriza a la llamada "jurisdicción contenciosa".

Al contrario, en todo país civilizado hay una serie de actividades, de naturaleza más bien administrativa, necesarias, tanto para la salvaguardia de intereses privados, como porque es interés de la comunidad el salvaguardarlos mediante su constancia. Así, la determinación de la población de un país —registros de nacimientos, de defunciones—; del "status" de las personas —registros de matrimonios, de extinción de los mismos; creación, modificación y extinción de las personas jurídicas; defensa de derechos reales: más registros públicos—; y aun personales, etcétera.

Tales funciones, deben ser desempeñadas por entidades públicas, para su fehaciencia y para que mediante ella, queden protegidos los intereses de todas las personas; esto es, se hace precisa la intervención de uno o varios funcionarios públicos como tales en la realización —muchas veces constitutiva— de tales actuaciones.

Y tradicional e históricamente, muchas de tales funciones, se han confiado a jueces; y en casi todo caso, exigen un *procedimiento*, a fin de llegar al fin constitutivo del acto (solicitudes, publicación de las mismas, comprobación de la falta de oposición, prueba, etcétera). Por todas estas "apariencias", se han llegado a confundir tales actuaciones con las jurisdiccionales, y no lo son. Basta contemplar el hecho de que, muchas de tales funciones, son desempeñadas por entidades públicas y funcionarios no jurisdiccionales; notarios, registradores, inspectores, etcétera.

Quizás la clave para determinar "lo que es la jurisdicción voluntaria", debemos acudir a la diferencia entre "negocio" y "litigio"; en la jurisdicción voluntaria, el litigio no existe; no puede tampoco decirse que existe una previa "insatisfacción jurídica"; no hay "partes insatisfechas" (a lo sumo, hay una nueva necesidad que se colma con la consecución de un "negocio" en sentido amplio); esta "jurisdicción", se encomienda en ocasiones a jueces y tribunales, pero en otras ocasiones no; en tanto que si hay "contenido", conflicto, y se escoge el camino del proceso, éste no puede ser encomendado a personas que no sean jueces (el "exclusivamente", del artículo 117-3 de la Constitu-

ción española); si aparece el "litigio", todo debe cambiar; ya no hay aquella "voluntariedad".

Por ello, la llamada "jurisdicción voluntaria judicial" —repetimos, la hay "extrajudicial", encomendada a otros empleados públicos—, puede ser definida, enfocándola desde el punto de vista de sus "actos", como lo hace el artículo 1811 de la LEC española:

"Se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sean necesaria, o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas".

Si aparece el conflicto, "desaparece" la jurisdicción voluntaria: "Si a la solicitud promovida se *hiciera oposición* por alguno que tenga interés en el asunto —dice el artículo 1817 LEC— *se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieren, al tiempo de ser incoado, los interesados (nótese que no habla de "partes") y lo que fuere objeto de él, y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda, según la cuantía.*"

La otra característica de la "jurisdicción voluntaria", otra nota de diferenciación de la "contenciosa": la falta absoluta de efectos *de cosa juzgada*: "El Juez podrá variar o modificar las providencias que dictare, sin sujeción a los términos (léase "plazos") y formas establecidas para las de la jurisdicción contenciosa" (artículo 1818 LEC).

Ello debe aceptarse en sentido estricto, ya que la cosa juzgada, puede ser objeto de ataques en la jurisdicción contenciosa (el "recurso" de revisión); mas la cosa juzgada, la entenderemos como una consecuencia del "juicio" y aquí, no la hay.

En resumen: si la llamada "jurisdicción voluntaria", se encomienda a los jueces (cuando se encomienda a otros funcionarios, está claro que no se trata de jurisdicción, sino de una actividad administrativa), éstos, lo que desempeñan, aunque sea a través de "procedimientos" —noción no monopolizada por el derecho procesal— es una función "extraligiosa", "extrajurisdiccional".

Alcalá-Zamora Castillo, uno de los procesalistas españoles a quienes más ha preocupado la noción de "jurisdicción voluntaria", resume las características esenciales y diferenciales del "proceso" y del "expediente de jurisdicción voluntaria", así:

"Proceso (contencioso) —litigio-partes-acción (y pretensión interponemos) —demanda-jurisdicción-juzgador —contradicción— (interponemos) —resolución".

