

## POTESTAD, ÓRGANO Y FUNCIÓN JURISDICCIONALES

(Un ensayo contra "administración de justicia")

Juan MONTERO AROCA \*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Administración de justicia y Poder Judicial*. III. *La división de poderes y el Poder Judicial en Montesquieu*. IV. *La subordinación de los jueces al Poder Ejecutivo*. 1. *El caso francés como paradigma*. 2. *La situación española antes de 1978*. V. *Poder y potestad*. VI. *La potestad jurisdiccional o jurisdicción*. VII. *Ambito de ejercicio de la potestad jurisdiccional*. VIII. *La distinción entre juez y funcionario*. IX. *Concepto de independencia*. X. *La función jurisdiccional*. XI. *Noción de pretensión y resistencia*. 1. *Concepto de pretensión*. 2. *Concepto de resistencia*. XII. *Actuación irrevocable del derecho*. XIII. *Actuación con desinterés objetivo*. XIV. *Conclusión*. XV. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

En un mundo de soberbios, Héctor Fix-Zamudio es modesto. En una época de vacío intelectual, Fix-Zamudio es creador. En momentos de oropel sin contenido, Fix ha trabajado sin aspavientos. A lo largo de muchos años, con la modestia del verdadero intelectual creador, sin darle un cuarto al pregonero, sin alharaca, el amigo Héctor nos ha regalado, primero, el producto de su trabajo, y, después, su amistad. No se qué vale más.

Vivimos en un mundo y en una época en los que ha perdido realidad aquel viejo refrán español de que el buen paño en el arca se vende. Ahora, por el contrario, es el tiempo de la soberbia sin causa, de la pose intelectualoide y de la publicidad. Lo que importa no es lo que se hace, sino la imagen con la que se vende. No es cada uno ya hijo de sus obras, sino paño que hay que promocionar como cualquier otro producto comercial.

En este contexto, Héctor Fix-Zamudio es un ejemplo a imitar contra la corriente, y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universi-

\* Catedrático-director del Departamento de Derecho Procesal, Universidad de Valencia (España).

dad Nacional Autónoma de México, con el homenaje que le rinde, da pruebas de sensibilidad agradecida a quien le ha dedicado buena parte de su vida. A ese homenaje quiero unir estas páginas, abordando un tema que está próximo a las ramas del saber jurídico cultivadas por el homenajeado.

Se ha dicho tantas veces que suena ya como formalismo, pero quisiera que mis palabras no se entendieran como tal; si acaso pueden tomarse como forma, como condición necesaria para la certeza, como precio para la seguridad; parto, pues, de la distinción entre forma y formalismo. Para mí, y estoy seguro de que para muchos, conocer a Fix ha sido una suerte, un don de la providencia. Le he brindado mi amistad, pero en el cambio he salido ganando.

Y lo mejor de todo es que este homenaje se hace a un hombre del que hay que esperar tanto o más de lo que ya nos ha dado. De que no estamos ya al final —como tantas otras veces ocurre—, sino que se trata simplemente de un interludio. Hasta aquí la composición ha sido suya y mañana volverá a serlo; pero en el intervalo que este libro de estudios significa, estas son mis notas para la pieza que todos componemos en su honor. Espero —simplemente espero, no me atrevo a decir que confío— que estas mis notas no hagan desafinar al conjunto.

## II. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y PODER JUDICIAL

Dentro de la terminología jurídica es un lugar común, tanto en lenguaje técnico como vulgar, manejar como sinónimas dos expresiones: *Poder Judicial* y *administración de justicia*. Esto ocurre incluso a nivel constitucional. Así, el capítulo IV del título Segundo de la Constitución de México, se coloca bajo la rúbrica "Del Poder Judicial"; pero, en el artículo 97, III, se hace referencia a "administración de justicia". Lo mismo ocurre con la Constitución española de 1978: en ella la rúbrica del título VI es "Del Poder Judicial"; pero en diversos artículos se habla de "administración de justicia" (artículos 121, 122.1, 125, por ejemplo).

En nuestra opinión, esta equiparación es errónea, no ya técnicamente, sino, y sobre todo, políticamente. Responde a una concepción de estructura y reparto de poder dentro del Estado que pretende, y ha conseguido, apartar al Poder Judicial del verdadero poder político, dejándolo reducido a mera administración, a un aspecto más de la administración del Estado, la cual queda confiada al Poder Ejecutivo. De aquí que no sea indiferente el utilizar una y otra expresión.

