

APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE POTESTAD JURISDICCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA^(*)

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Extremadura (Cáceres)

SUMARIO

1. LA JURISDICCIÓN COMO ACTIVIDAD; EL CONCEPTO DE POTESTAD; LA ESPECIFICACIÓN DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL.
2. LA CUALIFICACIÓN DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL POR SU FUNCIÓN: A) EN GENERAL SOBRE LA FUNCIÓN DE ACTUAR EL DERECHO OBJETIVO.
3. B) CRÍTICA: LA TUTELA DEL DERECHO SUBJETIVO COMO FUNCIÓN ESPECÍFICA (Y PARCIAL) DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL.
4. C) CONSIDERACIÓN DE LAS TEORÍAS DE LA COMPOSICIÓN DEL LITIGIO, SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y SATISFACCIÓN DE PRETENSIONES, DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA CONCEPCIÓN DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL COMO ACTUACIÓN DEL DERECHO OBJETIVO.
5. D) CRÍTICA FUNDAMENTAL: SEGÚN ESTA CONCEPCIÓN FUNCIONAL, LA POTESTAD JURISDICCIONAL COINCIDIRÍA CON ALGUNAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS.
6. CARACTERIZACIÓN DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL POR SU EFICACIA DE PRODUCIR COSA JUZGADA.
7. A) CONFIRMACIÓN Y CRÍTICA DEL CRITERIO DE LA COSA JUZGADA.
8. B) CRÍTICA FUNDAMENTAL DEL CRITERIO DE LA COSA JUZGADA: LA POTESTAD JURISDICCIONAL ¿ES LA POTESTAD DE ACTUAR EL DERECHO SÓLO EN ÚLTIMA INSTANCIA?
9. C) ALGUNOS SUPUESTOS PREVISTOS POR LA CONSTITUCIÓN DE ACTUACIÓN DEL DERECHO «AB INITIO» POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES.
10. D) LA ACTUACIÓN «AB INITIO» DEL DERECHO POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN MATERIA PENAL.
11. LA POTESTAD JURISDICCIONAL COMO POTESTAD DE ACTUACIÓN DEL DERECHO POR VÍA DE HETEROTUTELA.
12. A) CONSECUENCIAS: LA ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA A LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE LA POTESTAD DE ACTUAR EL DERECHO POR VÍA DE HETEROTUTELA Y LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE POTESTADES ATRIBUIDAS A LA ADMINISTRACIÓN EN ALGUNOS SUPUESTOS.
13. B) LA NATURALEZA DE LAS POTESTADES DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL RESPECTO AL PROCESO.

^(*) Publicado en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, Cáceres, Nº 3 años 1984-1985, pp. 415-458.

Este trabajo constituye una parte, en la que no se ha introducido modificación alguna, de la Memoria presentada por el autor en el concurso-oposición a la Cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Extremadura, celebrado en Madrid, en febrero de 1984.

1.- LA JURISDICCIÓN COMO ACTIVIDAD. EL CONCEPTO DE POTESTAD. LA ESPECIFICACIÓN DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL

La Jurisdicción no es sólo un conjunto de órganos específicos, sino también la actividad o, por mejor decir, una parte de la actividad que sólo esos órganos pueden realizar.

Efectivamente los órganos jurisdiccionales monopolizan, por disposición constitucional, una cierta actividad, en contraste con otras que pueden realizar si expresamente les son atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho (art. 117-4 CE).

La actividad monopolizada es designada por el art. 117-3 CE como el ejercicio de la potestad jurisdiccional: «El ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales...».

Sin embargo, en el mismo art. 117 CE se utilizan también otras expresiones para referirse a esa actividad. Según el art. 117-1 CE los Jueces y Magistrados administran la justicia. Del art. 117-4 puede deducirse que los Juzgados y Tribunales desempeñan una función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Estas dos últimas expresiones suponen, no obstante, una cualificación incompleta, meramente externa de lo que la CE atribuye en exclusiva a los órganos jurisdiccionales, porque significan sólo lo que los órganos jurisdiccionales pueden hacer pero no la aptitud jurídica de la que los órganos jurisdiccionales están investidos, que constituye el soporte de su actividad y que se ejercita al realizar esa actividad. Como decía gráficamente el profesor FAIREN, criticando el art. 31 de la Ley Orgánica del Estado: «deploramos que... se nos deje de explicar que la clave, el motor de la «función» jurisdiccional se halla en una *potestad* (subrayado del autor) jurídica, que se nos haga contemplar el vehículo en movimiento sin saber por qué se puso en marcha, ni la intensidad del mismo»¹.

Sí que alude, en cambio, a ese aspecto el art. 117-3 CE al hablar de ejercicio de la potestad jurisdiccional. Los órganos jurisdiccionales no sólo monopolizan una actividad o una función, sino de modo lógicamente previo, la aptitud jurídica para desarrollar una y otra, la cual puede concebirse, en el sistema de las situaciones jurídicas subjetivas, como una potestad.

La utilización del término «potestad» para expresar la aptitud jurídica que legitima el desempeño de la específica función de los órganos jurisdiccionales tiene una gran tradición en nuestro Derecho². El profesor FAIREN se ha ocupado de exponer la conexión entre ese término legislativo y la elaboración dogmática del concepto de potestad³.

Al concepto técnico-jurídico de potestad se ha llegado mediante una consideración analítica de las situaciones jurídicas subjetivas comprendidas en el concepto de poder en sentido amplio.

Según SANTI ROMANO «poder en sentido estricto... y derecho subjetivo entrarían en el *commune genus* de los poderes en sentido amplio, atribuidos por el ordenamiento jurídico en orden a bienes o intereses protegidos por él...; pero el primero se desenvolvería en una dirección o aspecto genérico, no tendría objetos singularmente determinados, no se resolvería en pretensiones hacia otros sujetos y, por lo tanto no sería correlativo a obligaciones, mientras que el derecho subjetivo se desenvolvería siempre en una correcta y particular relación jurídica»⁴. Advertía, similarmente, INVREA, que la potestad «no tiene como contenido directo o indirecto el tener el señorío sobre una cosa, sino simplemente el «comando» a una o varias personas»⁵.

¹ FAIREN, *La potestad jurisdiccional*, p. 83, a la que corresponde el párrafo citado. También, del mismo autor, *Algunos conceptos y principios fundamentales*, pp. 11-12. PRIETO-CASTRO, *Tratado*, I, p. 101.

² Véase FAIREN, *La potestad jurisdiccional*, passim; *Algunos conceptos y principios fundamentales*, pp. 3-12; MONTERO, *Introducción*, pp. 20-21.

³ Ob. y lugs. citadas en nota 2.

⁴ SANTI ROMANO, *Poderes, potestades, en Fragmentos de un diccionario jurídico*, Buenos Aires, 1964 (Trad. SENTIS MELENDO), pp. 299-300.

⁵ Cit. por FAIREN, *La potestad jurisdiccional*, p. 74.

Entendió también SANTI ROMANO que era conveniente realizar una ulterior distinción en el seno de los poderes en sentido estricto: «habría que hablar más propiamente de potestades cuando su titular aparece investido de una autoridad, sea ella de derecho público, sea de derecho privado, mientras que cuando falta este elemento de la autoridad y de la consiguiente posición de superioridad o supremacía, se ha usado más frecuentemente la palabra 'poder'»⁶. Esta posición de supremacía explica también que la potestad pueda concebirse como un poder de mando con efectos vinculantes para terceros⁷. Tampoco es extraña a la especificación que hace SANTI ROMANO de la potestad la cualidad que CARNELUTTI estimaba, en *su Teoria generale del Diritto*⁸, diferenciadora de la misma: «Es fundamental la distinción de los poderes según que se ejerciten en interés propio del titular o los ejercite éste por un interés no propio o no exclusivamente propio, es decir por un interés ajeno o por un interés objetivo... Incluso hay que destacar que está relativamente difundida la opinión de que la figura del poder de la potestad sólo se da cuando el poder atañe a un interés al cual permanece extraño el sujeto»⁹.

Con el profesor FAIREN¹⁰ hay que concluir en el acierto de nuestros textos legales históricos -y, ahora, del art. 117-3- CE al designar como potestad, la aptitud jurídica que los órganos jurisdiccionales desarrollan al ejercer jurisdicción, porque, como este profesor indica, el poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado «se individualiza dentro de la familia de los mismos por su calidad de 'potestad', de llevar ínsita una fuerza de mando -autoridad- basada en la superioridad de uno de sus elementos -el juez- sobre las partes, por una 'autoridad' que se manifiesta, aún antes del 'juzgar' definitivo -en la sentencia-, en todo lo que supone 'el instruir, el preparar' el juicio, lo cual supone labor juzgadora; y que se reafirma en la ejecución»¹¹.

Sin embargo, conceptuando como potestad lo que se atribuye constitucionalmente a los órganos jurisdiccionales, sólo se sienta una conclusión -probablemente en el tema sobre el que menores son las divergencias doctrinales- en torno a lo que constituye la atribución exclusiva de los mismos según la Constitución.

Como el mismo profesor FAIREN dice acertadamente: «Está bastante claro que la naturaleza jurídica de la jurisdicción como 'potestad' estatal, no colma la definición del concepto, pues no sólo se trata de una 'potestad' -como no se trataría de un 'poder'- sin definir su función -la expresión 'jurisdiccional'-»¹². Efectivamente, de potestad se habla acertadamente para designar diferentes situaciones jurídicas subjetivas de Derecho público -potestad legislativa (art. 66-2 CE), potestades administrativas¹³- y de Derecho privado¹⁴. Solo el concepto de potestad no individualiza, pues, lo que se atribuye en exclusiva por la Constitución a los órganos jurisdiccionales¹⁵, porque esto consiste en una específica potestad: la potestad jurisdiccional. Es necesario, en consecuencia, investigar las notas que individualizan a la potestad jurisdiccional dentro del género de las potestades jurídico-públicas. A ello se destinan los siguientes apartados.

⁶ SANTI ROMANO, *Poderes*, en *Fragmentos*, p. 332.

⁷ FAIREN, *La potestad jurisdiccional*, pp. 74-75.

⁸ CARNELUTTI, F., *Teoría generale*, p. 219.

⁹ SANTI ROMANO, *Poderes*, en *Fragmentos*, p. 309.

¹⁰ También MONTERO, *Introducción*, pp. 22-23.

¹¹ FAIREN, *La potestad jurisdiccional*, pp. 81-84, especialmente la última página.

¹² FAIREN, *La potestad jurisdiccional*, p. 79; aunque. lo que dice en la p. 77 parece en contradicción con lo anterior.

¹³ GARCÍA DE ENTERRIA, E., *Curso de Derecho Administrativo*, I (con T. R. FERNÁNDEZ), Madrid, 1980, pp. 370 ss.

¹⁴ DIEZ-PICAZO, L., GULLON BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, I, Madrid, 1978, p. 471.

¹⁵ No creo que pueda suscribirse lo que dice MONTERO, *Introducción*, p. 23, de que sin irrevocabilidad no habría verdadera potestad. Son abundantes las potestades cuyo ejercicio no produce actos jurídicos irrevocables.

2.- LA CUALIFICACIÓN DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL POR SU FUNCIÓN:

A) En general sobre la función de actuar el Derecho objetivo

Una de las notas que permiten diferenciar la potestad jurisdiccional es la función que mediante ella se cumple. De todos los modos en los que doctrinalmente se ha concebido esta función, nosotros entendemos que el más adecuado -en principio, porque después, como se verá, deberá hacerse una importante precisión en el seno del mismo- es el que la concibe como una función de actuación del Derecho en sentido objetivo, respecto a los casos concretos sometidos al órgano jurisdiccional. Expongamos brevemente las razones generales de esta elección.

En primer término no puede despreciarse el factor determinante de nuestro Derecho histórico y actual que ha definido la función jurisdiccional como una función de aplicación de las leyes. Desde el art. 242 de la Constitución de Cádiz -que disponía que «la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales»-, pasando por casi todos nuestros textos constitucionales del siglo XIX, hasta el art. 91 de la Constitución de 1869, determinante de la redacción del art. 2 de la LOPJ de 1870, la función jurisdiccional ha sido definida de aquel modo¹⁶. La actual Constitución no proclama esta función directamente, pero puede fácilmente deducirse de la misma, pues si los jueces sólo están sometidos a la ley (art. 117-1 CE) no podrán aplicar otra regla de juicio cuando ejerciten su exclusiva potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117-3). Esta forma tradicional y acorde, además, con el Derecho vigente de concebir la función jurisdiccional, fue recogida en la definición propuesta por la VIII Reunión de Profesores de Derecho procesal de las Universidades españolas: «Corresponde exclusivamente a los Tribunales la potestad de aplicar las normas jurídicas en los juicios civiles, penales, contencioso-administrativos y laborales, juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado por sí mismos o por medio de órganos directamente subordinados»¹⁷. Ciertamente, alguna de estas definiciones tiene el inconveniente de concebir la función de modo demasiado restringido como aplicación de la ley, cuando es lo cierto que la ley no agota todo el Derecho objetivo que ha de actuarse mediante la potestad jurisdiccional, pero, con esta corrección, son aceptables.

En segundo término, y como se verá con más claridad en el siguiente apartado, esta concepción funcional tiene en su favor el constituir una concepción unitaria de la función jurisdiccional a la que, además, no resulta difícil adecuar alguna manifestación específica de la misma.

En tercer lugar refleja, de modo inmediato y claro la relación existente entre el ordenamiento jurídico y la actividad del juez, al concebir esta última como un modo específico de realizar aquél en los casos concretos.

