

## **EL PODER JUDICIAL COMO TERCER PODER DEL ESTADO**

**FERNANDO GARRIDO FALLA,**  
**Letrado del Consejo de Estado.**  
**Catedrático de Derecho Administrativo,**  
**Universidad Complutense de Madrid.**

### **I.- FUNCIONES Y PODERES EN LA EVOLUCION DEL ESTADO MODERNO.**

La tesis que aquí se va a mantener es la siguiente: la función jurisdiccional o Administración de Justicia (en el sentido de aplicación coactiva del Derecho para resolver un caso litigioso concreto) es una manifestación del poder soberano, tanto en régimen de concentración de poderes (soberanía en manos de un Monarca absoluto), como tras la división de poderes (soberanía popular) que caracteriza los regimenes constitucionales de los países que han conseguido un aceptable grado de desarrollo político.

Pues bien, en sus líneas generales, la evolución de la organización política del Estado moderno se desarrolla desde la baja Edad Media hasta nuestros días a través de tres etapas significativas, a saber: 1) la lucha por la concentración del poder en manos de un Monarca absoluto, etapa que culmina con la construcción teórica del concepto de Soberanía de Bodino; 2) el proceso de separación de funciones, incluso con aparición de órganos diferenciados para su ejercicio, durante la etapa de las monarquías absolutas; 3) en fin, consagración del principio de separación de poderes, en cuanto fórmula de garantía de los derechos de los ciudadanos frente al Estado y consiguiente limitación del poder de éste.

1.- La primera etapa se caracteriza por una progresiva centralización de poder que ha sido descrita por G. JELLINEK como una batalla que se libra en un triple frente: a) la lucha contra el poder temporal de la Iglesia, b) la lucha de los monarcas nacionales contra el Emperador (o

mejor dicho, contra la idea de imperio); c) en fin, la lucha contra los señores feudales y las ciudades libres; con lo que culmina, por una parte, la independización del poder real frente a los poderes exteriores y, por otra, la sumisión de los poderes interiores al Rey.

El concepto de soberanía queda así establecido como una nota inherente al poder del Estado, que aparece como supremo hacia el interior y como independiente con respecto a otros poderes externos.

2.- Ahora bien, como observa G. JELLINEK, durante la Monarquía absoluta las funciones del Estado no son sino las diversas "direcciones particulares del poder monárquico"; y aunque los intentos de "dividir" los poderes eran considerados por HOBBS como doctrinas revolucionarias que conducían a la disolución del Estado, una organización cada vez más compleja, y elementales ideas de racionalización, determinaron el proceso de separación de funciones.

Este proceso - y su ulterior evolución - arranca de muy diversas bases de partida (y conduce, por tanto, a resultados diferentes) en Inglaterra y en los países continentales. Recuérdese que en Inglaterra, prácticamente hasta la Municipal Reform Act, de 1836, la Administración estaba en manos de los Jueces (y, en parte, en el Parlamento), hasta el punto de que en las funciones de los Jueces de paz hubo que distinguir los "actos judiciales" de los "actos administrativos no judiciales". El actual sistema de revisión judicial de la acción administrativa se resiente obviamente de estos orígenes.

En Francia, en cambio, la separación de los Tribunales de Justicia (Parlements) se va a convertir en un molesto obstáculo para el ejercicio del poder real, cuyo recelo frente a la noblesse de robe se va a heredar curiosamente por los padres de la Revolución. Cómo se produce la injerencia de los Parlamentos en las decisiones reales, es el resultado de unas circunstancias históricas que merece la pena recordar. Los tribunales - en una época en la que, ocioso es decirlo, no existía el Boletín Oficial del Estado (ni nada semejante), registraban en sus libros los edictos, Ordenanzas y cartas-patentes del Rey para su ulterior aplicación (droit d'enregistrement); con el tiempo, lo que en su inicio se limitaba a ser una función meramente comprobatoria, se convirtió en una facultad de fiscalización, es decir, de verificación de la conformidad de las disposiciones reales con las lois

**Fundamentales del Reino (droit de remontrance) (GOYARD).** La reacción real no se hizo esperar; así es que en tiempos de Richelieu, aparte de multiplicarse las "comisiones extraordinarias" con jurisdicción especial, se proclama el Edicto de Saint Germain en Laye, en 1641, por el que se prohibía a Tribunales y Parlamentos tomar conocimiento de los asuntos concernientes al Estado "los que reservamos a nuestra persona, a no ser que lo permitamos por carta patente" (GOYARD).