Cuando se discutía en el Parlamento español la que después fue la Constitución de 1978, y en concreto su título VI, por parte de algún grupo muy minoritario se pretendió que no hubiese referencia en aquélla al "Poder Judicial", sino que se hablase de "justicia" o de "administración de justicia". Los grupos políticos más importantes insistieron en la expresión "Poder Judicial"; eran conscientes de que no se trataba simplemente de un cambio de terminología, sino de algo más profundo: de un cambio de concepción política básica.

En este sentido, son muy reveladoras las palabras que Manuel Azaña, entonces presidente del gobierno español, pronunció en el Parlamento de 1932:

Yo no sé lo que es el Poder Judicial. Aquí está la Constitución. Yo no gobierno con libros de texto ni artículos, ni con tratados filosóficos y doctrinales; gobierno con este librito, y digo que se me busque en este librito el Poder Judicial, que lo busquen aquí a ver si lo encuentran... No es sólo una cuestión de palabras, va mucha e importantísima diferencia de decir Poder Judicial a decir administración de justicia, va todo un mundo en el concepto del Estado.

Todo lo anterior significa que cuando una Constitución emplea la expresión "Poder Judicial", está reflejando una determinada concepción política del Estado, que es diferente de aquella otra a la que se alude con "administración de justicia". Se trata, pues, de examinar en qué consiste esa diferencia. Para ello hemos de volver a conceptos ya sabidos pero contemplados, ahora, desde una óptica distinta.

### III. LA DIVISIÓN DE PODERES Y EL PODER JUDICIAL EN MONTESQUIEU

En la concepción ideológica base de la revolución francesa, la doctrina de la división de poderes no significó la aparición de un verdadero Poder Judicial. Los revolucionarios partían de una clara desconfianza frente a los tribunales.

Es cierto que la diferencia fundamental entre Locke y Montesquieu reside en que el segundo hace referencia al Poder Judicial, distinguiéndolo del Ejecutivo; pero es más en las palabras que en la base del reparto de poderes. Para Locke, los poderes de la sociedad política eran tres: Legislativo, Ejecutivo y Federativo, y dentro del segundo, cuya misión era la ejecución de las leyes ya hechas para garantizar su cum-

plimiento, incluía a los jueces. En Montesquieu, por el contrario, los poderes seguían siendo tres, pero distintos: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Dividir los poderes no supuso equiparar el Judicial a los otros. El Judicial quedó en buena medida hipovalorado. Ello es así porque la aspiración fundamental del barón De la Brède era garantizar la libertad de los ciudadanos frente a la monarquía absoluta, y para ello pretendía que en el ejercicio de la soberanía concurrieran las diversas fuerzas sociales por medio de órganos específicos.

La teoría de que si los tres poderes quedasen en manos de la misma persona, o de la misma asamblea, desaparecería la libertad, es sobradamente conocida. Para Montesquieu no existe libertad cuando el Poder Judicial está unido al Legislativo, porque entonces, convertido el juez en legislador, estaríamos ante la arbitrariedad; tampoco existe libertad si el Poder Judicial y el Ejecutivo están unidos, pues el juez entonces tendría la fuerza de un opresor. Pero importa ahora destacar que para este autor lo esencial era determinar la titularidad de la soberanía.

La construcción de Montesquieu se incardina en un país y en un momento histórico. A la vista de las fuerzas sociales existentes en Francia en el siglo XVIII, se trataba de distribuir entre ellas el poder político. El Legislativo lo atribuía a dos cuerpos colegisladores, uno integrado por nobles y otro por representantes del pueblo; el Ejecutivo quedaba en manos del rey. Éstos —los nobles, el pueblo (mejor la burguesía) y el rey— eran las fuerzas sociales del momento y entre ellas se repartía el poder. Ante esta situación, la potestad judicial, si se quería mantener la libertad, no podía atribuirse ni al Legislativo ni al Ejecutivo. Entonces, ¿a quién?

Montesquieu contesta que la potestad judicial no puede ser confiada ni a una concreta fuerza social, ni a una profesión determinada; debe ser confiada a todos, al pueblo. La respuesta viene condicionada: 1º Por la aspiración de limitar el poder para defender la libertad, y 2º Por los prejuicios frente a los *parlements* de la época (tribunales, a pesar del nombre). Estos órganos judiciales estaban integrados por la nobleza baja y la burguesía, y eran, en alguna medida, un rescoldo del feudalismo frente al poder real absoluto, habiéndose atribuido la facultad de *enregistrement* de las leyes. En virtud de ella, los parlamentos se negaban a registrar las leyes regias (es decir, centralizadoras) y, por lo tanto, a aplicarlas en los casos concretos, controlando que en ellas no existiera “nada contrario a los intereses de *Vuestra Magestad et de l'État et aux lois fondamentales du royaume*”.