"Expediente (voluntario): Negocio-participantes (o interesados) —pedimento-solicitud-atribución (y no jurisdicción interpolo) —funcionario judicial (o no judicial interpolo) —falta de contradicción (por falta de conflicto hecho litigio, interpolo) —resolución (o acuerdo)."

BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, "Notas relativas al concepto de jurisdicción"; "Los conceptos de jurisdicción y de competencia en el pensamiento de Lascano", "Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria" y "Eficacia de las providencias de jurisdicción voluntaria"; "El antagonismo juzgado-partes: situaciones intermedias y dudosas"; todos en *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1973)*, cit.; MONTESQUIEU, *Del espíritu de las Leyes*, trad. española López Peñalver, con comentarios de DESTUT DE TRACY y de CONDORCET, 1820-1821; GASPAR MELCHOR DE JOVELLANOS, "Dictamen del autor sobre la institución del gobierno interino", en *Biblioteca de Autores Españoles*, de Rivadeneyra, I, Madrid, 1858; JOVELLANOS, *Consulta sobre la convocación de las Cortes por Estamentos*, op. cit.; "Primera y segunda notas a los apéndices", en op. cit., I, pp. 603 y ss.; *Crónica de la Codificación española*, Madrid, publ. por la Comisión General de Codificación, t. I; CARRETERO PÉREZ (Adolfo), una serie de artículos publicados en la *Revista de Derecho Judicial*, Madrid, sobre "La Administración de Justicia (española) en el siglo XIX" o en su mayor parte; CÁRDENAS, "Memoria histórica de la Comisión de Codificación suprimida por Decreto del Regente de 1º de octubre de 1869", en *RGLJ*, 1871.

BECCERRIL, "La Ley Orgánica y su época", en *Commemoración del Centenario de la Ley Provisional sobre organización del Poder Judicial y del Código penal de 1870*, Madrid, 1970; GUTIÉRREZ-ALVIZ ARMARIO y ALMAGRO NOSETE, "Informe sobre el Anteproyecto de Bases para una Ley Orgánica de la Justicia", en *RPDr. Iber*, 1969-1; FAIRÉN-GUILLÉN, *Informe sobre el proyecto de Ley Orgánica de la Justicia*, Universidad de Valencia y *Revista de Derecho Judicial*, 1970; ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, "Aciertos terminológicos e institucionales del Derecho procesal hispánico", en *Estudios*, cit., II; MONTERO RÍOS, "Breves indicaciones acerca de las nuevas leyes relativas al Derecho penal y organización del Poder Judicial. Idea sobre la alta misión del Magistrado". Discurso de Apertura de los Tribunales, pronunciado por él mismo el 15 de septiembre de 1870 (fecha de la promulgación de la vieja y excelente Ley Orgánica) como ministro de Justicia, en *RGLJ*, 1870; ORIOL y URQUIJO, "El Centenario de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 y la reforma de Justicia", *Discur-*