En España el reconocimiento en manos del Monarca de la suprema Jurisdicción civil y criminal, junto a las facultades legislativas y de gobierno, está consagrado en las más viejas leyes españolas. La Ley I del Título I del Libro IV de la Novísima Recopilación incluye las peticiones dirigidas a Don Enrique II por las Cortes de Toro el año 1371 y por las de Burgos el año 1377, y a Don Juan II por las Cortes de Valladolid el año 1442, sobre prohibición de impedir las apelaciones de Jueces inferiores a las Audiencias reales. El principio, claro está, se basa en el reconocimiento de que la "jurisdicción suprema civil y criminal pertenece a Nos, fundada por Derecho común en todas las ciudades y villas y lugares de nuestros Reynos y Señoríos".

Esta afirmación de la Jurisdicción real no se hace entonces polémica -huelga decirlo- frente a un todavía desconocido principio de división de poderes (centralizados), sino frente a los Señoríos jurisdiccionales y a la Jurisdicción de la Iglesia. La trayectoria del Estado preconstitucional se caracteriza cabalmente por una concentración de poderes en manos del Monarca que se corresponde con una paulatina desaparición de los vestigios feudales. Ahora bien, es esto justamente lo que hace posible la institucionalización de la justicia civil y penal en Tribunales ordinarios (Audiencias y Chancillerías), que, no obstante el principio de confusión característico de la época, actúan, como regla, como Tribunales independientes. Debe recordarse, en este sentido, que el Título VI del libro IV de la Novísima Recopilación se refiere a "los negocios de que no puede conocer el Consejo" (de Castilla); en cuya ley I se ordena que no se conozcan por el Consejo "los pleitos que, según las Leyes y Ordenanzas de nuestros Reynos, deben ir las apelaciones a las nuestras Audiencias y Chancillerías".

Empero, la reconducción de las facultades jurisdiccionales a una única fuente originaria, el Rey, no evitó el pluralismo de fueros jurisdiccionales típico de la sociedad estamental. Por razón de las personas

(eclesiásticos, nobles, militares, escolares...), de las cosas u objetos del litigio o de los delitos a juzgar, lo cierto es que junto a la jurisdicción ordinaria coexistía toda una serie de "jurisdicciones privilegiadas", que daban lugar al planteamiento de frecuentes cuestiones de competencia, bien entre sí, o por injerirse en los asuntos ordinarios de Gobierno. En relación con las muchas injerencias de los Tribunales "en negocios de rentas" de la Hacienda pública, hubo de dictar Carlos III un Real Decreto de 10 de junio de 1760, en el que se expresaba en la siguiente forma: "... manifestaré mi indignación y los efectos de mi desagrado a los (Magistrados) que no se contengan en los límites de cada una (Jurisdicción), e introduzcan semejantes inconvenientes y embarazos".

Por lo demás, las decisiones concretas con motivo de las cuestiones de competencia planteadas constituyen una importante fuente de conocimiento para descubrir por dónde pasaban los límites entre los asuntos administrativos y judiciales.

A fines del siglo XVIII, no obstante la confusión orgánica de las funciones gubernativa y jurisdiccional, hay conciencia clara en cuanto a la distinción entre asuntos gubernativos y contenciosos (administrativos). En DOU y BASSOLS la diferencia entre jurisdicción gubernativa y contenciosa se centra precisamente en la existencia de los trámites específicos del juicio; una diferencia, pues, de tipo formal que, si produce importantes consecuencias jurídicas ("las providencias o decretos hechos gubernativamente -nos dirá DOU- no tienen autoridad de cosa juzgada"), no impide el que una cuestión gubernativa se haga contenciosa; lo cual constituye cabalmente el origen de lo que hoy se llama contencioso-administrativo.

Esto va a determinar incluso un atisbo de diferenciación orgánica. Así, el Consejo de Castilla conocía de los asuntos de gobierno mediante su Sala de Gobierno, mientras que las Salas de Justicia conocían de los asuntos judiciales; pero, a la vista de los muchos asuntos que había de despachar, Felipe V, en 9 de junio de 1715, ordenó que esta Sala se dividiese en dos; y como los asuntos de gobierno "pueden tratarse contenciosamente, o con audiencia formal de las partes, terminaron por adscribirse a la Sala Segunda de Gobierno por Real Decreto de 16 de noviembre de 1786.