La potestad judicial, en la concepción teórica de Montesquieu, se atribuía, pues, a todos, a personas elegidas por el pueblo para algunos periodos del año. Los tribunales no debían ser permanentes, debiendo actuar sólo el tiempo preciso para solucionar los asuntos pendientes. Esto es, tribunales populares y ocasionales.

Ahora bien, "si los tribunales no deben ser fijos, los juicios deben serlo hasta el extremo de no ser más que el texto preciso de la ley". El juicio, la sentencia, no puede representar el punto de vista particular del juez; éste no es una fuerza social o política; el juez ha de limitarse a aplicar la ley creada por las verdaderas fuerzas sociales; su actividad es puramente intelectual, no creadora de nuevo derecho. Aquí se inserta la tan conocida frase de que el juez no es más que "la boca que pronuncia las palabras de la ley".

En esta construcción, pues, el Poder Judicial, al no representar a una fuerza social, es invisible o nulo; o bien que de los tres poderes el Judicial es en cierto modo nulo, quedando sólo los otros dos, que son los verdaderos poderes. Si lo que se pretendía era repartir el poder político entre las diversas fuerzas sociales y para ello se establecen unos órganos específicos, los jueces no son una fuerza social ni la representan. En la lucha entre las fuerzas sociales el juez debe ser neutral. Para conseguirlo, la potestad judicial no debe atribuirse ni a un órgano permanente, ni a un cuerpo de funcionarios. En realidad no existe el Poder Judicial.

#### IV. LA SUBORDINACIÓN DE LOS JUECES AL PODER EJECUTIVO

Aunque otra cosa pudiera parecer, la concepción de Montesquieu condujo a que en Francia el Poder Ejecutivo subordinara a los jueces, haciendo desaparecer incluso la expresión "Poder Judicial", y a que en otros países, como en España, aun manteniéndose formalmente las palabras en las leyes, de hecho se produjera también la subordinación.

##### 1. *El caso francés como paradigma*

###### A. La concepción napoleónica

La elaboración teórica de Montesquieu no resistió al trasladarse al plano de la realidad. A pesar del número importante de constituciones por las que se ha regido Francia, sólo en tres de ellas se habló de Poder Judicial: en la primera de 3 de septiembre de 1791, en la senatorial de

6 de abril de 1814 y en la efímera que se dio la II República de 1848. En las demás se ha eludido esta expresión y se ha hablado de *ordre judiciaire*, de *fonction judiciaire* o de *autorité judiciaire*; desde 1848 no se habla en este país de Poder Judicial.

En los inicios revolucionarios la influencia del barón de la Brède es evidente. La elección de los jueces se establecía en las constituciones de 1791, de 1793 y de 1795, e incluso antes en el Decreto sobre organización judicial de 16-24 de agosto de 1790. El cambio se produjo en la Constitución de 13 de diciembre de 1799, en la cual el nombramiento pasó a manos del primer cónsul, esto es, de Napoleón.

A partir de aquí, el Poder Ejecutivo redujo a los jueces a funcionarios administrativos y pudo hablarse de la administración de justicia. Manifestación de ello fueron la Ley sobre Organización de Tribunales de 18 de marzo de 1800 y la Ley sobre Organización del Orden Judicial y la Administración de Justicia de 20 de abril de 1810. Napoleón organizó la administración francesa y concibió a la justicia como una parte de esa administración. El ministro de Justicia se convirtió en el *grand-juge*.

Los cambios de régimen político no alteraron ya la situación. En la carta constitucional de 1814 la justicia emana del rey y se administra en su nombre por jueces que él nombra. En la Constitución republicana de 1848, la justicia se administra en nombre del pueblo; pero los jueces son nombrados por el presidente de la República.

La Ley de 20 de abril de 1810, que se mantuvo en vigor hasta el fin de la III República, partía de la idea de que la justicia era un simple servicio público, equiparable sin más a cualquier otro, y los funcionarios del mismo, los jueces, eran nombrados y destituidos por el ministro de Justicia atendiendo a criterios de eficacia del servicio, esto es, a criterios políticos. Para acceder a la judicatura se estableció en 1906 el sistema de oposición (concurso en la terminología mexicana); pero ello no ha impedido que continuara la concepción administrativa de la justicia.