Se le objeta, en cambio, su escaso realismo, al ofrecer una visión rayana en el automatismo de la relación entre la actividad del juez y el ordenamiento, que omite los indudables componentes creativos de la función jurisdiccional¹⁸. Esta crítica es acertada en cuanto se dirija contra modos excesivamente simplistas de concebir el razonamiento judicial, pero no creo que sobre ella pueda basarse una concepción de la función jurisdiccional como creadora del Derecho enfrentada y distinta a la función de actuación del mismo, porque la elección entre un Derecho de creación judicial y un Derecho de creación legislativa es una opción constitucional de cada ordenamiento, que en el nuestro se resuelve con claridad en el segundo sentido¹⁹ y que, por tanto, ha de quedar nítidamente reflejada al definir la función del juez. Esta es la cuarta razón por la que nos inclinamos por mantener esta tesis.

¹⁶ FAIREN, *Algunos conceptos y principios fundamentales*, pp. 7-12.

¹⁷ Cit. por MONTERO, *Introducción*, p. 26.

¹⁸ Entre nosotros, CARRERAS, *Las fronteras*, en *Estudios* (con FENECH), pp. 108-109; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Una nueva reflexión*, en *Estudios*, p. 42; BONET, *Derecho y Derecho jurisdiccional (Conceptos)*, en *Escritos sobre la jurisdicción y su actividad*, Zaragoza, 1981, pp. 58-59; GIMENO, *Fundamentos*, p. 122.

¹⁹ DIEZ PICAZO, L., *Comentarios a las reformas del Código Civil*, I, Madrid, 1977, pp. 135-136.

Se ha manifestado reiteradamente frente a la misma una objeción, que tiene gran importancia para el desarrollo de nuestra argumentación, dado que ésta persigue hallar la nota que especifique y singularice la potestad jurisdiccional: en palabras de MORON, la realización del Derecho «en la mayoría de las ocasiones se produce y alcanza a través de funciones distintas de la jurisdiccional, como, por ejemplo, a través de la administrativa, e incluso por la actividad de los mismos particulares, cuando éstos, en vía pacífica, acomodan su conducta al mandato contenido en la norma»²⁰.

La respuesta frente a esta objeción es que la actuación del Derecho que tiene por función la potestad jurisdiccional no es un mero comportamiento con arreglo a las normas jurídicas, sino la realización en concreto de las reacciones previstas por el ordenamiento para el caso de que el comportamiento no se ajuste a la norma o exista un peligro de infracción de ésta.

Tanto uno como otro elemento utilizados para formular la anterior aclaración deben comprenderse con una conveniente amplitud, porque un trabajo de esta naturaleza no permite descender al estudio analítico de la pluralidad de manifestaciones que uno y otro pueden revestir en nuestro ordenamiento.

Se habla, en primer término, en general de reacciones previstas por el ordenamiento y no, específicamente, de sanciones, porque el concepto de sanción podría resultar inadecuado para designar la actuación del Derecho en forma mero declarativa, constitutiva e incluso en determinadas modalidades de condena, como la condena a prestación futura. El mismo REDENTI se preocupa en aclarar que «*tradizionalmente al concetto di sanzione si connette l'idea d'una violazione dolosa o colposa, mentre la nozione a cui applico qui il termine e più lata, ed abbraccia anche misure da attuare per il solo fatto obiettivo che la condotta prescritta non sia stata tenuta. Dirò dunque, magari, se si vuole, 'sanzioni e garanzì'*»²¹. Por la misma razón del restringido significado del término sanción, decía CALAMANDREI: «preferimos hablar, más bien que de sanciones, de 'medios de garantía jurisdiccional'»²².

En segundo lugar, la reacción del ordenamiento que está llamada a actuar la potestad jurisdiccional, no siempre está vinculada a la infracción de la norma (o, específicamente, del derecho por ella tutelado), sino que en ocasiones depende de un estado de anormalidad o perturbación de la situación jurídica extraprocesal que no presenta la intensidad de una infracción²³.

3.-B) Crítica: la tutela del derecho subjetivo como función específica (y parcial) de la potestad jurisdiccional

Decíamos que la concepción de la función jurisdiccional como actuación del Derecho objetivo presentaba la ventaja de ser una concepción unitaria. Pero esta misma tendencia a la unidad presenta también un inconveniente que no puede dejarse de lado: que en el esfuerzo de generalización necesario para llegar a aquella concepción, queden ocultos o minimizada la importancia de matices que puedan dar al menos a una manifestación de esa función una configuración diferenciada del resto de sus manifestaciones.

Diversos autores españoles recientes han hecho una valoración netamente negativa de las teorías que -sin pretender, por otro lado, ofrecer una explicación de la función

²⁰ ROCCO, A., *La sentenza civile*, Milano, 1962, p. 9 nota 11; M. T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1948; MORON, M., *Sobre el concepto*, p. 514 (de donde está tomado el párrafo del texto); SERRA, *Jurisdicción en Estudios*, p. 29.

²¹ REDENTI, E., *Intorno al concetto*, en *Studi e discorsi*, I, p. 231.

²² CALAMANDREI, *Instituciones*, I, p. 139.

²³ CALAMANDREI, *Instituciones*, I, pp. 140-141; HENCKEL, W., *Vorbeugender Rechtsschutz, im Zivilrecht*, y KOTZ, H., *Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht*, ambos trabajos en *Archiv für die zivilistische Praxis*, 1974, respectivamente, pp. 97-144, y pp. 145-166; RAPISARDA, C., *Premesse allo studio della tutela civile preventiva*, Riv. Dir. Proc., 1980, pp. 92-154.

jurisdiccional en su totalidad- entendían que era función de la jurisdicción tutelar el derecho subjetivo frente a su lesión o puesta en peligro²⁴.

Sin embargo, gran parte de la doctrina alemana actual mantiene con firmeza esa teoría, sobre todo para el sector cuantitativamente más importante de la manifestación de la función jurisdiccional en el proceso civil²⁵. Esta actitud se inserta en un planteamiento riguroso del tema de las funciones jurisdiccionales, atento a las consecuencias que pueda tener la afirmación teórica de una determinada función en la interpretación y aplicación del Derecho positivo y a la observación de si este último confirma o repele aquella afirmación. Ello les conduce a estimar que, si bien puede reconocerse una pluralidad de funciones al ejercicio de la jurisdicción, es necesario establecer una prelación entre las mismas, de modo que, según las manifestaciones de la jurisdicción, alguna de las funciones prima sobre las demás que sólo tienen una realización accesorias, sólo pueden -en palabras de GRUNSKY- «*Nebenprodukte' des Prozesses sein. Sein eigentlicher Zweck sind sic nicht*»²⁶.

En ese contexto y fijándose concretamente en todo lo que significan los principios dispositivo y de aportación de parte²⁷, se concluye que la función jurisdiccional no puede en ocasiones concebirse como actuación del Derecho objetivo, sino como tutela de los derechos subjetivos.

Esta afirmación merece, no obstante, dos apreciaciones críticas de diversa índole.

La primera, que la tutela de un interés jurídico privado no siempre se resuelve en la tutela de un derecho subjetivo, aunque los mecanismos procesales del principio dispositivo y del de aportación de parte permanezcan idénticos²⁸. Así, por ejemplo, pueden ser jurisdiccionalmente tuteladas expectativas que aún no han llegado a constituir derechos subjetivos²⁹; también, como advertía WACH, «la llamada acción de declaración negativa no tiene por finalidad la prueba de la eficacia y la conservación de un derecho subjetivo, sino de la integridad de la posición jurídica del demandado»³⁰.

La segunda -y de mayor interés por lo que supone respecto al concepto esencialmente unitario de la función jurisdiccional que estamos manteniendo-, que esta tesis no es contradictoria con la función de actuación del Derecho objetivo. Requiere sólo, para conectarla con esta última, la precisión de que el ordenamiento jurídico privado sólo es infringido y está necesitado en consecuencia de actuación, en la medida en que lo postule el titular del interés privado insatisfecho, porque éste ostenta un poder de disposición que le permite renunciar a la defensa de su interés, sin que esto último sea contrario al propio ordenamiento. Lo único que hay que aclarar, pues, es que, en determinados ámbitos, la actuación del particular no está al servicio del Derecho objetivo, sino que la realización de este último se subordina al interés del particular³¹.

Consecuentemente es correcto seguir manteniendo, con todas las indicadas precisiones, que es correcta la concepción general y unitaria de la función jurisdiccional como actuación del Derecho objetivo³².

²⁴ MONTERO, *Introducción*, p. 59; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Una nueva reflexión*, en *Estudios*, p. 54; BONET, *Derecho y Derecho jurisdiccional*, en *Escritos*, pp. 41-42.

²⁶ GRUNSKY, *Grundlagen*, p. 6.

²⁵ POHLE, en STEIN-JONAS, *Kommentar*, I, pp. 4-8; ROSEMBERG-SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, pp. 2-3; JAUERNIG, O., *Zivilprozessrecht*, p. 2; HENCKEL, *Prozessrecht*, pp. 48-64; GRUNSKY, W., *Grundlagen des Verfahrensrecht*, Bielefeld, 1974, pp. 1-7; ARENS, P., *Die Grundprinzipien*, en *Humane Justiz*, pp. 2-5.

²⁶ GRUNSKY, *Grundlagen*, p. 6.

²⁷ HENCKEL, *Prozessrecht*, pp. 61-63; JAUERNIG, ob. y lug. cit., en nota 25; GRUNSKY, *Grundlagen*, p. 5.

²⁸ En general GUASP, J., *La pretensión procesal*, en *ADC*, 1952, enero-marzo, pp. 18-19; ALCALÁ ZAMORA, *Notas relativas al concepto*, en *Estudios de teoría general*, I, p. 46.

²⁹ PRIETO-CASTRO, *Tratado*, I, p. 8.

³⁰ WACH, A., *Manual de Derecho procesal civil*, I, Buenos Aires, 1977, (trad. BANZHAF), p. 43.

³¹ HENCKEL, *Prozessrecht*, p. 60; ARENS, *Die Grundprinzipien*, en *Humane Justiz*, pp. 4-5; GRUNSKY, *Grundlagen*, p. 5.

³² JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, pp. 1-2; GRUNSKY, *Grundlagen*, p. 15; PRIETO-CASTRO, *Tratado*, I, p. 9.

4.-C) Consideración de las teorías de la composición del litigio, solución de controversias y satisfacción de pretensiones desde el punto de vista de la concepción de la función jurisdiccional como actuación del Derecho objetivo.

La función de la jurisdicción se concibe, por algunos autores, como composición de la litis, como solución de controversias jurídicas y como satisfacción de pretensiones.

Las teorías que -probablemente con incorrecta generalización³³- cabe reconducir a la función de solución de conflictos³⁴, han sido objeto de muy diversas apreciaciones críticas. Genéricamente han sido consideradas por GUASP excesivas desde el punto de vista sociológico -en cuanto no es necesario llegar a un estado de conflicto para que se dé el proceso-, insuficientes desde un punto de vista formal -porque un conflicto no llevado ante el juez no origina el proceso-³⁵. Las críticas más específicas se han dirigido a poner de manifiesto su inadecuación respecto al proceso penal, a los procesos seguidos en rebeldía del demandado, al proceso de ejecución y a las sentencias constitutivas necesarias³⁶.

Igualmente, desde un punto de vista diverso al que inmediatamente indicaré, podría ser criticada la tesis de la satisfacción de pretensiones: se trata del terna, que tendrá su adecuado desarrollo en otro lugar, de que el objeto procesal no puede concebirse unitariamente como una pretensión (procesal), tal como sostienen los defensores de esa tesis.

Pero ahora todas estas teorías se traen a colación con una intención bien precisa: concretamente la de analizar si suponen una concepción de la función jurisdiccional totalmente distinta a la de la actuación del Derecho objetivo o si, por el contrario, significan sólo una especificación de esta última concepción funcional.

Desde ese punto de vista, interesa resaltar, en primer término, una serie de pasajes de la exposición de CARNELUTTI:

«Quando la pretesa -nos dice CARNELUTTI, tras haberla definido como exigencia de subordinación del interés de otro al interés propio-..., incontra la resistenza e non riesce a vincerla da sè, occorre qualcos'altro affinché sia conservata la pace sociale. Questo qualcos'altro ha una diversa funzione secondo che il conflitto sia già o non sia regolato dal diritto.

Nella ipotesi negativa e così se il conflitto non è ancora composto in un rapporto giuridico, si tratta di far intervenire rispetto ad esso un comando (concreto), che ne attui la composizione.

Nella ipotesi positiva, poiché il meccanismo del diritto, quale fu descritto finora, si è dimostrato insufficiente a ottenere il suo scopo, si tratta di integrarlo con un dispositivo ulteriore atto a porvi rimedio»³⁷. En el primer caso el conflicto se resuelve creando el juez derecho para el caso concreto mediante una decisión en equidad³⁸; en el segundo, «il comando astratto (norma materiale) si individua e perciò si trasforma in comando concreto; il giudice è vox legis in quanto ius dicit per il caso singolo dichiarando ciò che rispetto ad esso vuole il diritto (obbiettivo)»³⁹. Ahora bien, el segundo de los casos cubre la inmensa mayoría de los supuestos de actuación jurisdiccional en un ordenamiento caracterizado por la previa existencia de normas jurídicas, que son un «comando astratto e generale» cuya formulación tiene la ventaja de «procurare ai cittadini la preventiva conoscenza della regola, alla quale debbono uniformare la loro condotta»⁴⁰. «Il prorando ciò che rispetto ad esso vuole il diritto (obbiettivo)». Ahocesso si fa -y en esto puede observarse la expresión concentrada de su pensamiento- per la giusta composizione della lite. 'Pace con giustizia' potrebbe così essere il motto del diritto processuale. Nè pace senza giustizia nè giustizia senza pace. Non pace senza giustizia perchè il processo, come si è visto, non tende a comporre la lite in un modo qualunque, ma a comporla secondo il diritto. Non giustizia senza

³³ Véase, p. ej., la distinción que hace SERRA, *Jurisdicción*, en *Estudios*, p. 35.