so de Apertura de los Tribunales, 1970; CARRERAS LLASANA, "Naturaleza del órgano jurisdiccional", en *RDP*, 1965; GONZÁLEZ ESCRIBANO, "El Poder Judicial a través de las Constituciones españolas hasta 1870 y reflejo de las mismas en la Ley Orgánica", en *Rev. Der. Jud.*, 1971; PITT-TASWELL-LANGMEAD, *English Constitutional History*, 14 ed., Londres, 1946; FAIRÉN-GUILLÉN, *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1971; "Habeas corpus" y "Manifestación", en *Estudios de Derecho Procesal civil, penal y constitucional*, t. I., GARCÍA GALLO, "Jueces populares y jueces técnicos en la Historia del Derecho español", en *La Justicia Municipal en sus aspectos histórico y científico*, Madrid, 1946; ALBACAR LÓPEZ, "Problemas del Juez lego", en *Rev. Der. Jud.*, 1946; CARRO MARTÍNEZ, *La Constitución española de 1869*, Madrid, 1952; *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 1869, t. III (discusión de la Constitución de 1869); interesantísimos a nuestros efectos, los discursos de OLÁZAGA (por la ponencia) y de FIGUERAS (federal); S. MARTÍN-RETORDILLO BAQUER, "Presupuestos constitucionales de la función administrativa", en *Rev. Admón. Públ.*, Madrid, 1958; GALLEGO MARTÍNEZ, *Organización de Tribunales*, Madrid, 1944; LOCKE, *Of civil Government*, reimposición, Londres, 1943; JOVELLANOS, "Memoria en que se rebaten las calumnias divulgadas contra los individuos de la Junta Central del Reino, y se da razón a la conducta y opiniones del autor desde que recobró la libertad", en *Biblioteca de Autores Españoles*, de Rivadeneyra, cit., t. I; TAPIA, *Febrero Novísimo o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos* (refundida y ordenada por Eugenio Tapia, Valencia, 3ª ed., t. IV, 1837); ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Elementos de práctica forense*, 3ª ed., t. IV, 1851.

ORTIZ DE ARCE-MENÉNDEZ PIDAL, *Organización de Tribunales*, Madrid, 1927, t. I; CONDE PUMPIDO, "Justicia-Poder", en *Rev. Der. Jud.*, 1960; RAMOS GONZÁLEZ, "La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870. Principios que la informan", en *RGLJ*, 1970-I; RANELLETTI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 1934; CHIOVENDA, *Principios de Derecho Procesal civil*, (trad. esp. Casais y Santaló), Madrid, s. a., t. I; CANO SÁINZ DE TRAPAGA, "Semblanza de la Ley Orgánica del Poder Judicial a través de la Ciencia y de la Historia", en *Rev. Der. Jud.*, 1970; CASTÁN TOBEÑAS, "Poder Judicial o independencia judicial" (discurso de apertura de los tribunales, 1951); GÓMEZ DE LA SERNA, "Del Poder Judicial, de sus relaciones con los demás poderes y las condiciones y deberes de los que lo ejecutan" (discurso de apertura de los tribunales de 1869), en *RGLJ*, 1869; DUGUIT, *Manuel de Droit Constitutionnel*, 3ª ed., París; PRIETO CASTRO, "El autogobierno de la Magistratura", ponencia a la VI Reunión de Profesores de Derecho Procesal, Madrid, 1970; MORENO MOCHOLÍ, "Semblanza de

la Ley Orgánica", en *Rev. Der. Jud.*, 1970; MARTÍNEZ CALCERRADA, *Independencia del Poder Judicial*, 1970; ÁLVAREZ GENDÍN, *La independencia judicial*, 1966; DEAN GUEL BENZUI, "Sobre el problema de la unidad jurisdiccional", en *Rev. Der. Jud.*, 1962; MOSQUERA SÁNCHEZ, "El Poder Judicial en el Estado de nuestro tiempo", en *Rev. Admón. Publ.*, 1965; GASCÓN Y MARÍN, *Aplicaciones del principio de separación de poderes en el derecho constitucional moderno*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1951; PÉREZ SERRANO, "El principio de separación de poderes", en *op. cit.*; RUIZ DEL CASTILLO, "La doctrina de Montesquieu: su actual valor", en la misma obra; CALAMANDREI, *Proceso e Democrazia*, 1954; CARNELUTTI, *Sistema*, *cit.*, trad. esp. *cit.*, t. I; CARNELUTTI, *Teoria Generale del Diritto*, 1940; PUGLIATTI, *Il conflitto di interessi tra principale e rappresentante*, 1928; COUMOUL, *Traité du Pouvoir judiciaire*, 1911; INVREA, "Diritti potestà", en *Riv. Dir. Comp.*, 1932, I; SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, 1ª ed., Milán, 1947; FROSINI, "Potere (teoría general)", en *Novissimo Digesto Italiano*; LEVI, *Teoria generale del diritto*, 1950; FUENTES, "El principio de independencia judicial", en *Rev. Der. Jud.*, 1969; VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado*, *cit.*, I (1856); PRIETO CASTRO, "Principios políticos y técnicos para la Ley uniforme", *RDPR*, 1956-2; GUASP, *Juez y hechos en el proceso civil*, 1943; CARRERAS, *El embargo de bienes* (Barcelona), 1956; HAURIQU, *Teoria dell'istituzione o delle fondazione* (trad. it. Cesarini-Sforza) (Milán), 1967; RENARD, *La théorie de l'institution*, 1930, I; ALCAIDE ALONSO, "Algunos aspectos que tienden a consolidar la independencia judicial", en *Rev. Der. Jud.*, 1970; BARILE, *La Costituzione come norma giuridica* (Firenze), 1951; BECEÑA, *Magistratura y Justicia*, 1927; GÓMEZ DE LA SERNA, "Estado de la codificación al terminar el reinado de Isabel II", en *RGLG*, 1871; GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981; MONTERO AROCA, "La Justicia Municipal", en *Rev. Der. Jud.*, 1972.