## B. La justificación doctrinal

El apoderamiento de la justicia por Napoleón fue tan completo que hasta la doctrina se apresuró a justificarlo.

Los procedimentalistas franceses partieron ya de negar la existencia del Poder Judicial. Así, para Garsonnet, existen dos poderes: el Legislativo, que hace las leyes, y el Ejecutivo, que las aplica; el Judicial entra necesariamente en el Ejecutivo, puesto que su función es apli-

car la ley. La teoría de los tres poderes podría defenderse en un régimen en el que los jueces fueran elegidos; pero ello no es admisible en un sistema en el que corresponde al Poder Ejecutivo el nombramiento de aquéllos. Ahora bien, de esta facultad de nombramiento deriva el que los jueces sean agentes del Poder Ejecutivo y depositarios de una parte de su autoridad. No importa que los jueces sean inamovibles, pues esta prerrogativa no se justifica por la naturaleza misma del llamado Poder Judicial.

Entre los procedimentalistas se concluirá que la discusión en torno a la existencia o no del Poder Judicial carece de interés práctico. Por ello, la verdadera discusión se mantuvo entre los autores de derecho público en general, y así:

1º El máximo sostenedor de la existencia del Poder Judicial fue Carré de Malberg, para el cual:

Por el hecho de que la autoridad jurisdiccional ha recibido una constitución orgánica que hace de ella una autoridad independiente, por el hecho de que la actividad jurisdiccional está sometida a formas especiales y que las decisiones jurisdiccionales tienen una fuerza que no corresponde a las decisiones administrativas, la jurisdicción se encuentra erigida, desde el punto de vista jurídico, en un poder distinto, es decir, en una tercera función de la potestad estatal.

2º Pero este autor es minoritario, pues la mayoría de la doctrina, en cantidad y calidad, se coloca en el lado opuesto, en la negación del Poder Judicial, centrándose en la idea de que la función jurisdiccional es una función del Poder Ejecutivo.

Se destacó así que los poderes no están subordinados a las funciones, sino que, por el contrario, estando los poderes más allá de las funciones, cada uno de aquéllos puede tener varias de éstas. Lo que importa es el ejercicio de una voluntad política y, desde este punto de vista, la actividad administrativa y la actividad judicial son dos ramas de un mismo poder de voluntad. En este sentido, decía Hauriou, lo que distingue las decisiones de una y otra actividad son las circunstancias y los procedimientos.

En este orden de cosas, Duguit estimaba que la existencia del Poder Judicial dependía de demostrar que la justicia es un elemento separable de la soberanía del Estado e incorporado a un órgano de representación.

En conclusión, la expresión Poder Judicial desapareció de la legisla-

ción francesa y de su tradición jurídica, y también los autores del derecho público han llegado a considerar preferible que la controversia quede definitivamente en silencio.

## 2. *La situación española antes de 1978*

Aunque en España la expresión Poder Judicial se ha mantenido y tiene detrás una cierta tradición jurídica, ello no supone que se haya actuado políticamente partiendo de la existencia de un verdadero poder

De las numerosas constituciones que nosotros hemos padecido, sólo tres, aparte de la de 1978, se han referido al Poder Judicial, y una de ellas no llegó a tener vigencia. Desde la de 1812 hasta la actual, ha habido variedad de títulos. En la primera Constitución, “De los tribunales y de la administración de justicia en lo civil y en lo criminal”; en la de 1837, se habla por primera vez del Poder Judicial; pero la de 1845 vuelve a “De la administración de justicia”, y en la de 1856 (sin vigencia) al Poder Judicial. La Constitución nacida de la revolución democrática, la de 1869, insistió en el Poder Judicial, que no volvió a utilizarse hasta la de 1978, pues la de 1876 retrocedió a “De la administración de justicia”, y la de 1931 se limitó a “De la justicia”, que es lo que hizo también la Ley Orgánica del Estado de 1967.

El que en el último siglo se haya guardado la tradición de Poder Judicial, no ha sido consecuencia de las constituciones, sino de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, que se dictó bajo la vigencia de la Constitución de 1869. Ello no ha supuesto, lógicamente, la existencia de un verdadero poder. En este contexto es comprensible que para el primero de nuestros procedimentalistas, para Vicente y Caravantes, “las funciones del orden judicial se reducen a aplicar la ley a un cierto orden de hechos, o mejor, a concurrir a su ejecución, y toda ejecución de ley entra esencialmente en las atribuciones del Poder Ejecutivo”.