³⁴ A parte de los autores que luego consideraremos, puede verse también, recientemente, MONTORO, A., *Conflicto social, Derecho y proceso*, Murcia, 1980, passim

³⁵ GUASP, *La pretensión*, pp. 15-17.

³⁶ ZANZUCCHI, *Diritto*, I, pp. 8-9; LIEBMAN, E. T., *Manual de Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1980, (trad. SENTIS MELENDO), p. 6; CALAMANDREI, P., *Il concetto de «lite» nel pensiero di Francesco Carnelutti*, en *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, pp. 200-226; ALCALÁ-ZAMORA, *Notas relativas al concepto*, en *Estudios*, pp. 25-28; MORON, *Sobre el concepto*, pp. 529-530 (intentando superar algunas objeciones); MONTERO, *Introducción*, compárense pp. 65 con 104-105.

³⁷ CARNELUTTI, F., *Sistema*, I, p. 43.

³⁸ CARNELUTTI, *Sistema*, I, pp. 134-135.

³⁹ CARNELUTTI, *Sistema*, I, p. 134.

⁴⁰ CARNELUTTI, *Sistema*, I, pp. 18, 41, 135.

pace perchè il diritto non si applica o non si attua da chi sta nel conflitto ma da chi sta sopra il conflitto; supra partes, non inter partes; al fine di comporre una lite, non di tutelare un interesse»⁴¹.

CHIOVENDA formulaba su crítica a CARNELUTTI en términos de una alternativa: «Si por composición justa se entiende aquella conforme a la ley, se resuelve en la actuación de la voluntad de la ley; pero si se entiende una composición cualquiera, la que de cualquier modo ponga fin al litigio, debe sin duda rechazarse una doctrina que retrotraería el proceso moderno, inspirado por completo en un ideal elevado de justicia, al proceso embrionario de los tiempos primitivos, únicamente encaminado a establecer a toda costa la paz entre los litigantes»⁴². Y CALAMANDREI la orientaba en el sentido de demostrar cómo la evolución histórica de la jurisdicción ha dejado atrás la función de pacificación como única o fundamental, para destacar en los tiempos actuales la función de garantizar la observancia del Derecho⁴³. Como se ha observado en los párrafos precedentemente reproducidos, CARNELUTTI no desconocía la importancia totalmente preponderante de la composición de los litigios mediante la aplicación del Derecho objetivo, por lo que su teoría se ha estimado, con razón, no sustancialmente divergente de la que concibe la función jurisdiccional como actuación del Derecho⁴⁴, sino complementaria de ésta⁴⁵.

La apreciación de la tesis de MORON relativa a la solución de controversias jurídicas no conduce a diferentes resultados. Para él, el Derecho sustancial es anterior, conceptual y tal vez cronológicamente, al Derecho procesal⁴⁶, las relaciones que el Derecho sustancial regula entre los individuos dan ocasión a que surjan actitudes de oposición y de controversia en lo que concierne a la aplicación de la norma⁴⁷, las cuales necesitan de solución «para que no padezca la paz jurídica y la justicia que el ordenamiento trata de mantener»⁴⁸. La función de la potestad jurisdiccional es la solución de las controversias jurídicas mediante la aplicación de las normas jurídicas⁴⁹.

Las teorías que mantienen FAIREN y MONTERO, a pesar de su indudable relación con la construcción de GUASP, presentan radicales diferencias respecto a esta última, por el papel importante que juega en ellas la referencia a un Derecho preestablecido. En la medida en que este último puede no ser respetado aparece la necesidad de la función Jurisdiccional, cuyo cumplimiento conduce a la reintegración del orden jurídico.

Así, para FAIREN, «a ese estado de paz social y jurídica, en base a la observancia de las normas objetivas que proporcionan el estado de satisfacción (sea individual, sea general), se opone el hecho, la apariencia de que uno (o varios) de los miembros de la comunidad, ha vulnerado un interés jurídicamente protegido (individual o social) produciendo un «descontento» o una «indignación» por el ataque al dicho estado de satisfacción»⁵⁰. Mientras que la satisfacción jurídica es la consecución y obtención práctica de una situación de cosas equilibrada y favorable a un sujeto en sus intereses jurídicos, conseguida a través de una actuación jurisdiccional, mediante el cumplimiento efectivo de una norma»⁵¹.

MONTERO manifiesta que no cabe desconocer la base sociológica sobre la que descansa la jurisdicción, pero no la hace radicar ni en el conflicto de intereses, ni tampoco en la mera pretensión en el sentido de GUASP, sino que para él esa realidad sociológica aparece ya, por principio, juridificada, como una situación de desarreglo en el plano extraprocesal, en el cual un interés jurídico no habría hallado satisfacción mediante la observancia voluntaria del Derecho material⁵². De ahí que concluya que «para nosotros

⁴¹ CARNELUTTI, *Sistema*, I, p. 247.

⁴² CHIOVENDA, *Instituciones*, I, p. 49.

⁴³ CALAMANDREI, *Instituciones*, I, pp. 181-184; también ZANZUCCHI, *Diritto*, I, p. 9.

⁴⁴ SERRA, *Jurisdicción*, p. 34.

⁴⁵ LIEBMAN, *Manual*, p. 6.

⁴⁶ MORON, *Sobre el concepto*, p. 508.

⁴⁷ MORON, *Sobre el concepto*, p. 509.

⁴⁸ MORON, *Sobre el concepto*, p. 511.

⁴⁹ MORON, *Sobre el concepto*, pp. 513-522.

⁵⁰ FAIRÉN, V., *El proceso como función*, en *Temas*, I, pp. 364-365.

⁵¹ FAIRÉN, *El proceso como función*, en *Temas*, I, p. 361.

⁵² MONTERO, *Introducción*, pp. 84 ss., especialmente 85-88, 95-96.

formalmente la función de la jurisdicción consiste en satisfacer de modo jurídico pretensiones y resistencias, y materialmente en satisfacer intereses jurídicos»⁵³.

La postura de GUASP ha evolucionado de modo considerable desde su formulación en los *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*⁵⁴ -donde, si bien pueden detectarse las preocupaciones que explican la posterior evolución de su actitud teórica, la separación respecto a la orientación más generalizada aún no es total- hasta la exposición que ofrece en su artículo *La pretensión procesal*⁵⁵.

En la primera de esas obras indicaba, tras analizar las teorías que conciben la función de la jurisdicción como actuación del Derecho objetivo y como tutela de los derechos subjetivos, que «es indiferente decir, en efecto, que el proceso es una serie de actos que tienden a una actuación del derecho objetivo, pretendida por una parte, o afirmar que dicha tendencia consiste en la actuación de una pretensión conforme con el ordenamiento jurídico. Si existe una igualdad entre pretensión y derecho objetivo, una vez establecida dicha igualdad lo mismo puede considerarse la actuación ulterior como actuación del derecho objetivo que como actuación de la pretensión»⁵⁶. Mostraba, no obstante, cierta preferencia por las teorías subjetivas porque, a diferencia de las otras, permitían dar inmediatamente entrada a la pretensión como elemento generador del proceso, haciendo de la norma jurídica «simple punto de referencia, aunque indispensable, para obtener la actuación de la pretensión»⁵⁷. Esta apreciación demuestra, precisamente, a la luz de la evolución posterior, que el pensamiento del autor aún no había alcanzado una formulación plenamente coherente, porque resulta en cierto modo contradictoria con la distinción, bastante clara ya en los *Comentarios*, entre pretensión procesal y derecho subjetivo⁵⁸.

En *La pretensión procesal* el autor se plantea la necesidad de una explicación de la función del proceso -y de la función de la jurisdicción⁵⁹- que aúne el dato social al que el proceso está vinculado y la expresión de ese dato tal como ha sido recogida y configurada por el Derecho⁶⁰. Sociológicamente el proceso no tiene como base el conflicto, sino la queja, la reclamación o la protesta, pues «al hombre hay que atenderlo, en una única medida, por su reclamación y no por los efectos de ésta; peleará, pero aunque no pelee, si ha reclamado, ha obligado ya a un mecanismo de atención social a que se ocupe de él»⁶¹. El Derecho conforma ese dato social formalizando esa queja o reclamación interindividual en una pretensión y creando una institución jurídica destinada al tratamiento de la misma: el proceso⁶². «El proceso aparece así como un instrumento de satisfacción de pretensiones, una construcción jurídica destinada a remediar, en derecho, el problema planteado por la reclamación de una persona frente a otra. El ordenamiento jurídico trata de resolver este problema mediante un mecanismo de satisfacción, pero de satisfacción evidentemente jurídica y no de satisfacción intersociológica o social. Para el derecho una pretensión está satisfecha cuando se la ha recogido, se la ha examinado y se la ha actuado se ha denegado su actuación: el demandante cuya demanda es rechazada está jurídicamente tan satisfecho como aquél cuya demanda es acogida»⁶³.

Lo peculiar de la tesis de GUASP, que la separa radicalmente de todas las teorías hasta aquí consideradas, se halla en que, ni al contemplar la base sociológica, ni al referirse a la conformación jurídica de la misma, entiende el autor correcto vincular teóricamente la pretensión con una situación extraprocesal sobre la que incide el Derecho

⁵³ MONTERO, *Introducción*, p. 108.

⁵⁴ GUASP, *Comentarios*, I, pp. 7-12, 341-343.

⁵⁵ GUASP, J., *La pretensión*, pp. 8-61.

⁵⁶ GUASP, *Comentarios*, I, p. 9.

⁵⁷ GUASP, *Comentarios*, I, pp. 9-10.

⁵⁸ GUASP, *Comentarios*, I, pp. 8-9, 336 ss.

⁵⁹ GUASP, *La pretensión*, pp. 54-55.

⁶⁰ GUASP, *La pretensión*, p. 22, tras la crítica que ha realizado en las páginas anteriores a las teorías que conciben la función del proceso como solución de un conflicto social o como actuación del Derecho.

⁶¹ GUASP, *La pretensión*, pp. 22-23.

⁶² GUASP, *La pretensión*, pp. 24-26.

⁶³ GUASP, *La pretensión*, pp. 26-27.

material. El concepto de pretensión procesal se construye como un precepto jurídico totalmente inmanente en el Derecho procesal, éste -dice el autor- «gira en torno a este concepto; no tiene un más allá o trasfondo jurídico de primer grado del que él sería mero apéndice o la consecuencia. Más allá del derecho procesal no hay derecho civil o derecho penal, sino pura y simple sociología»⁶⁴.

La consecuencia de levantar toda su construcción -incluida la función de la jurisdicción⁶⁵- sobre esta base es la de pasar por alto las relaciones entre la jurisdicción y el Derecho material⁶⁶ y comprender la función jurisdiccional como una función que sólo trasciende de sí misma en cuanto respuesta a aquel problema social que le dio origen. Esa explicación resultaría tan válida para una organización estatal en la que fuera indiferente con arreglo a qué ha de resolver el juez, como para otra en que -como en la nuestra- existe un ordenamiento jurídico previo de las relaciones humanas en sociedad, que constituye una realidad insoslayable a la hora de explicar, jurídicamente, la atención del Derecho hacia la pretensión y la función jurisdiccional respecto a la misma.

En cierto modo, la tesis de GUASP recuerda la construcción sociológica de LUHMANN, para quien «*Funktion des Verfahrens ist mithin die Spezifizierung der Unzufriedenheit und die Zersplitterung und Absorption von Protesten*»⁶⁷, mediante un mecanismo complejo destinado a vincular la personalidad de quienes en él participan y que les condiciona a aceptar su resultado⁶⁸. Pero esta misma tesis ha sido criticada por FEBBRAJO precisamente por la preponderante importancia que concede al mecanismo de solución del conflicto en sí mismo y por la indiferencia en relación con el contenido de la norma⁶⁹: en efecto -dice este autor «*i meccanismi sociali che Luhmann indica spiegano perchè le parti vincolano il loro agire all'esito del procedimento già iniziato, ma non spiegano perchè mai le parti inizino un procedimento che si risolve in una specie di rituale per la canalizzazione dei loro conflitti e l'assorbimento delle loro delusioni, garantire un qualsiasi criterio di giustizia*»⁷⁰.

Efectivamente, la función jurisdiccional persigue también la pacificación social y el aquietamiento de las protestas individuales con relevancia social⁷¹ pero, ni en una visión sociológica, cabe prescindir del papel que en ello desempeñan las normas jurídicas preexistentes⁷², ni, en una consideración estrictamente jurídica, menos aún ha de potenciarse tanto ese aspecto, porque así se oculta la relación funcional entre la jurisdicción y el ordenamiento jurídico.

5.-D) Crítica fundamental: según esta concepción funcional la potestad jurisdiccional coincidiría con algunas potestades administrativas.

El criterio funcional de la actuación del Derecho objetivo presenta, sin embargo, un inconveniente importante cuando se intenta utilizarlo para caracterizar la potestad jurisdiccional como potestad exclusiva de los órganos jurisdiccionales, y es el de que también los órganos administrativos desarrollan esta función y, lo que es más importante, están autorizados constitucionalmente para desarrollarla dentro de ciertos límites, como luego se verá.

⁶⁴ GUASP, *La pretensión*, p. 26.

⁶⁵ GUASP, *La pretensión*, pp. 54-55.