Cfr., también DE LA RUA, *Jurisdicción y Administración*, Buenos Aires, 1979; FIX-ZAMUDIO, *Introducción a la Justicia Administrativa en el ordenamiento mexicano*, México, 1981; JÖSEF FARKAS (Budapest), "Der Einfluss der Verfassung im Zivilprozessrecht in sieben europäischen Sozialistische Ländern" (ponencia al VII Congreso Internacional de Derecho Procesal, Würzburg, 1983), Budapest, 1983; ALMAGRO NOSETE, "El Poder Judicial", (ponencia a las IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal), Madrid, 1985; FAIRÉN-GUILLÉN, "Die Garantien der Verfassung und ihr Einfluss auf die spanische Rechtssprechung", *Comunicación al Congreso de Würzburg*, t. II, Bielefeld, 1984; SAVITZKI, "Das Gerichtsrecht der Sow- und Verfassungspraxis" (*idem*); RUIZ PÉREZ "Das Recht auf effektiven Rechtsschutz", *idem*); RAMOS MÉNDEZ, "Ein Übermass an

Rechtsschutz als Hindernis für effektive Justiz?" (*idem*); CAPPELLETTI, "Das Erfordernis der Einführung alternativer Verfahren in geeigneten Fällen" (*idem*); VESCOVI, "Nationaler Rechtsschutz in Internationaler Menschenrechtsschutz" (*idem*); PICARDI, "Die schweizerische Gerichtsverfassung als Muster für eine Verbesserung des Rechtsschutzes" (*idem*); KLAMARIS, "Das recht auf Rechtsmittel" (*idem*); SCHLOSSER, "Die Sprachkenntnis einer Partei als Rechtsschutzhindernis" (*idem*); PIZZORUSSO, "Gewaltenteilung und richterliche Unabhängigkeit" (*idem*); COS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI, "Die kanadische Situation" (*idem*); LANDONI, SOSA, "Die Abhängigkeit der Intensität des Rechtsschutzes von der Qualität der Ausbildung der Richter" (*idem*); GOLDSTEIN, "Das Problem der Werterhaltung des in Streit befindlichen Gegenstandes" (todo ello, en el t. II) ("Diskussionsberichts zum VII. Internationalen Kongress für Prozessrecht", en *Würzburg*, 1983, ed. Habscheid, Bielefeld, 1984).