## II.- EL PRINCIPIO DE DIVISION DE PODERES Y SU DOBLE INTERPRETACION.-

1.- A fines del XVIII, las ideas revolucionarias dan nuevo sentido a estos "principios organizativos": La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, en 1789, contiene una afirmación tajante: "Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución" ("... n'a point Constitution"). No se trata de consagrar dos principios independientes entre sí; la separación de poderes es cabalmente la fórmula óptima para garantizar los derechos de los ciudadanos, porque - de acuerdo con la aguda intuición psicológica de MONTESQUIEU - "todo hombre que tiene el poder tiende a abusar de él mientras no encuentre límites,... ¡quién lo diría, la virtud misma necesita límites!". En relación con el tema que aquí nos preocupa el texto que sigue es significativo: "Cuando se concentra el poder legislativo y el poder ejecutivo en la misma persona o en el mismo Cuerpo de Magistrados, no hay libertad...; no la hay tampoco si el poder judicial no está separado del poder legislativo y del ejecutivo...; todo se habrá perdido si el mismo cuerpo de Notables, o de aristócratas, o del pueblo, ejerce estos tres poderes" (Esprit des lois, lib.XI, cap. VI).

Obviamente para MONTESQUIEU el poder judicial es uno de los poderes del Estado y este mismo calificativo merece en los primeros textos constitucionales escritos. La Constitución francesa de 1791 (artículos 3 a 5) establece un poder legislativo "delegado en una Asamblea Nacional compuesta por representantes temporales libremente elegidos por el pueblo"; un poder ejecutivo "delegado en el Rey para ser ejercido, bajo su autoridad, por Ministros y otros Agentes responsables"; y un poder judicial "delegado en Jueces elegidos temporalmente por el pueblo".

2.- Aunque ésta es la línea que se descubre como una constante en el constitucionalismo decimonónico, hay que señalar las discrepancias doctrinales sobre el tema.

En el caso de M. HAURIUO, para quién en tiempo de MONTESQUIEU los tres poderes (incluido el judicial) ejercían de hecho un papel político: si en Inglaterra (apreciación que contrasta con otras que antes adelantábamos) el poder ejecutivo y el legislativo "hacían el dúo", es en Francia donde el poder judicial desempeñó un papel político en el

"antiguo régimen", precisamente "por la resistencia que los Parlamentos Judiciales habían comenzado a oponer al registro de los edictos reales, así como al desarrollo de la centralización administrativa". El caso es que, después de la Revolución, las cosas han cambiado: el poder judicial se ha separado de la política reduciéndose a lo contencioso con lo que, en la teoría francesa, ha pasado a un segundo plano. "Por tradición -continúa HAURIUO- se ha mantenido nominalmente en la lista, pero no se le ha dado ya entrada en el concierto de los poderes públicos, cuyo lugar ha venido a ocupar el "poder de sufragio".

3.- Pienso que la postura de HAURIUO está influida por el sistema no judicialista sobre el que el contencioso-administrativo se ha edificado en Francia. Sabido es que el principio de la división de poderes ha sido interpretado de dos maneras paradójicamente antagónicas. Una primera interpretación postula que la función jurisdiccional sea atribuida en exclusiva al Poder Judicial, de suerte que, en virtud de tal monopolio, incluso las ilegalidades cometidas por la Administración (por el Poder ejecutivo) han de ser fiscalizadas por los Tribunales de Justicia. De acuerdo, en cambio, con una segunda interpretación lo que la separación de los Poderes exige es que ninguno de ellos quede bajo el control del otro (en especial, impide que el Ejecutivo caiga bajo el dominio o supervisión del judicial). Curiosamente esta postura, que peligrosamente hubiese podido impedir el nacimiento de la Justicia administrativa, tiene su explicación en el común recelo, tanto del poder real, como de los revolucionarios franceses (la política y la historia forman "extraños compañeros de viaje") frente al poder judicial. "Juger l'Administration c'est encore administrer", por consiguiente "los Jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, impedir en forma alguna las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los administradores, por razón de sus funciones" (Ley 16-24 agosto de 1790). Se ha podido decir por eso que, en sus orígenes, el concepto de acto administrativo surge cabalmente para formar el catálogo de los actos excluidos del conocimiento de poder judicial.