⁶⁶ PRIETO-CASTRO, *Tratado*, I, p. 89, nota 150; GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho*, I, p. 237. Indicando las diferencias de la tesis de GUASP frente a otras también relativas a la satisfacción de pretensiones, RAMOS, *Derecho y proceso*, pp. 127-128.

⁶⁷ LUHMANN, N., *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt, 1978, pp. 116.

⁶⁸ LUHMANN, *Legitimation*, pp. 55 ss.

⁶⁹ FEBBRAJO, A., *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann*, Milano, 1975, pp. 134-137.

⁷⁰ FEBBRAJO, *Funzioialismo strutturale*, p. 136.

⁷¹ Véanse los autores alemanes citados en la nota 25, que, aun reconociendo estos fines, los sitúan en una posición subordinada.

⁷² Por ejemplo, a pesar del enfoque sociológico, HAGEN, J. J., *Die soziale Funktion des Prozesses*, ZPP, 1971, pp. 385-395; del mismo, *Elemente einer allgemeinen Prozesslehre. Ein Beitrag zur allgemeinen Verfahrenstheorie*, Freiburg, 1972, p. 32.

Esta objeción ha sido tan reiteradamente formulada que una cita tendencialmente exhaustiva de los autores resultaría muy extensa⁷³. Sí que es, en cambio, muy conveniente hacer una exposición más sistemática de esa objeción que permitirá valorar su extraordinaria importancia tanto en el plano teórico, como en el plano de la configuración y atribución a determinados órganos de las funciones estatales en nuestro ordenamiento.

Desde un punto de vista teórico, la obra de KELSEN ofrece una exacta visión sistemática de la importancia de esta objeción⁷⁴. Atenderemos fundamentalmente a la exposición desarrollada en su obra *Teoría general del Derecho y del Estado*. En principio, estima el autor que no cabe una separación estricta entre la función judicial y la llamada función ejecutiva, porque «la judicial es de hecho ejecutiva, exactamente en el mismo sentido que la función que ordinariamente designase con tal palabra»⁷⁵. Sin embargo, luego estima que hay dos clases de funciones típicamente administrativas: de un lado, la que denomina administración directa -es decir, la actividad administrativa orientada a la consecución inmediata de los fines del Estado, mediante la imposición a los órganos administrativos de una conducta de realización de prestaciones y servicios sociales⁷⁶-, de otro, una parte de la que llama administración indirecta, concretamente la integrada por las órdenes y licencias expedidas por la Administración, mediante las cuales vincula a los individuos a la adopción de la conducta, activa u omisiva, deseable desde el punto de vista de la Administración⁷⁷.

«El principio de separación de poderes -sigue KELSEN- quedaría satisfecho si los órganos administrativos se limitaran a la realización de actos administrativos específicos,...., si la función judicial específica -que establece el acto antijurídico y ordena la sanción- estuviera reservada a los tribunales (...). Dentro de esa organización, la relación entre los órganos administrativos y los tribunales tendría el siguiente carácter: una autoridad fiscal, por ejemplo, expediría, de acuerdo con la ley, órdenes para el pago de impuestos. Pero en caso de que un individuo dejara de cumplir tales órdenes, la autoridad administrativa -como un acreedor privado- tendría que perseguir al causante ante un tribunal. Al tribunal correspondería establecer la violación de la ley fiscal atribuida al demandado, e imponer la sanción establecida por la ley»⁷⁸. No obstante, si se observa la ordenación de los poderes tal como se ha plasmado en organizaciones estatales concretas, se concluye que «la función administrativa específica solamente puede llenar su propósito en cooperación con la función judicial específica. Por esto es enteramente natural conferir la función judicial, en la medida en que se encuentra en conexión orgánica con la función administrativa específica, a órganos administrativos. Cuando, por ejemplo, el orden jurídico autoriza a los órganos administrativos a expedir mandamientos y obliga a los individuos a obedecer estos mandamientos, o cuando el orden jurídico obliga a los individuos a no ejercitar ciertos comercios sin licencia, entonces lo único razonable es no debilitar la autoridad a los órganos administrativos, concediendo la tarea de hacer efectivas las obligaciones administrativas de los individuos afectados, a órganos distintos de los administrativos, es decir, a los tribunales»⁷⁹.

Pues bien, esa especie de modelo teórico descrito por KELSEN explica con bastante precisión la posición de la Administración pública en nuestro Derecho. En palabras de GARCIA DE ENTERRÍA: «La Administración no necesita someter sus pretensiones a un juicio declarativo para hacerlas ejecutorias; sus decisiones son ejecutorias por propia autoridad (art. 44 y 101 LPA), de modo, que las mismas imponen por sí solas el cumplimiento, sin que resulte oponible al mismo una excepción de

⁷³ P. ej., ALLORIO, *Ensayo polémico en Problemas*, 11, pp. 32-33; ALCALÁ-ZAMORA, *Notas relativas al concepto*, en *Estudios de teoría general*, 1, P. 46; SERRA, *Jurisdicción*, en *Estudios*, pp. 32, 58-59; GIMENO, *Fundamentos*, p. 122.

⁷⁴ Refiriéndose al tema podemos citar *Teoría pura del Derecho*, pp. 152-153; *Justiz und Verwaltung*, Wien, 1929; *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, 1969, pp. 323-334.

⁷⁵ KELSEN, *Teoría general*, p. 323.

⁷⁶ KELSEN, *Teoría general*, pp. 331-332; *Teoría pura*, p. 153.

⁷⁷ KELSEN, *Teoría general*, pp. 326-327.

⁷⁸ KELSEN, *Teoría general*, pp. 327-328.

⁷⁹ KELSEN, *Teoría general*, p. 329.

ilegalidad, sino sólo la anulación efectiva lograda en un proceso impugnatorio, cuya apertura, a su vez, tampoco interrumpe por sí sola esa ejecutoriedad. Pero tampoco si ese cumplimiento es desatendido por quienes resulten obligados al mismo necesita la Administración recabar respaldo judicial para imponer coactivamente dicho cumplimiento (juicio ejecutivo), sino que ella misma puede imponer con sus propios medios coactivos la ejecución forzosa (art. 102 LPA);... En otros términos: la Administración está exenta de la carga de someter sus pretensiones tanto a juicio declarativo como a juicio ejecutivo, que alcanza a los demás sujetos del ordenamiento sin excepción»⁸⁰.

De esto cabe extraer, como primera consecuencia, que la función de actuar el Derecho objetivo no permite, sin más especificaciones, distinguir la potestad jurisdiccional de ciertas potestades administrativas, dado que, una y otras, coinciden en el cumplimiento de aquella función.

En segundo lugar, en la medida en que la Administración continúe hallándose constitucionalmente investida de esas potestades orientadas funcionalmente a la actuación del Derecho -y eso sucede en gran medida como luego veremos-, esa función no permite individualizar la potestad jurisdiccional, como potestad atribuida constitucionalmente en exclusiva a los órganos jurisdiccionales (art. 117-3 CE). En este aspecto, la referencia a aquellas potestades de la Administración como judiciales o cuasijudiciales⁸¹ ha de entenderse matizadamente, porque, tomada a la letra, conduciría a estimar su inconstitucionalidad, lo cual no es siempre correcto.

Ante la insuficiencia del criterio funcional -al menos según la versión no matizada del mismo a la que, de momento, nos ceñimos- es necesario buscar la cualidad que individualiza la potestad jurisdiccional por otros derroteros.

6.- CARACTERIZACIÓN DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL POR SU EFICACIA DE PRODUCIR COSA JUZGADA

Presupuesta la coincidencia funcional, la distinción entre la potestad jurisdiccional y ciertas potestades administrativas podría hallarse en la diferente eficacia jurídica vinculada al ejercicio de una y otra potestad.

La actuación del Derecho objetivo mediante la potestad jurisdiccional, tiene carácter definitivo e irrevocable; la potestad jurisdiccional es potestad de actuación del Derecho en el caso concreto con valor de cosa juzgada. Mientras que la actuación del Derecho mediante potestades administrativas carecería de la eficacia de producir cosa juzgada y el acto jurídico que realiza esta actuación se hallaría esencialmente expuesto a ser revisado y, en su caso, anulado, mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional por los órganos que la tienen exclusivamente atribuida.

La importancia de la cosa juzgada como nota definitoria de la jurisdicción fue considerada por JEZE⁸², pero la influencia de ese criterio en nuestra doctrina se ha producido fundamentalmente partiendo de su formulación por ALLORIO.

Según ALLORIO⁸³, las habituales formas teleológicas (actuación del Derecho, composición de la litis, aplicación de sanciones) no sirven para construir una teoría jurídica de la jurisdicción, ni de la administración, porque se hallan expuestas a decisivas objeciones derivadas del Derecho positivo⁸⁴. Una referencia segura sólo puede darla la

⁸⁰ GARCIA DE ENTERRIA, *Curso*, I (con T. R. FERNÁNDEZ), p. 409. También PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Derecho administrativo, Derecho privado, Derecho garantizador*, RAP, 1967, nº 52, p. 93.

⁸¹ GARCÍA DE ENTERRIA, *Algunas reflexiones sobre el Derecho administrativo norteamericano*, pp. 248-252; PARADA, J. R., *Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso*, RAP, 1968, n.º 55, p. 67-69; MARTIN RETORTILLO y BAQUER, L., *Estudio preliminar* a la obra de DOMPER FERRANDO, J., *Repertorio de la jurisprudencia de conflictos jurisdiccionales (1948-1975)*, Madrid, 1978, pp. 18-20.

⁸² Véase una exposición y crítica en VIZIOZ, H., *Les notions fondamentales de la procédure et la doctrine française du Droit public*, en *Etudes de procédure*, Bordeaux, 1956, pp. 74-81.

⁸³ Véanse, fundamentalmente, de ALLORIO, *Ensayo polémico y Nuevas reflexiones críticas en tema de jurisdicción y cosa juzgada*, ambos en *Problemas*, II, pp. 3-46, 51-128, respectivamente.

⁸⁴ ALLORIO, *Ensayo polémico*, en *Problemas*, II, pp. 31-33.

consideración de los efectos jurídicos que se vinculan a las hipótesis a las que el ordenamiento refiere sus previsiones⁸⁵. Partiendo de esto, «se perfila un principio de distinción que culmina en la observación de actos provistos de eficacia declarativa y susceptibles de adquirir autoridad de cosa juzgada; es decir, reguladores, a su imagen y semejanza (me sirvo nuevamente de esta expresión ajustada), de la situación jurídica sobre la cual operan; que constituyan por sí su propia legitimidad, que precluyan toda censura que tenga a ésta por objeto, a diferencia de lo que ocurre con los otros actos, después de cuyo cumplimiento, en cambio, la cuestión de su conformidad al derecho no está cerrada, sino que se abre una amplia y total posibilidad de examen»⁸⁶. Los primeros serían los actos jurisdiccionales y potestad jurisdiccional la que tuviera la aptitud de producirlos.

La tesis de ALLORIO es aceptada plenamente entre nosotros por SERRA: «no basta con la emisión de un juicio jurídico para que exista jurisdicción, en cuanto tal característica es propia también de la Administración y de los particulares, sino que es indispensable que este juicio goce de la característica de irrevocabilidad, tradicionalmente atribuida a la cosa juzgada»⁸⁷. El criterio de la cosa juzgada es el único válido para diferenciar si nos encontramos ante un acto administrativo o jurisdiccional y «en nuestra legislación, la existencia de un proceso jurisdiccional administrativo, a cuyo control están sometidos los actos administrativos, nos permite adoptar fácilmente este criterio de distinción»⁸⁸.

7.-A) Confirmación y crítica del criterio de la cosa juzgada

Efectivamente, comparando esta construcción teórica con la normativa constitucional podemos comprobar que ésta confirma con claridad que el criterio de la cosa juzgada ofrece una nota individualizadora de la potestad jurisdiccional.

El art. 106-1 CE dispone que «los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican». Este precepto, particularmente nítido en cuanto a sus implicaciones, bastaría para demostrar la adecuación al texto constitucional del criterio diferenciador de la cosa juzgada, porque sólo respecto a la actuación del Derecho mediante potestades administrativas resultaba imposible distinguir la potestad jurisdiccional por la función.

Sin embargo, también para los casos en los que la actuación del Derecho no ha sido precedida por un previo acto administrativo, contiene la Constitución un reconocimiento incidental de la nota de producción de cosa juzgada como característica de la potestad jurisdiccional: así cuando el art. 161-1 a) CE establece que «La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada» y según el art. 164-1, inciso segundo, -respecto a las sentencias del Tribunal Constitucional«Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno frente a ellas»⁸⁹.

El art. 106-1 CE no sólo confirma el criterio de la cosa juzgada como distintivo de la potestad jurisdiccional, sino que, por la amplitud que reconoce a la posibilidad de control jurisdiccional de la actividad administrativa, allana ciertas objeciones parciales que se podían oponer a la adopción de ese criterio.

Efectivamente, desde que la Administración se vio sometida a un control externo -por auténticos órganos jurisdiccionales- de la legalidad de sus actos, la técnica defensiva de las prerrogativas administrativas se orientó hacia la delimitación de sectores o aspectos de la actividad de la Administración que debían ser inmunes a la fiscalización

⁸⁵ ALLORIO, *Nuevas reflexiones críticas*, en *Problemas*, II, p. 126.

⁸⁶ ALLORIO, *Ensayo polémico*, en *Problemas*, II, p. 27.

⁸⁷ SERRA, *Jurisdicción*, en *Estudios*, p. 49.

⁸⁸ SERRA, *Jurisdicción*, en *Estudios*, p. 60.