En la Constitución de 1812 se partía realmente de la división de poderes y, a pesar de la falta de expresión de la existencia del Poder Judicial, por lo menos mitigado. Por ello, el nombramiento de los jueces correspondía al rey (artículo 171, 4<sup>a</sup>); pero a propuesta en terna del Consejo de Estado (artículo 237). De ahí que en la Exposición de Motivos se dijera que la potestad judicial se separa completamente de cualquier otro ejercicio de autoridad soberana y, considerándola parte del ejercicio de la soberanía, se delega inmediatamente por la Consti-



tución a los tribunales. En esta concepción la inamovilidad de los jueces, establecida en el artículo 252, era elemento primordial.

A lo largo del siglo XIX las diversas constituciones irán proclamando la inamovilidad judicial; pero, de hecho, ésta no existirá, quedando los jueces sujetos a la arbitrariedad ministerial. Las depuraciones en la judicatura fueron constantes y casi siempre acudiendo a argumentaciones de esta índole: todos los nombramientos judiciales han sido producto del partidismo del anterior gobierno, por lo que el nuevo gobierno no puede aceptar sin más que sean inamovibles; realizadas por este nuevo gobierno las destituciones y los nombramientos oportunos, ahora sí, ya pueden ser declarados los jueces inamovibles. Naturalmente, con todos los gobiernos se realizaba el mismo proceso (*vid.* Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870).

Los jueces quedaron así sujetos a los mismos vaivenes que los funcionarios administrativos, y si en el siglo XIX es común, incluso en la literatura, la figura del funcionario cesante, también lo es la del juez cesante. Hasta la Disp. Transitoria VIII de la LOPJ de 1870 se refiere a ellos. Esta ley significó un gran paso adelante, pero siguió posibilitando el apoderamiento de la administración de justicia por el Poder Ejecutivo, pues en manos de éste, a pesar de la oposición (concurso), quedaban los nombramientos, como puede verse en los artículos 123, 128, 133, 138 y siguientes. Ello, aparte de que la ley convirtió a todos los jueces existentes al entrar en vigor en provisionales y de que su aplicación práctica fue escasa, por lo menos hasta el Decreto de Canalejas de 1889.

Desde entonces, y durante el siglo XX, la concepción que hemos calificado de napoleónica impregna toda la consideración de la administración de justicia. Según una opinión mayoritaria entre los procesalistas, al derecho constitucional o político corresponde el estudio de la jurisdicción, en cuanto atributo de la soberanía del Estado, aunque lo cierto es que a los constitucionalistas españoles no les ha interesado el estudio político y jurídico del Poder Judicial, como consecuencia de no considerarlo verdadero poder (así, Ruiz del Castillo, Sánchez Agesta o Lucas Verdú). Los procesalistas se limitan al proceso, a la actividad de los órganos jurisdiccionales, y dejan el régimen jurídico de las personas que ejercen esa actividad, y la propia organización de los tribunales, al campo del derecho administrativo, de donde resulta que el juez es un funcionario más y los órganos jurisdiccionales un componente más del esquema de organización administrativa del Estado (así, Fenech).

En este marco se comprende el reglamento orgánico de la carrera

judicial de 28 de diciembre de 1968, en el que se regula un cuerpo de funcionarios que ingresan por oposición (concurso) y que ascienden hasta determinado grado por antigüedad; pero que quedan en manos del ministro de Justicia o del gobierno cuando se trata de acceder a puestos que se califican de confianza (presidentes de audiencias territoriales o provinciales) o a las categorías más altas (magistrado del Tribunal Supremo). En esa época, lo mismo ocurría con los funcionarios administrativos; también se ingresaba por oposición (concurso) en los cuerpos correspondientes; pero en manos del ministro del ramo quedaba la designación para las categorías o los puestos más altos.

El Poder Ejecutivo había subordinado a los jueces, igual que a los funcionarios administrativos. La administración de justicia era parte de la Administración (con mayúscula) y como tal era regida y a sus principios se sometía.

Frente a esta concepción, aquella otra que arranca de la expresión "Poder Judicial" tiene que llegar a consecuencias distintas. En España, la ruptura entre lo viejo y lo nuevo la produce la Constitución de 1978.