Creo que esto explica muchas cosas. Pero al mismo tiempo se convierte en un formidable argumento a favor de la existencia de un Poder judicial allí donde -como es el caso de España- la Justicia administrativa está encomendada a los Tribunales encuadrados en el poder judicial.

### **III.- EL PODER JUDICIAL EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA.-**

1.- Nuestra Constitución, que obviamente se basa en el principio de la separación de poderes, no utiliza sin embargo tal terminología sino para referirse al "Poder Judicial", al que dedica su Tit. VI. En relación con los otros "poderes", se ha preferido la referencia al Organó titular: "Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa..." (Art.66.2): "El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria..." (Art.97).

El contraste es tan notorio que para muchos -y se trata de una corriente doctrinal respaldada, como vimos, por la autoridad de M. HAURIOU- la afirmación constitucional se hace precisamente por el dudoso carácter de auténtico "poder" que la administración de la justicia (jurisdicción) tiene: porque, desde los orígenes del constitucionalismo, se trata de un poder "en quelque façon nul".

Pero comencemos por recordar el tratamiento constitucional de este controvertido "Poder judicial":

#### **"Art. 117**

1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.

2.- Los jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley.

3.- El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.

4.- Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho.

5.- El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la Jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.

6.- Se prohíben los Tribunales de excepción."

Los problemas que resuelve -y por otra parte, plantea- son los siguientes: a) su legitimación como poder democrático b) la unidad jurisdiccional o monopolio de la jurisdicción c) la independencia judicial; d) la prohibición de injerencia en los otros poderes y su compatibilidad con el control de la potestad reglamentaria y actuación administrativa.

Veamos la significación de estos principios.

2.- Proclamar que la Justicia emana del pueblo es afirmar su legitimación democrática y desarrollar, literalmente hablando, el Art. 2<sup>º</sup>.2 de la Constitución: "La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado". Es, además, reiterar su condición de poder del Estado.

No obstante la preocupación que, entre nosotros, ha manifestado FAIREN por el uso promiscuo y desordenado de los términos "poder", "potestad" y "función" en las distintas Constituciones del XIX, hasta llegar a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, pienso que, aparte precisiones terminológicas, lo que queda claro a lo largo de este periodo histórico es que 1<sup>º</sup>) la jurisdicción (o potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado) forma parte de la clasificación primaria e irreductible de las funciones en que se manifiesta el Poder del Estado (siendo las otras dos la legislación y la ejecución); y 2<sup>º</sup>) aceptado el principio de la división de poderes (atribución de cada una de estas funciones a Organos diferentes y que, por serlo, han de limitarse al ejercicio exclusivo de tal función), el Poder judicial es uno de ellos en cuanto que, a través del mismo, se manifiesta una de las tres formas primarias de expresión de la soberanía del Estado.



Creo que la "prueba del nueve" para contestar a la cuestión de si el Judicial es un auténtico poder -de acuerdo con el valor entendido que el constitucionalismo da a este término- se encuentra en la siguiente pregunta: ¿se debilita la garantía de la libertad si la función de hacer justicia se acumula a las funciones de alguno de los otros poderes del Estado?. La contestación ya la dio MONTESQUIEU y la Constitución francesa de 1791. Y en el "Discurso preliminar" de nuestra Constitución de 1812 se lee:

"Para que la potestad de aplicar las leyes a los casos particulares no pueda convertirse jamás en instrumento de tiranía, se separan de tal modo las funciones del juez de cualquier otro acto de autoridad soberana, que nunca podrán ni las Cortes, ni el Rey ejercerlas bajo ningún pretexto... En el momento en que ambas autoridades o alguna de ellas asumiese la autoridad judicial, desaparecería para siempre no solo la libertad política y civil, sino hasta aquella sombra de seguridad personal que no pueden menos de establecer los mismos tiranos si quieren conservarse en sus Estados".

Pienso que la pregunta queda satisfactoriamente contestada.