⁸⁹ En la STC 24-enero-1983 (Sala 1.ª), RA 46/1982, BJC 1983-22, pp. 163 ss. se cita el art. 118 CE como expresivo de la autoridad de cosa juzgada.

jurisdiccional. Entre esos círculos de inmunidad jurisdiccional de la actividad administrativa -sometidos a progresiva reducción- destacaban los poderes discrecionales, los poderes políticos o de gobierno y los poderes normativos⁹⁰.

Para mantener el criterio de la cosa juzgada, como último control de la conformidad a Derecho, se consideraba necesario -lo que demuestra la importancia implícita que se concedía a la atribución de la potestad jurisdiccional a una clase de órganos determinada- aclarar, con diversos argumentos, que los actos protegidos por esa exención de control jurisdiccional, no significaban una potestad de la Administración cuyo ejercicio produjera una situación análoga a la de la cosa juzgada⁹¹. Nada de esto resulta ya necesario a la vista del art. 106-1 CE en cuanto éste supone la afirmación de la plenitud del control jurisdiccional sobre la actividad administrativa⁹².

Como conclusión de lo dicho hasta ahora podría sentarse ésta: que la potestad jurisdiccional es una potestad de actuar el Derecho de modo definitivo e irrevocable. Esa potestad es exclusiva de los órganos jurisdiccionales según la Constitución (art. 117-3) y no puede ser, en consecuencia, atribuida a órganos administrativos.

Sin embargo, la tesis de la cosa juzgada se halla expuesta, además de a unas apreciaciones críticas que se expondrán en diversos apartados a continuación, a algunas críticas concretas no siempre fáciles de superar⁹³. Ciertamente las objeciones que aludían a los procesos sumarios y a las medidas cautelares resultan, casi siempre, satisfactoriamente rechazadas con la explicación de los límites objetivos y temporales a los que la cosa juzgada se somete, pero, a la vista de algunos supuestos de nuestro Derecho positivo, esa respuesta no siempre parece válida⁹⁴.

8.-B) Crítica fundamental del criterio de la cosa juzgada: La potestad jurisdiccional ¿es la potestad de actuar el Derecho sólo en última instancia?

Siendo la potestad exclusiva de los órganos jurisdiccionales -de acuerdo con el anterior criterio- la potestad de actuar el Derecho de modo irrevocable, nada queda dicho sobre si, ante un caso en que se requiera la actuación del Derecho, ésta deberá llevarse inmediatamente a cabo por un órgano jurisdiccional, mediante el ejercicio de su exclusiva potestad, o si el legislador ordinario, sin ningún tipo de vinculación constitucional, puede establecer que esos asuntos se sometan a una previa resolución por órganos no jurisdiccionales.

Si la nota característica de la potestad jurisdiccional es la de actuar el Derecho de modo irrevocable, la potestad de actuar el Derecho a la que legalmente no se le atribuyera esa eficacia, no sería potestad jurisdiccional y, por tanto, no sería contrario a la Constitución investir de la misma a órganos no jurisdiccionales, siempre y cuando, frente a la resolución dictada por éstos, existiera la posibilidad plena de que los órganos jurisdiccionales se pronunciarán de modo definitivo e irrevocable.

El examen de la Ley Fundamental de Bonn ha inclinado a la mayoría de la doctrina alemana a mantener esa opinión, salvo en algunos supuestos específicos en los que la *Grundgesetz* impone un ejercicio *ab initio* de la potestad jurisdiccional. En palabras de DÜTZ, resumiendo esa tesis mayoritaria, a la que él también se adhiere⁹⁵:

«verlagen die Art. 92, 101 I 2, 19 IV 1 GG lediglich, dass die massgebliche letzte Entscheidung privatrechtlicher Angelegenheiten einem Richter vorbehalten bleibt. Danach kann der Gesetzgeber

⁹⁰ Sobre el tema, véase, GARCIA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, 1979, *passim*; GARCIA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso*, II, pp. 479-485, 500-503.

⁹¹ ALLORIO, *Ensayo polémico*, en *Problemas*, II, pp. 30-31; SERRA, *Jurisdicción*, en *Estudios*, p. 60.

⁹² PAREJO ALONSO, L., *La garantía jurisdiccional frente a la actividad administrativa: a propósito de los artículos 24 y 104 del Anteproyecto de Constitución*, RAP, 1977, n.º 84, pp. 570-571; GARRIDO FALLA en *Comentarios a la Constitución* dirigidos por el mismo, pp. 1059-1069.

⁹³ Véanse, p. ej., las enunciadas y resueltas por SERRA, *Jurisdicción*, en *Estudios*, p. 60 y RAMOS, *Derecho y proceso*, pp. 140-144.

⁹⁴ Así, p. ej., respecto al proceso de alimentos provisionales pueden verse mis consideraciones en *Problemas del proceso de alimentos provisionales*, en *Justicia* 82, n.º III, pp. 53-61.

⁹⁵ DÜTZ, W., *Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht*, Berlín-Zürich, 1970, pp. 202-207.

behördliche Vorverfahren zulassen bis hin zu Vorabentscheidungen in der Form eines streitentscheidenden Verwaltungsakts, soweit nur die Möglichkeit zur Anrufung des Gerichts erhalten bleibt»⁹⁶.

Similar ha sido la orientación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Le Compte, Van Leuven y De Meyère*, Sentencia de 28-junio-1981: «*La Cour ne croit pas indispensable de rechercher ce qu'il en était du conseil provincial. L'article 6 par. 1, s'il consacre le «droit à un tribunal» (...) n'astreint pas pour autant les Etats contractants à soumettre les «contestations sur (des) droits et obligations de caractère civil» à des procédures se déroulant à chacun la leurs stades devant des «tribunaux» conformes à ses diverses prescriptions. Des impératifs de souplesse et d'efficacité, entièrement compatibles avec la protection des droits de l'homme, peuvent justifier l'intervention préalable d'organes administratifs ou corporatifs, et a fortiori d'organes juridictionnels ne satisfaisant pas sous tous leurs aspects à ces mêmes prescriptions; un tel système peut se réclamer de la tradition juridique de beaucoup d'Etats membres du Conseil de l'Europe»⁹⁷.*

En mi opinión, desde un punto de vista dogmático, el criterio de la cosa juzgada resulta ser bastante seguro y preciso para individualizar la potestad jurisdiccional, pero si se parte del postulado de que la investigación de esta última no ha de desarrollarse sólo en un plano dogmático, sino que ha de tomar en consideración el texto constitucional y el contexto de la tradición jurídica en el que se inserta, las conclusiones a las que se llega por concederle al mismo una relevancia exclusiva, no parecen satisfactorias.

En primer término, esas conclusiones se hallan en abierta contradicción con el modo tradicional de ejercerse entre nosotros la potestad jurisdiccional en sus manifestaciones civil y penal: difícilmente cabe pensar que la Constitución autorice el cambio tan radical de estructuras jurídicas que supondría la posibilidad incondicionada de permitir una previa decisión administrativa en aquellos ámbitos.

En segundo lugar, han sido necesidades muy concretas de la argumentación las que han conducido a conceder relevancia al criterio de la cosa juzgada, por lo que la conclusión a la que -de momento- se ha llegado, sólo puede aceptarse en función de aquellas necesidades. Recuérdese que se trataba de distinguir la función jurisdiccional de actuación del Derecho de una similar función administrativa. El criterio de la cosa juzgada facilitaba una inmediata distinción. Pero no se investigó entonces si la función de actuación del Derecho le corresponde a la Administración incondicionalmente o sólo bajo ciertos presupuestos. En la medida en que un examen más profundo del texto constitucional permita sentar la segunda conclusión, el criterio de la cosa juzgada perderá su importancia exclusiva para identificar la potestad jurisdiccional.

En tercer lugar, hay que advertir que la CE proporciona unas orientaciones para resolver el problema de la identificación de la potestad jurisdiccional más precisas y completas que la *Grundgesetz* alemana, razón por la cual no cabría aceptar la tesis predominante en la doctrina alemana, porque nuestra construcción depende de otros condicionamientos.

En efecto, no puede ser irrelevante para el objetivo que perseguimos que, así como la *Grundgesetz* se limita a proclamar, en su art. 19-4, que «Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial», nuestra Constitución reconozca, por un lado, el derecho de toda persona «a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos» (art. 24-1 CE) y, por otro, la potestad de control de los Tribunales sobre «la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa» (art. 106-1 CE). Frente a la limitada conclusión que puede extraerse del precepto de la *Grundgesetz*⁹⁸, las disposiciones de la CE permiten pensar que, para el constituyente, ambas regulaciones no se hallan totalmente superpuestas: para unos casos basta la del art. 24-1; para otros se estableció la segunda como especificación respecto a los derechos e intereses afectados por una previa actuación administrativa, cuya tutela se realiza mediante el control de la legalidad y del sometimiento a sus fines de esa previa actuación.

⁹⁶DÜTZ, *Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz*, pp. 201-202. También KERNWOLF, *Gerichtsverfassungsrecht*, pp. 14-18; POHLE, en STEIN-JONAS, *Kommentar*, I, pp. 9-10.

⁹⁷ El texto de la sentencia puede verse en BJC, 1981-2, p. 154.

⁹⁸ TROCKER, N., *Processo civile e Costituzione. Problemi di Diritto tedesco e italiano*, Milano, 1974, pp. 166-173.

Tampoco carece de interés que, a diferencia del art. 92 de la *Grundgesetz* -que atribuye a los jueces el poder judicial, aunque no define este último-, el art. 117-3 CE ofrezca una cierta definición de la potestad jurisdiccional al expresar que ésta se ejerce juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado.

El problema que ahora nos planteamos es el de determinar bajo qué condiciones la actuación del Derecho, por ser expresión de la potestad jurisdiccional, exclusivamente puede atribuirse a órganos jurisdiccionales, sin que esa función pueda ser cumplida por otros órganos, ni siquiera con carácter previo y con eficacia no definitiva.

La Constitución sólo resuelve este problema con claridad para algunos supuestos específicos. Es posible, sin embargo, llegar a una solución de carácter general, interpretando los arts. 103-1 y 117-3 CE a la luz de ciertas posturas teóricas sobre la distinción funcional de Administración y Jurisdicción.

9.-C) Algunos supuestos previstos por la Constitución de actuación del Derecho «ab initio» por órganos jurisdiccionales

Similarmente a como ocurre en la Ley Fundamental alemana⁹⁹, la CE establece unos específicos supuestos en los que, por la importancia constitucional de la materia, la actuación del Derecho sólo puede operarse por los órganos jurisdiccionales. Dejando a un lado los que se relacionan con actividades de carácter instrumental¹⁰⁰, esta normativa se orienta a excluir -con rango constitucional- el privilegio administrativo de decisión ejecutoria -mediante el cual se produce la actuación del Derecho por la Administración-, primero, en el régimen jurídico de los derechos fundamentales y de las libertades públicas y, segundo, de modo expreso y con alguna excepción, en materia de relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

En el primero de los sectores destacan, por la peculiar claridad con la que se produce el texto constitucional, el art. 20-5 (relativo a la libertad de expresión) y el art. 22-3 y 4 (referente al derecho de asociación).

El art. 20-5 CE, al disponer que «Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial», contrasta con el art. 64-2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966 que permitía a la Administración ordenar el secuestro de las publicaciones y con el art. 69, b, 3.0 de la misma Ley que autorizaba igualmente a la Administración a acordar la suspensión de publicaciones. Según la disposición constitucional, la Administración carece de la potestad de actuar esas específicas reacciones previstas por el ordenamiento y, en consecuencia, ha de limitarse a postularlas de un órgano jurisdiccional.

El art. 22, apartados 3 y 4 CE, suponen también una exclusión de la potestad administrativa de actuación del Derecho en orden al reconocimiento, suspensión y disolución de asociaciones, en favor de una actuación inmediata mediante la potestad jurisdiccional. Según la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964 era atribución administrativa el reconocimiento de la asociación -no sólo por el cumplimiento de requisitos formales, sino también por la valoración de la licitud de sus fines (art. 3, apartados 4 a 6)- y la suspensión de sus actividades -art. 10-1 por el contrario, en la Ley de Partidos Políticos de 4 de diciembre de 1978 (arts. 3 y 5) y en la Ley reguladora del Derecho de asociación sindical de 1 de abril de 1977 (art. 3 y 5), desaparece la posibilidad de un acto administrativo previo que deniegue el reconocimiento de estas asociaciones o que ordene la suspensión o disolución de las mismas, de modo que si la Administración entiende que aquellos efectos proceden según Derecho, ha de solicitar el pronunciamiento de un órgano jurisdiccional.

En el segundo sector de normas -aunque pueden extraerse consecuencias de los arts. 140 y 141-2 CE en contra de la operatividad del privilegio de decisión ejecutoria en las relaciones de la Administración estatal y autonómica con las Administraciones local y

⁹⁹ KERN-WOLF, *Gerichtsverfassungsrecht*, pp. 15-16.

¹⁰⁰ Arts. 18-2 y 3, 19-3 y 4 CE.

provincial¹⁰¹- la CE sólo excluye, de modo expreso y parcial, un control no inmediatamente jurisdiccional, en materia de relaciones del Estado con las Comunidades Autónomas¹⁰². En efecto, el control de la actividad de los órganos de las Comunidades autónomas sólo puede tener un carácter no inmediatamente jurisdiccional cuando recaiga sobre el ejercicio de las funciones delegadas a que se refiere el apartado 2 del art. 150 CE (art. 153, b CE) y sobre la legislación territorial de desarrollo de una ley marco estatal (art. 150-1 CE). En los restantes supuestos, el control de la conformidad a la Constitución, al Estatuto o a la Ley, según los casos, ha de realizarse mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional por parte del Tribunal constitucional o de los Tribunales contencioso-administrativos (art. 153-a y c CE).