"The Protection of diffuse fragmented and collective interest in civil litigation" (ponencia a *Würzburg* sobre el tema, J. A. JOLOWICZ, t. II, *op. cit.*) con comunicaciones de BAJONS-GRIMM, GASPARDY, GIMENO SENDRA, GOLDSTEIN, JACOB, H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA, KERAMEUS, KOCH, KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI, LEIPOLD, MISIUK, ORMISTON, PELLEGRINI-GRINOVER, SAWZUK, SINATIONIS, Y. TANIGUCHI, ZEMANS, "Recent trends in the organization of Legal Services" (ponencia general a *Würzburg*, t. II, *op. cit.*, Bielefeld, 1984), con comunicaciones de CAPPELLETTI, JESSURUN D'OLIVEIRA, EKELÖF, ERECINSKI, GARTH, LOWELL, HERNÁNDEZ, KOJIMA, NOLSIAINEN, PATERSON, QUINTERO TIRADO, SCHUSTER y SOLANO. "La independencia de la Magistratura en la evolución actual del Derecho"; Ponencia General, VESCOVI, "Judicial Independence in modern legal developments" en *op. cit.*, t. I; comunicaciones de Víctor FAIRÉN GUILLÉN (también en la *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, y en *Estudios de Derecho Procesal civil, penal y constitucional cit.*, t. II, 1985); STORME, KING, MORALES MOLINA, GANADO, LUCAS SOSA, RUIZ PÉREZ, KELLNER, QUINTERO TIRADO, DEVIS ECHANDÍA, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, WALDER-BOHNER, LEMMENS (t. II, *op. cit.*) .

BETTERMANN, "Das Gerichtsverfassungsrecht in der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichtes", *ZZP*, 92, 496; BÖTTICHER, "Rechtsweg und Verweisung innerhalb der Gerichtsbarkeiten nach dem Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsordnung", en *Recht der Arbeit*, 1960; HABSCHIED, "Zur Aufgabe der Gerichte im sozialen Rechtsstaats", en *Festschrift für Ekelöf*, 1972, KERN-WOLFF, *Gerichtsverfassungsrecht*, 5ª ed., 1975; SCHEUNER, "Die Selbständigkeit und Ennit der Rechtspflege" en *Die Öffentliche Verwaltung*, 1953; KRAUSE, "Entscheidung über den Rechtsweg und die Verweisung von Rechtsweg zu

Rechtsweg", en *ZZP*, vol. 83; "Alternative und kumulative Gerichtszuständigkeit", en *Archiv für die civilistische Praxis*, T. 154.

BÖTTICHER, "Die Bindung der Gerichte an Entscheidungen anderer Gerichte", en la *Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentags*, 1960; BRUNS, "Bindet die Rechtskraft des deklaratorischen Urteile der Zivil und Verwaltungsgerichte auch dem Strafrichter"? en *Festschrift für Lent*, 1957; KUTTNER, *Urteilstwirkungen ausserhalb des Zivilprozesses*, 1914; SCHWAB, "Bindung des Strafrichters an rechtskräftige Zivilurteile", en *Neue juristische Wochenschrift*, 1960.

BACHOF, "Justiz und Verwaltungsgerichtsbarkeit", *ZZP*, t. 656; KARL BLOMEYER, "Begrenzung von Civil und Verwaltungsgerichtsbarkeit", en *Monatschrift für deutsches Recht*, 1952; BÖTTICHER, "Justiz und Verwaltungsgerichtsbarkeit", en *ZZP*, t. 65; MENGER, "Zum Stand der Meinungen über die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht", en la *Festschrift für Wolf*, 1975; ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Derecho Procesal criminal*, Madrid, 1940 y 1944; *Derecho Procesal penal* (con LEVENE Jr.), Buenos Aires, 1945, t. I; GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la LECRIM*, cits. t. I; FAIRÉN-GUILLÉN, *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial*, 1986.

ATTARDI, en sus *Commentari sul Codice Processuale civile*, 2ª ed. vol. I, 1975 (dirigidos por Allorio); varios, *L'ordinamento giudiziario* (dirigidos por Pizzorusso), 1974; CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, cit., 1954, 1ª ed.; FAZZALARI, "L'imparzialità del giudice", en *Rivista di Diritto Processuale*, 1972; ANDRIOLI, "La preconstituzione del giudice", en *Riv. Dir. Prov.*, 1964; PIZZORUSSO, "Il principio del giudice naturale", en *Riv. Trim. Dir. Proc. civ.*, 1975; LIEBMAN, "Efficacia della sentenza penale nel processo civile", en *Riv. Dir. Proc.*, 1957.

FAIRÉN-GUILLÉN, "Jurisdicción Voluntaria, juicios sumarios: las conclusiones en la Historia y su evolución. Posibles soluciones", en *Atti del XVII Convegno della Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo civile* (1491, Giuffrè, Milán).