3.- La unidad jurisdiccional es ciertamente garantía de libertad en la misma medida en que lo es la configuración de un poder judicial independiente: no basta con que se atribuya a éste la función jurisdiccional en términos generales; es necesario que se le atribuya en exclusiva, "en régimen de monopolio". Ya vimos como en el "antiguo régimen" el poder real se defendía de la creciente fuerza de los Tribunales acudiendo a la creación de "comisiones extraordinarias" o "jurisdicciones especiales". Muchas de éstas - y de espaldas a los preceptos constitucionales- perviven durante el siglo XIX hasta el llamado Decreto de Fueros, de 6 de diciembre de 1868, que suprimió los Tribunales de Comercio y los Juzgados especiales de Hacienda, aparte de restringir notablemente las jurisdicciones de Guerra y Marina (cuyo mantenimiento se justifica, curiosamente, no como un privilegio de los aforados, sino en favor de la sociedad que requiere una mayor protección frente a los excesos que puedan ser cometidos por militares).

Por supuesto el principio de unidad jurisdiccional está en la base misma del Art. 117.3 de la Constitución de 1978. La atribución de la

potestad jurisdiccional a los Jueces y Tribunales quiebra cuando la Administración resuelve recursos (función materialmente jurisdiccional), pues siempre lo hará con carácter previo y sometida a la ulterior revisión de los Tribunales.

4.- La independencia judicial - último fundamento, si se me apura, del Estado de Derecho- está reiteradamente consagrada en los números 1 y 2 del Art. 117.

Ya en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, se advertía sobre las disposiciones que se adoptan para impedir que el Poder judicial pueda defenderse "si se siente estorbado en el libre ejercicio de su augusto ministerio, si se atenta de cualquier modo a su independencia, cualidad la más precisa y esencial de la Magistratura, sin la cual ésta deja de constituir un poder para convertirse en una rueda inerte de la Administración política, ya que no en un terrible instrumento de pasiones bastardas y mezquinas".

Si se admite que la independencia es una nota que afecta singularmente a los Jueces y Magistrados en el ejercicio de la jurisdicción, es que no hay un Poder judicial titular de la potestad jurisdiccional, sino que son los propios Jueces y Magistrados los titulares de esta potestad; si se admite, por tanto, que la jurisdicción es una función de titularidad múltiple y difusa (I. de OTTO), entonces salta a primer plano el sentido de la redacción del Art. 117.1 de la Constitución: no se habla, en abstracto, de independencia del Poder judicial, sino de "Jueces y Magistrados... independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley".

Y así las cosas, los atentados a la independencia pueden producirse no solo por la vía ciertamente burda de una invasión de competencias judiciales por parte del legislativo o del ejecutivo, sino por lo más sutil de la modificación por vía legislativa (es decir, por el tandem Gobierno-Parlamento, cuando se dispone de la mayoría suficiente en las Cámaras) del Estatuto de la función judicial. La jubilación masiva de Jueces y Magistrados por acortamiento de la edad de jubilación forzosa (Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985) puede suscitar preocupantes reflexiones, cuya comparación, por cierto, con semejante legislación del periodo de 1931-36 se nos ha recordado recientemente (MUÑOZ

MACHADO). Como lo ha dicho el Tribunal Constitucional en su Sentencia 108/86, de 29 de julio (relativa al recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Orgánica de 1985, que, por cierto, declaró constitucional el aludido tema del adelanto de la edad de jubilación): "El Poder Judicial consiste en la potestad de ejercer la jurisdicción y su independencia se predica de todos y cada uno de los Jueces en cuanto ejercen tal función...".

En resumen, la jurisdicción es una manifestación del poder soberano del Estado en cuanto que consiste en la aplicación a casos concretos del poder coactivo del Estado; poder que se atribuye a cada juez o Tribunal en concreto, aunque con posibilidad de revisión de sus decisiones ante instancias superiores.

Ahora bien, su diferencia con los otros poderes está en el dato decisivo de que no es un "poder organizado" esto es, no existe un centro de producción de decisiones abstractamente vinculantes para el ciudadano; y aquí está la razón de que muchos le nieguen su papel de "poder político". Pero ¿acaso no tiene este sentido su función de controlador de la legalidad de la potestad reglamentaria y administrativa?, ¿Y la del Tribunal Constitucional - cuya función muy bien podría estar encomendada, como en EE.UU al Tribunal Supremo- es ajena al juego político de los poderes?.