10.- D) **La actuación del Derecho «ab initio» por órganos jurisdiccionales en materia penal**

De acuerdo con la Constitución, la Administración tampoco tiene potestad de actuar el Derecho en materia penal. Esta actuación ha de producirse no sólo por primera vez, sino exclusivamente mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Efectivamente, en la Constitución existe una correlación entre ejercicio de la potestad jurisdiccional, el proceso, la condena por un delito tipificado con anterioridad y la pena, que se deduce de los arts. 117-3, 24-2 y 25-1 CE: la potestad jurisdiccional se ejercita en el proceso (art. 117-3), alguna de cuyas garantías se formulan por la Constitución de modo literal con relación al proceso penal (art. 24-2), en el cual una persona puede ser *condenada* por una acción u omisión que constituyera *delito o falta* según la legislación vigente en el momento de cometerse (art. 25-1). A esa correlación se enfrenta la que el propio art. 25-1 CE establece, con precisa terminología, entre infracción administrativa y sanción (no penal), la cual -en virtud de la propia contraposición que expresa el texto constitucional- hay que entender que puede imponerla la Administración tras un procedimiento administrativo¹⁰³. Lo que se concluye -básicamente del art. 25-1 CE y de que el término condena no puede entenderse más que como consecuencia de una actividad jurisdiccional- es que la infracción que formalmente sea delito o falta sólo puede ser castigada mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional¹⁰⁴.

Esa interpretación sistemática de los preceptos constitucionales permite afirmar que ha quedado constitucionalizado el contenido esencial del art. 1 Lecrim¹⁰⁵. Consecuentemente sería inconstitucional cualquier procedimiento jurídico que implicara atribuir a órganos no jurisdiccionales la imposición de penas por delitos o faltas, aunque su resolución pudiera ser después impugnada ante órganos jurisdiccionales.

Ahora bien, si la Constitución no estableciera un criterio material de distinción entre delito v falta, por un lado, e infracción administrativa, por otro, la conclusión antes sentada no obstaculizaría la libertad de configuración del legislador ordinario proyectada, directamente, sobre la naturaleza penal o administrativa de la infracción, e, indirectamente, sobre el ejercicio *ab initio* o sólo posterior a una previa actuación administrativa de la potestad jurisdiccional¹⁰⁶.

¹⁰¹ Por la autonomía que a éstas reconocen los arts. 140 y 141-2 CE. Sobre las consecuencias de ello MOREY JUAN, A., *La suspensión de acuerdos de las Corporaciones locales y el artículo 118 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa a la vista de la nueva regulación*, en *Justicia* 82, nº II, pp. 114-127.

¹⁰² MUÑOZ MACHADO, S., *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1981, pp. 46-47, 62-63, 107 ss.

¹⁰³ Sobre los requisitos del procedimiento administrativo sancionador, GARCIA DE ENTERRÍA, *La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora*, pp. 362-368.

¹⁰⁴ En el mismo sentido, COBO DEL ROSAL, M., BOIX REIG, J., *Garantías constitucionales del Derecho sancionador*, en *Comentarios a la Legislación Penal*, I, p. 212.

¹⁰⁵ Sobre el mismo, GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, I, Madrid, 1947, pp. 26-36.

¹⁰⁶ CHIAVARIO, *Processo*, pp. 26-27.

En este sentido, la Constitución sólo fija un límite preciso al establecer que «la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad» (art. 25-3 CE). Esto tiene, como primera consecuencia, que solamente a título de pena puede ser legalmente establecida la privación de libertad, y, como segunda consecuencia, precisamente por la correlación a la que nos referíamos al principio, que sólo mediante la potestad jurisdiccional puede ser impuesta.

Con ser importante el establecimiento constitucional de ese límite, no estima la doctrina que satisfaga plenamente las necesidades sentidas de acotar el ámbito del Derecho administrativo sancionador respecto al Derecho penal, porque nada indica sobre la utilización de sanciones pecuniarias o que afecten a derechos distintos a la libertad¹⁰⁷. Y precisamente uno de los aspectos que conducen a reputar insatisfactoria la posibilidad de una extensión, sin más límites constitucionales que los del art. 25-3 CE, del Derecho administrativo sancionador, es la consecuencia acompañante de quedar excluido un ejercicio inicial de la potestad jurisdiccional, pues las sanciones administrativas se imponen en principio (el Derecho administrativo sancionador es *actuado* en principio) por la propia Administración.

11.- LA POTESTAD JURISDICCIONAL COMO POTESTAD DE ACTUACIÓN DEL DERECHO POR VÍA DE HETEROTUTELA

Ninguno de los preceptos considerados en los dos apartados anteriores es suficiente para delimitar, en el plano constitucional, la potestad exclusiva de los órganos jurisdiccionales en toda su extensión. Esa insuficiencia cabe afirmarla -recuérdese lo dicho en el apartado 8- partiendo de que la Constitución no se ha limitado a configurar la potestad jurisdiccional como una potestad de control de la legalidad de una previa actuación administrativa. Particularmente esta insuficiencia es notoria -desde este último punto de vista- respecto a la manifestación de la potestad jurisdiccional en el ámbito del Derecho privado.

Es, pues, necesario determinar si de la Constitución cabe deducir una caracterización más general de la potestad jurisdiccional, que permita precisar cuál es esta potestad exclusiva de los órganos jurisdiccionales en toda su extensión. Eso es lo que, a modo de ensayo, vamos a intentar sobre la base de dos preceptos constitucionales -los arts. 103-1 y 117-3 CE- y con el apoyo de una orientación doctrinal sobre la distinción funcional entre Administración y Jurisdicción que, si bien presenta cierta diversidad de matices, es coincidente en lo esencial.

El punto de partida -como anunciaba- se halla en dos preceptos constitucionales que configuran, respectivamente, la función administrativa y el modo como se ejercita la potestad jurisdiccional: según el art. 103-1 CE, «La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa..., con sometimiento pleno a la ley y al Derecho»; el art. 117-3 CE determina que la potestad jurisdiccional se ejercita «juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado».

Cuando la Constitución caracteriza la potestad jurisdiccional por el juzgar, no creo que a este término quepa atribuir la significación genérica del juicio que precede a toda actividad humana racional. Efectivamente, en ese sentido, el juicio no es característico de la actividad jurisdiccional, porque si la actividad administrativa se ha de desarrollar con objetividad, con eficacia y con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103-1 CE), no se comprende cómo esto pudiera conseguirse sin una marcada tendencia a la racionalización de esa actividad. Esa comprensión de la jurisdicción según el concepto

¹⁰⁷ PARADA, *El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal*, RAP, 1972, n.º 67, p. 89; COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTON, T. S., *Derecho penal*, I, Valencia, 1980, p. 54, nota 124; COBO DEL ROSAL, BOIX REIG, *Garantías constitucionales*, en *Comentarios*, I, pp. 214-215; MUÑOZ CONDE, F., MIR PUIG, S., en Notas a su traducción de JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal*, I, Barcelona, 1981, pp. 86-87.

genérico de juicio, evoca una antigua tesis de SCIALOJA¹⁰⁸, acertadamente criticada por la doctrina¹⁰⁹.

El juzgar, como atributo de la Jurisdicción, tiene -como indicó CHIOVENDA- el significado específico de la terriedad respecto a aquello que es juzgado, el significado que aparece al decir que «nadie es juez en pleito propio»¹¹⁰. De ahí deducía este autor la posibilidad de distinguir la actividad administrativa de la jurisdiccional, por la distinta función que desempeña el juicio en estas actividades: «También la Administración juzga porque no se obra sino en base a un juicio: pero juzga sobre la actividad propia. Por el contrario, la jurisdicción juzga de la actividad de otros y de una voluntad de la ley concerniente a otros»¹¹¹.

La explicación de CHIOVENDA es esencialmente aceptada por CALAMANDREI¹¹², MICHELI¹¹³ y, entre nosotros, por GÓMEZ ORBANEJA¹¹⁴, DE LA OLIVA¹¹⁵ y BONET¹¹⁶. Así, para CALAMANDREI, la diferencia entre Jurisdicción y Administración consiste principalmente en la diversa posición del juez y del administrador frente al Derecho: «Mientras la finalidad del juez es la de hacer observar el derecho a los otros, y, por consiguiente, la observancia del derecho es la finalidad del acto jurisdiccional, el administrador considera el derecho como un límite puesto a su propia conducta y la observancia del derecho es para él solamente un medio de conseguir sus fines de carácter social»¹¹⁷.

Desde el punto de vista de la relación de los órganos con los intereses jurídicamente tutelados, se ha manifestado una similar distinción entre Jurisdicción y Administración. Así para RASELLI -y DE MARINI acepta sus conclusiones¹¹⁸- «*l'amministrazione è l'attività statale rivolta a conseguire la soddisfazione di quegli interessi cui el diritto provvede in modo primario ed immediato, disciplinando rapporti in cui è parte lo Stato, impersonato dallo stesso organo che agisce*»¹¹⁹, mientras que «*la giurisdizione è... l'attività statale diretta ad attuare il diritto obbiettivo per assicurare il soddisfacimento di quegli interessi che il diritto tutela in linea primaria disciplinando rapporti fra altri soggetti o fra questi e lo Stato impersonato da organi distinti ed indipendenti dall'organo che svolge questa specie di attività*»¹²⁰.

Para CARNELUTTI, «*l'autorità amministrativa, a differenza dall'autorità giudiziaria, giudica e comanda per lo svolgimento di un interesse in conflitto, non per la composizione del conflitto: si tratta di un giudizio e di un comando di parte, non di un giudizio e di un comando imparziale; l'autorità amministrativa è uno dei soggetti in conflitto, l'autorità giudiziaria è sopra i soggetti in conflitto*»¹²¹.

La función de servir los intereses generales, que el art. 103-1 CE encomienda a la Administración, postula, para poder ser cumplida, que la Administración sea investida por el Derecho de una serie de posibilidades de actuación, de las que ha de hacer uso con arreglo a la ley y al Derecho¹²². Salvando todas las distancias se podría decir -y lo han dicho, por ejemplo, CHIOVENDA¹²³ y CALAMANDREI¹²⁴- que, cuando la

¹⁰⁸ En CHIOVENDA, *Principii*, p. 295, nota 1 puede verse la exposición de la tesis de SCIALOJA.

¹⁰⁹ CHIOVENDA, *Principii*, pp. 295-296; ROCCO, *La sentenza*, p. 11 en nota; SERRA, *Jurisdicción*, pp. 56-57.

¹¹⁰ CHIOVENDA, *Instituciones*, II, p. 10.

¹¹¹ CHIOVENDA, *Instituciones*, II, p. 11.

¹¹² CALAMANDREI, *Instituciones*, I, pp. 188-190.

¹¹³ MICHELI, *Curso*, I, pp. 6-7.

¹¹⁴ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho*, I, pp. 56-57.

¹¹⁵ DE LA OLIVA, A., *Sobre conceptos básicos del Derecho procesal*, en RD Pro. Iberoam, 1976, pp. 197-200.

¹¹⁶ BONET, *Derecho y Derecho jurisdiccional*, en *Escritos*, pp. 57-58.

¹¹⁷ CALAMANDREI, *Instituciones*, I, p. 189.

¹¹⁸ DE MARINI, C. M., *Considerazioni sulla natura della giurisdizione volontaria*, Riv. Dir. proc. civ., 1954-I, pp. 270-271.

¹¹⁹ RASELLI, A., *Alcune note intorno ai concetti di giurisdizione ed amministrazione*, Milano, 1977, pp. 15-16.

¹²⁰ RASELLI, *Alcune note intorno ai concetti*, p. 16.

¹²¹ CARNELUTTI, *Sistema*, I, p. 218.

¹²² Una exposición de las que significan incidencia en la esfera jurídica del administrado puede verse en GARCÍA DE ENTERRIA FERNÁNDEZ, *Curso*, II, pp. 93 ss.

¹²³ CHIOVENDA, *Instituciones*, II, pp. 10-11.

¹²⁴ CALAMANDREI, *Instituciones*, I, pp. 188-189.

Administración hace uso de esas posibilidades, su actividad se asemeja a la del particular cuando realiza actos jurídicos para la gestión de sus intereses privados.

Ahora bien, la posición de la Administración respecto al Derecho, en nuestro ordenamiento, no se agota, en primer término, en su deber general de sujetarse al mismo en su actividad de satisfacción de los intereses generales, ni tampoco, en segundo término, si el Derecho establece una acción u omisión como debidos por los particulares en favor de los intereses generales cuya gestión está encomendada a la Administración, en el nacimiento para la Administración de una especie de derecho a aquella acción u omisión que, en la medida en que no encuentre voluntaria satisfacción, ésta deba hacer valer ante un órgano jurisdiccional.

La posición de la Administración respecto al Derecho se distingue netamente de la del particular, en cuanto la primera está también autorizada a actuar ese Derecho, es decir, a imponerlo imperativa y ejecutivamente, en el caso en el que el comportamiento debido no haya sido adoptado¹²⁵.

Ahora bien, esa potestad de la Administración de actuar el Derecho se comprende y justifica como propia de ella, en cuanto es actuación del Derecho por vía de autotutela¹²⁶. Es una actuación del Derecho derivada y dependiente de una previa posición jurídica sustantiva que la Administración, titular de aquélla, está autorizada a desarrollar frente a cualquier resistencia, de modo similar a como los particulares harían efectivos sus intereses jurídicos en el caso de restablecerse la autotutela privada.

A pesar de calificarla como función judicial atribuida a la Administración, a KELSEN no se le pasó por alto su peculiaridad de ser una función coordinada con las funciones estrictamente propias de la Administración: «La función administrativa específica -decía KELSEN- solamente puede llenar su propósito en cooperación con la función judicial específica. Por esto es enteramente natural conferir la función judicial, *en la medida en que se encuentra en conexión orgánica con la función administrativa específica*, a órganos administrativos»¹²⁷.

Esa peculiar potestad de la Administración resulta más acertadamente designada como potestad de autotutela, porque, como luego se verá, no supone el cumplimiento de una función judicial. Como tal potestad de autotutela la ha explicado magníficamente, entre nosotros, GARCÍA DE ENTERRÍA¹²⁸, quien ha concluido lo siguiente sobre su justificación: «Las técnicas de autotutela que hemos expuesto se justifican hoy, como hemos notado, en la necesidad de que la Administración gestione «con objetividad los intereses generales» (art. 103.1 de la Constitución); son, pues, técnicas de gestión eficaz de los servicios públicos, que no pueden paralizarse por la necesidad de recabar asistencias judiciales previas»¹²⁹.

Partiendo de esto, puede ya superarse el obstáculo que encontrábamos para distinguir la potestad jurisdiccional de algunas potestades administrativas, desde el punto de vista funcional de la actuación del Derecho¹³⁰. La potestad jurisdiccional se diferencia porque no se ejercita como desarrollo de una posición jurídica material de la que los órganos jurisdiccionales sean titulares, sino puramente actuando el Derecho respecto a situaciones jurídicas materiales correspondientes a otros sujetos. Es, pues, una mera potestad de actuación del Derecho, que encuentra en esa sola función su justificación plena. Es, volviendo al texto constitucional, la potestad de actuar el Derecho «juzgando» -donde el «juzgar» tiene el significado específico del juicio que se proyecta sobre la posición jurídica de otros- y no, como la actividad administrativa, «servir los intereses

¹²⁵ Véase supra apartado 5.

¹²⁶ Sobre la autotutela o autodefensa véase ALCALÁ-ZAMORA, N., *Proceso*, pp. 35 ss.; MONTERO, *Introducción*, pp. 88-90 y bibliografía allí citada.

¹²⁷ KELSEN, *Teoría general*, p. 329.

¹²⁸ Véase íntegro el Capítulo IX de su Curso, I (con T. R. FERNÁNDEZ), pp. 407 ss. Para la doctrina italiana puede consultarse BIGLIAZZI GERI, L., *Profili sistematici dell'autotutela privata*, Milano, 1971, pp. 41-44 y la bibliografía citada allí.

¹²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso*, I (con T. R. FERNÁNDEZ), p. 438.

¹³⁰ Supra apartado 5.

generales», con la potestad adicional y complementaria de actuar el Derecho que tutela esos intereses.

12.-A) Consecuencias: la atribución exclusiva a los órganos jurisdiccionales de la potestad de actuar el Derecho por vía de heterotutela y la posible inconstitucionalidad de potestades atribuidas a la Administración en algunos supuestos.

Hay que empezar advirtiendo que la Constitución no prohíbe en general la autotutela administrativa. Ésta representa una posición de la Administración tan arraigada y de tan extensa incidencia en nuestro Derecho, que una prohibición de la misma con carácter general hubiera requerido una norma constitucional suficientemente explícita. Pero no solo no existe esa norma, sino que el art. 106-1 -como advertía PAREJO ALONSO respecto a su formulación en el Anteproyecto de Constitución- «parece encubrir una clara limitación del juez a la 'revisión' *ex post* de la actividad administrativa, es decir, una configuración de lo contencioso-administrativo como proceso objetivo al 'acto' emanado de la Administración, el contenido de cuyo acto condiciona los poderes del juez, Cuando menos, la redacción literal del precepto no sólo autoriza, sino que propicia decididamente esta interpretación»¹³¹.

Sin llegar a tan excesivas consecuencias -que, por lo demás, aquel autor deplora-, es cierto -que el art. 106-1 CE confirma, por lo general, la técnica del acto administrativo previo solo ulteriormente controlado, en cuanto a su conformidad a Derecho, por los órganos jurisdiccionales. Confirman también la no prohibición constitucional de la autotutela administrativa preceptos constitucionales de alcance más restringido, unos porque, al excepcionarla para casos concretos, demuestran su validez como regla general¹³², otros porque se refieren a aplicaciones específicas de la misma¹³³.

Desde luego, la prohibición no podría deducirse del art. 117-3 CE, que atribuye en exclusiva a los órganos jurisdiccionales la potestad jurisdiccional, precisamente por que mientras pueda identificarse en la normativa ordinaria una potestad de actuación del Derecho mediante autotutela no podrá ser calificada -como Potestad jurisdiccional. La conclusión sentada en este sentido, para el Derecho alemán, por BETTERMANN es perfectamente válida para el nuestro: «*Bestehe der Rechtsstreit dagegen zwischen dem Bürger und der Verwaltung, so sei deren Streitentscheidung keine Rechtsprechung und kollidiere daher nicht mit dem Rechtsprechungsmonopol der Gerichte*»¹³⁴.

Nada de lo dicho debe interpretarse como una aceptación ciega de la situación normativa actual de la autotutela administrativa. Se trata sólo de advertir que, en sí y salvo excepciones, no está constitucionalmente excluida. El legislador ordinario puede restringir sus manifestaciones y tal vez deba, en base a otros preceptos constitucionales -particularmente el art. 24-1 en cuanto asegura una tutela jurisdiccional efectiva- corregir, manteniendo lo esencial de esta técnica, algunos excesos de la misma, mediante, por ejemplo, la reducción del número de recursos administrativos previos al acceso a los tribunales o la facilitación de la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo impugnado¹³⁵.

Ahora bien, de lo expuesto en el apartado 11 sí que cabe extraer la importante conclusión de que, en la medida en que no pueda detectarse una técnica de autotutela administrativa, es decir, si se le atribuye a la Administración una potestad de actuación del Derecho no conexas con una previa situación jurídico material de la propia Administración, a cuya tutela puede proveer ella misma- sino referida exclusivamente a

¹³¹ PAREJO ALONSO, L., *La garantía jurisdiccional*, p. 574.

¹³² Supra apartado 9.

¹³³ Por ejemplo, la potestad de imponer sanciones contemplada por el art. 25-1 o la de controlar parte de la actividad de las Comunidades Autónomas (art. 153-b CE).

¹³⁴ Citado por DÜTZ, W., *Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz*, p. 202.

¹³⁵ Sobre esto GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso*, I, pp. 432-434; PARADA, J. R., *Derecho administrativo, Derecho privado*, pp. 110-111; PAREJO, *La garantía jurisdiccional*, pp. 571-572, 580-587; ALMAGRO, J., *Garantías constitucionales del proceso civil*, Justicia 81, número especial, pp. 24-28.

una situación jurídica ajena, se infringe netamente la norma constitucional del art. 117-3, porque esa es una potestad jurisdiccional y, por tanto, exclusiva de los órganos jurisdiccionales. Y esta inconstitucionalidad se produce igualmente aunque, atendiendo al art. 106-1 CE, no se niegue el posterior control jurisdiccional de esa actuación administrativa advertencia ésta lo suficientemente ilustrativa de las diferentes consecuencias, en el plano de la constitucionalidad, de asumir como nota característica de la potestad jurisdiccional la producción de cosa juzgada o la que nosotros defendemos.

Todavía esta actuación del Derecho por la Administración podría intentar legitimarse con el argumento de que la Administración sigue sirviendo con ella los intereses generales, en cuanto efectivamente puede afirmarse que existe un interés general en que el Derecho sea actuado. Pero, obviamente, este argumento supone desconocer abiertamente la necesidad de una interpretación sistemática de los preceptos constitucionales, delimitadora de su específico sentido dentro del conjunto de la Constitución.

Es cierto que existe un interés general en la actuación del Derecho, incluso cuando éste no tutela un interés cuya gestión se halle atribuida a la Administración, pero fuera de este caso no cabe admitir que la Administración actúe al servicio de aquel interés general, porque su satisfacción está atribuida a los órganos jurisdiccionales mediante el ejercicio de su exclusiva potestad. Como advierte DE MARINI, el interés general y mediato del Estado en la actuación del Derecho objetivo queda satisfecho con asegurar el ejercicio mismo de la jurisdicción¹³⁶.

No cabe entrar aquí en un examen exhaustivo en extensión e intensidad, de los supuestos en los que nuestro Derecho atribuye a la Administración una potestad de características jurisdiccionales en el sentido en el que nosotros las entendemos, pero es necesario hacer una referencia a algunos de ellos, advirtiendo de la necesidad de proceder con cautela en esta materia por la gravedad de las consecuencias teóricas que implica la calificación de cada uno de los supuestos.

En primer término, se ha advertido por la doctrina una injerencia de la Administración en la resolución de conflictos entre particulares, a la que se ha calificado de «función arbitral» de la Administración¹³⁷, aunque con la peculiaridad de ser una intervención arbitral -una solución heterocompositiva- no previamente aceptada, sino impuesta. En palabras de PARADA, la garantía de algunas normas que afectan a intereses privados no se organiza «a través del otorgamiento a los interesados y afectados directos la correspondiente acción ante los Tribunales civiles, sino otorgando a la Administración un no necesario papel de árbitro, de juez provisional, decididora por ello de las cuestiones suscitadas a través de actos administrativos sólo atacables en la jurisdicción contenciosa, privando de este modo a los particulares afectados de un enfrentamiento directo dentro de un sistema de garantía equilibrado como es un proceso civil»¹³⁸.

El propio PARADA ha creído detectar este fenómeno en la intervención administrativa en las materias de distancias entre farmacias, fijación del justiprecio en la expropiación por interés social entre particulares, defensa de la competencia, derecho de réplica en la prensa e inscripción de marcas en el Registro de la Propiedad Industrial¹³⁹. GARCÍA DE ENTERRÍA ha añadido otros supuestos¹⁴⁰ y RIVERO ISERN se ha referido al carácter jurisdiccional de algunas atribuciones del Jurado Central de Publicidad¹⁴¹. En materia laboral también se ha advertido esa modalidad de intervención de la

¹³⁶ DE MARINI, *Considerazioni sulla natura della giurisdizione volontaria*, p. 270.

¹³⁷ PARADA, *Derecho administrativo, Derecho privado*, p. 83; GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso*, I, p. 438; RIVERO YSERN, E., *Administración y jurisdicción: La Junta Central de Publicidad y el Jurado Central de Publicidad*, RAP, 1977, n.º 84, p. 590.

¹³⁸ PARADA, ob. y lug. cit. en la nota anterior.

¹³⁹ PARADA, *Derecho administrativo, Derecho privado*, pp. 83-84; del mismo, *Privilegio de decisión ejecutoria*, pp. 111-112.

¹⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso*, I, pp. 438-439.

¹⁴¹ RIVERO, *Administración y jurisdicción*, pp. 589-595.

Administración¹⁴². Recientemente se ha denunciado también en relación a ciertas atribuciones del IRYDA y de las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos según la nueva regulación sobre esta materia¹⁴³. A mi juicio constituye un ejemplo particularmente claro de esta injerencia administrativa el art. 119 del Reglamento para la ejecución de la Ley de Propiedad intelectual (R. D. 3-septiembre-1880) al disponer que «Los Gobernadores civiles, y donde éstos no residieren los Alcaldes, decidirán sobre todas las cuestiones que se susciten sobre la aplicación de este Reglamento entre empresas de espectáculos públicos y los autores, actores, artistas y dependientes de los mismos, cuyos acuerdos serán ejecutados sin perjuicio de las reclamaciones ulteriores». Este curioso precepto presenta, en el mismo Reglamento, unas no menos curiosas concreciones en la potestad de aquellas autoridades administrativas de acordar la suspensión de representaciones realizadas sin permiso de los propietarios de las obras (art. 3) o el depósito del producto de las entradas en garantía de los créditos de los propietarios de las obras (art. 104).

En segundo término, parte de la doctrina administrativa estima que el Derecho administrativo sancionador ha excedido con mucho en nuestro ordenamiento los límites en que está justificado como potestad de autotutela, para convertirse en un Derecho tutelador del orden social en su conjunto¹⁴⁴.

11-B) La naturaleza de las potestades del órgano jurisdiccional respecto al proceso

Ahora bien, no toda la actividad del órgano jurisdiccional puede concebirse como ejercicio de una potestad sobre situaciones jurídicas ajenas a aquel órgano, porque él es uno de los sujetos de la relación jurídica procesal y realiza actos para el desarrollo de esa relación que, lógicamente, son expresión de una potestad proyectada sobre una relación jurídica propia.

Sería, pues, forzoso reconocer, de acuerdo con el criterio por nosotros mantenido, que esta última potestad no es jurisdiccional. Efectivamente, BALLBE concluye que los actos del juez en el proceso, salvo la sentencia de fondo son actos de naturaleza administrativa¹⁴⁵ y administrativa sería también, pues, la potestad que al realizarlos ejerce el juez. SERRA lo utiliza como un argumento decisivo contra este modo de cualificar la potestad jurisdiccional¹⁴⁶.

CHIOVENDA previó esta posible crítica y la rebatió con el argumento de que en el juez prevalece el juicio sobre la actividad ajena¹⁴⁷. DE LA OLIVA, entre nosotros, acepta este argumento y añade el de que no es correcto intentar transponer una concepción de la función de la globalidad de ésta a cada uno de los actos en que se desarrolla, esto -advierde- ni siquiera ha dado buenos resultados cuando se ha mantenido como criterio cualificador el de la cosa juzgada, al obligar a distinguir entre actos jurisdiccionales puros y actos jurisdiccionales por conexión¹⁴⁸.

Pero un argumento valioso lo ofrece GUTIÉRREZ DE CABIEDES: «las normas que se dirigen al Juez y disciplinan su actividad dentro del proceso, son normas procesales no administrativas, ya que la ajenidad que se predica de la jurisdicción no es respecto al

¹⁴² Departamento de Derecho del Trabajo. Facultad de Derecho. Universidad de Valencia, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, I, Valencia, 1981, pp. 92-102; STC 8-abril-1981 (Pleno) Recurso de inconstitucionalidad 192/ 1980, BJC 1981-2, p. 104; MONTERO, J., *Un nuevo proceso Laboral: los litigios en materia de aviación civil y marina mercante*, en Justicia 81, número especial, pp. 107-108.

¹⁴³ ALMAGRO, *Garantías constitucionales*, pp. 27-28; LOZANO HIGUERO, M., *La nueva legislación procesal sobre arrendamientos rústicos*, en Justicia 82, n.º II, pp. 82-83.

¹⁴⁴ PARADA, J. R., *El poder sancionador de la Administración*, pp. 41-93, especialmente pp. 46-47, 66-67; GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, Curso, I, pp. 439-440. Una tesis similar mantenida por el Tribunal Constitucional alemán puede verse en ZOLLNER, W., *Betriebsjuztiz*, ZZP, 1970, p. 382.

¹⁴⁵ BALLBE, *La esencia del proceso*, pp. 42-46.

¹⁴⁶ SERRA, *Jurisdicción*, en *Estudios*, pp. 39-40.

¹⁴⁷ CHIOVENDA, *Instituciones*, II, p. 11.

¹⁴⁸ DE LA OLIVA, *Sobre conceptos básicos*, pp. 198-199.

procedimiento en el que la jurisdicción es el sujeto directivo, sino respecto a la relación jurídica sustantiva, como demuestran irrefutablemente las causas de abstención y de recusación. Es respecto a la *res in iudicium deducta* frente a la cual la jurisdicción debe ser imparcial, y la Administración en su procedimiento resulta interesada, de tal manera que a aquélla y no a ésta se le puede aplicar el viejo aforismo *nemo iudex in sua causa*»¹⁴⁹. En efecto nadie ha dicho, ni pudo decir, como afirma SERRA, «que el juez es extraño al proceso»¹⁵⁰, porque de ser así no se comprendería cómo sus actos inciden en el proceso.

A mi juicio, además, el tema resulta bastante aclarado si se le sustrae del plano dogmático en el que viene planteado y se busca resolverlo a la luz de los preceptos constitucionales¹⁵¹.

Se ha dicho que el proceso es humanamente necesario para juzgar¹⁵². En efecto, a falta del mismo, la producción de una sentencia correcta sería un resultado tan aleatorio como el de un juego de azar.

Esa necesidad se comprende también jurídicamente, porque la relación funcional entre el proceso y el Derecho material, obliga a regular jurídicamente aquél, delimitando los poderes del juez y de las partes, para que el Derecho material pueda tener, a través del proceso, una aplicación igual en los casos iguales¹⁵³.

Pero, además, el proceso como actividad jurídica realizada con participación judicial es también impuesto por la Constitución. El art. 117-3 CE no permite que la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado pueda ejercitarse de cualquier modo, sino que somete su ejercicio a las normas de procedimiento que las leyes establezcan. E incluso la regulación legal del procedimiento específicamente judicial no es indiferente al legislador constitucional, que establece normas tanto respecto a la forma del mismo (art. 120 CE), como respecto a los derechos de las partes (art. 24-1 y 2 CE) y los poderes del juez (art. 118 CE). Considero, en consecuencia, que la tesis de que las potestades del órgano jurisdiccional en la relación jurídica procesal no son jurisdiccionales o son, de algún modo, «menos» jurisdiccionales, está llamada a permanecer en un plano puramente teórico y no puede tener ninguna incidencia en el Derecho positivo, por que el ordenamiento constitucional impide que esas potestades le sean sustraídas al órgano jurisdiccional.

¹⁴⁹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Una nueva reflexión en Estudios*, pp. 50-51.

¹⁵⁰ SERRA, *Jurisdicción*, en *Estudios*, p. 39.

¹⁵¹ Con ese criterio, más que dogmáticamente, deben analizarse dos temas de política legislativa relacionados con la cuestión que ahora consideramos: las facultades de la policía judicial y del Ministerio Fiscal en la instrucción previa penal y la nueva configuración de las funciones del secretario judicial en el proceso.

¹⁵² FENECH, M., *Derecho procesal penal*, I, Barcelona, 1960, p. 37; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Una nueva reflexión en Estudios*, p. 551; MONTERO, *Introducción*, p. 180.

¹⁵³ BAUR, F., *Potere giudiziale e formalismo del diritto processuale*, en Riv. trim. Dir. proc. civ., 1965, pp. 1683-1696.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, N. Proceso, autocomposición y autodefensa, México, 1970. Notas relativas al concepto de jurisdicción, en Estudios de teoría general e historia del proceso, 1, México, 1974.
- ALMAGRO NOSETE, J. Garantías constitucionales del proceso civil, Justicia 81, número especial.
- ALLORIO, E. Ensayo polémico sobre la «jurisdicción voluntaria», en Problemas de Derecho Procesal, II, Buenos Aires, 1963 (trad. SENTIS MELENDO). Nuevas reflexiones críticas en tema de jurisdicción y cosa juzgada, en Problemas, II.
- ARENS, P. Die Grundprinzipien des Zivilprozessrechts, en Humane Justiz, Kronberg/Ts, 1977.
- BALLBE, M. La esencia del proceso, RGLJ, 1947.
- BAUR, F. Potere giudiziale e formalismo del Diritto processuale, Riv. trim. Dir. proc. civ., 1965.
- BIGLIAZZI GERI, L. Profili sistematici dell'autotutela privata. Milano, 1971.
- BONET NAVARRO, A. Derecho y Derecho jurisdiccional (conceptos), en Escritos sobre la jurisdicción y su actividad, Zaragoza, 1981.
- CALAMANDREI, P. Instituciones de Derecho procesal civil según el nuevo Código, I, Buenos Aires, 1962. Il concetto de «lite» nel pensiero di Francesco Carnelutti, en Opere giuridiche, I, Napoli, 1965.
- CARNELUTTI, F. Sistema del Diritto processuale civile, Padova, 1936. Teoría generale del Diritto, Roma, 1940.
- CARRERAS, J. Las fronteras del juez, en Estudios de Derecho Procesal (con FENECH), Barcelona, 1962.
- COBO DEL ROSAL, M., BOIX REIG, J. Garantías constitucionales del Derecho sancionador, en Comentarios a la Legislación Penal, I, Madrid, 1982.
- COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T. Derecho Penal, 1, Valencia, 1980.
- CHIAVARIO, M. Proceso e garanzie della persona, Milano, 1977.
- CHIOVENDA, G. Instituciones de Derecho procesal civil, I y II, Madrid, 1936, (trad. GÓMEZ ORBANEJA). Principii di Diritto processuale, Napoli, 1923.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. Sobre conceptos básicos del Derecho procesal, RDProlberoam, 1976.
- DE MARINI, C. M. Considerazioni sulla natura della giurisdizione volontaria, Riv. Dir. proc. civ., 1954-1.
- DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO. FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD DE VALENCIA. Lecciones de Derecho del Trabajo, I, Valencia, 1981.
- DÍEZ PICAZO, L. Comentarios a las reformas del Código Civil, I, Madrid, 1977.
- DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A. Sistema de Derecho civil, I Madrid, 1978.
- DÜTZ, W. Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, Berlín-Zürich, 1970.
- FAIRÉN GUILLÉN, V. Algunos conceptos y principios fundamentales de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, Valencia, s. f. La potestad jurisdiccional, RDJ, 1972, julio-diciembre. El proceso como función de satisfacción jurídica, en Temas del ordenamiento procesal, I, Madrid, 1969.
- FEBRAJO, A. Funzionalismo strutturale e sociologia del Diritto nell'opera di Niklas Luhmann, Milano, 1975.
- FENECH, M. Derecho procesal penal, I, Barcelona, 1960.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Algunas reflexiones sobre el Derecho administrativo norteamericano (a propósito de una nueva exposición sistemática del mismo), RAP, 1978. La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal, Constitucional, REDA, 1981. La lucha contra las inmunidades del poder, Madrid, 1979.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T. R. Curso de Derecho Administrativo, I y II, Madrid, 1980.
- GARRIDO FALLA, F. Comentarios a la Constitución (dirigidos por Garrido Falla), Madrid, 1980.
- GIMENO SENDRA, J. V. Fundamentos del Derecho Procesal, Madrid, 1981.
- GÓMEZ ORBANEJA, E. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, I, Barcelona, 1947. Derecho procesal civil, T, Madrid, 1976.
- GRUNSKY, W. Grundlagen des Verfahrensrecht, Bielefeld, 1974.

GUASP DELGADO, J. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, I, Madrid, 1943. La pretensión procesal, ADC, 1952, enero-marzo.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E. Una nueva reflexión acerca del concepto del Derecho Procesal, en Estudios de Derecho Procesal Pamplona, 1974.

HAGEN, J. J. Die soziale Funktion des Prozesses, ZZP, 1971. Elemente einer allgemeine Prozesslehre. Ein Beitrag zur allgemeinen Verfahrenstheorie, Freiburg i. Br., 1972.

HENCKEL, W. Prozessrecht und materielles Recht, Göttingen, 1970. Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, en Archiv für die zivilistische Praxis, 1974.

JAUERNIG, O. Zivilprozessrecht, München, 1981.

KELSEN, H. Justiz und Verwaltung, Wien, 1929. Teoría general del Derecho y del Estado, México, 1969. Teoría pura del Derecho, Buenos Aires, 1971 (trad. NILVE).

KERN, E., WOLF, M. Gerichtsverfassungsrecht, München, 1975.

KÜTZ, H. Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, en Archiv für die zivilistische Praxis, 1974.

LIEBMAN, E. T. Manual de Derecho procesal civil, Buenos Aires, 1980 (trad. SENTIS MELENDO).

LOZANO HIGUERO, M. La nueva legislación procesal sobre arrendamientos rústicos, Justicia 82, II.

LUHMANN, N. Legitimation durch Verfahren, Darmstadt, 1978.

MARTÍN-RETORTILLO Y BAQUER, L. Estudio preliminar a la obra de DOMPER FERRANDO, J., Repertorio de la jurisprudencia de conflictos jurisdiccionales (1948-1975), Madrid, 1978.

MICHELI, G. A. Curso de Derecho procesal civil, I, Buenos Aires, 1970 (trad. SENTIS MELENDO).

MONTERO AROCA, J. Introducción al Derecho procesal, Madrid, 1979. Un nuevo proceso laboral: los litigios en materia de aviación civil y marina mercante, Justicia 81, número especial.

MONTORO, A. Conflicto social, Derecho y proceso, Murcia, 1980.

MOREY JUAN, A. La suspensión de acuerdos de las Corporaciones locales y el art. 118 de la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa a la vista de la nueva regulación, Justicia 82, II.

MORON PALOMINO, M. Sobre el concepto de Derecho procesal, RDPriberoam-filip., 1962.

MUÑOZ CONDE, F., MIR PUIG, S. Notas a la traducción de JESCHECK, H. H., Tratado de Derecho Penal, Parte general, I, Barcelona, 1981.

MUÑOZ MACHADO, S. Las potestades legislativas de las Comunidades autónomas, Madrid, 1981.

ORTELLS RAMOS, M. Problemas del proceso de alimentos provisionales, Justicia 82, III.

PARADA VÁZQUEZ, J. R. Derecho administrativo, Derecho privado, Derecho garantizador, RAP, 1967, n.º 52. El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal, RAP, 1972, n.º 67. Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso, RAP, 1968, n.º 55.

PAREJO ALONSO, J. La garantía jurisdiccional frente a la actividad administrativa: a propósito de los arts. 24 y 104 del Anteproyecto de la Constitución, RAP, 1977, no 84.

POHLE, R. STEIN-JONAS, Kommentar zur Zivilprozessordnung, I, Tübingen, 1972.

PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, L. Tratado de Derecho procesal civil, I Madrid, 1952.

RAMOS MÉNDEZ, F. Derecho y proceso, Barcelona, 1978.

RAPISARDA, C. Premesse allo studio della tutela civile preventiva Riv. Dir. Proc., 1980.

RASELLI, A. Alcune note intorno ai concetti di giurisdizione ed amministrazione, Milano, 1977.

REDENTI, E. Intorno al concetto di giurisdizione, en Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo, I, Milano, 1962.

RIVERO YSERN, E. Administración y jurisdicción: La Junta Central de Publicidad y el Jurado Central de Publicidad, RAP, 1977, n.º 84.

ROCCO, A. La sentenza civile, Milano, 1962.

ROMANO, S. Poderes, potestades, en Fragmentos de un diccionario jurídico, Buenos Aires, 1964 (trad. SENTIS MELENDO).

ROSEMBERG, L., SCHWAB, K. H. Zivilprozessrecht, München, 1977.

SERRA DOMINGUEZ, M. Jurisdicción, en Estudios de Derecho procesal, Barcelona, 1969.

TROCKER, N. Processo civile e Costituzione. Problemi di Diritto tedesco e italiano, Milano, 1974.

VIZIOZ, H. Les notions fondamentales de la procédure et la doctrine française du Droit public, en Etudes de Procédure, Bordeaux, 1956.

- WACH, A. Manual de Derecho procesal civil, I y II, Buenos Aires, 1977 (trad. BANZHAF).
ZANZUCCHI, M. T. Diritto processuale civile, I, Milano, 1948.
ZÖLLNER, W. Betriebsjustiz, ZJP, 1970.