## V. PODER Y POTESTAD

La concepción nueva parte de reconocer que el Judicial es poder y, como tal, participa del poder político. Para comprender y para explicar esta nueva situación, es preciso con carácter previo, y aunque sea muy brevemente, referirse al concepto de poder político. No se trata, evidentemente, de rehacer toda la teoría del poder, ni de plantearse temas como los de la naturaleza de ese poder, sus clases y su subsistencia. Se trata sólo de saber lo que es el poder político en una sociedad estatal y democrática. Estas dos palabras delimitan el ámbito del estudio; no nos importa ahora el poder en agrupaciones distintas del Estado y tampoco en los Estados no democráticos. Es evidente que en las dictaduras actuales existe poder y que su ejercicio responde a reglas propias; pero para el fin que perseguimos, las limitaciones dichas se imponen.

Si el poder, en general, consiste en la capacidad de hacerse obedecer, de sujetar a los demás a las decisiones adoptadas, es evidente que el poder político atiende a esa capacidad dentro de la sociedad y hay, hoy, que referirlo, por lo antes dicho, al Estado democrático. Y así, frente a la concepción históricamente anterior que, de una u otra manera, hacía derivar el poder de Dios, en cuanto los gobernantes recibían de Dios su derecho a gobernar, derivándose de ahí una cierta privatización del poder, el cual estaba vinculado a una familia, la concepción democrática

supone desprivatizar el poder y atribuirlo, bajo la expresión de la soberanía nacional, al pueblo. En este sentido se explican, por ejemplo, los primeros artículos de la Constitución hispánica de 1812, según los cuales la reunión de todos los españoles constituye la nación, la cual es libre e independiente, no pudiendo ser patrimonio de persona o familia alguna, y en la que reside la soberanía, teniendo el derecho exclusivo de establecer sus leyes fundamentales.

En este mismo sentido, dice el artículo 39 de la Constitución mexicana que la soberanía nacional reside esencial y originalmente en el pueblo, del que dimana todo el poder político, y el artículo 1º de la Constitución española reitera que la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.

Al asumir el pueblo la soberanía, se produjo un fenómeno de institucionalización del poder, en el que hay que distinguir dos facetas:

1º El poder constituyente: Cuando el poder deja de pertenecer a una persona y pasa al pueblo, éste intenta encarnarlo en normas; la relación política autoridad-obediencia deja de depender de la voluntad del príncipe y se juridifica. Este poder constituyente no reconoce límite jurídico alguno, por cuanto que es él el que va a establecer los límites. A la hora de hacer una Constitución, el pueblo constituyente puede verse limitado por valores de muy diversa índole (religiosos, culturales, incluso de concepción política); pero no tiene límites jurídicos. Como poder supremo, no reconoce poder superior, y como poder originario, no deriva de ningún otro. Si la Constitución no se adecua a la realidad social, será una norma fundamental de vida efímera; pero ello no tiene nada que ver con que se trata de un acto supremo.

2ª Los poderes constituidos: Esa norma fundamental será la que determine los que han de ejercer los poderes derivados de ella. Estos poderes no son ni supremos ni originarios. Los gobernantes no aparecen determinados en la Constitución con relación a personas físicas concretas; la norma fijará un *status* y determinará cómo se accede al mismo y cuáles son sus atribuciones; de la manera como se regule esto dependerá que el régimen político establecido sea democrático o no. Esa voluntad soberana del pueblo puede fijar que unos gobernantes accedan al poder por elección popular y que otros no, según la función que les atribuya.

En todo caso, este sistema supone que el poder se ha institucionalizado mediante el derecho. A partir de la Constitución quedan delimitados los *status* de poder constituido; en aquélla se delimitan desde el acceso al poder hasta el cese en el mismo, pasando por la competencia

y los límites. En un Estado democrático de derecho no existen poderes ilimitados; la Constitución no puede conceder poderes absolutos.

Partiendo, pues, de la existencia de los poderes constituidos, hay que determinar ahora qué es lo que el pueblo, por medio de la Constitución, atribuye al gobernante. En el derecho constitucional español contamos con una palabra que responde perfectamente a esa pregunta; esa palabra es *potestad*. Esa palabra-respuesta se encuentra en todos los textos constitucionales españoles, desde el más antiguo hasta el más moderno. Se decía así, en la Constitución de Cádiz de 1812 (en los artículos 15 a 17), que la potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el rey; la potestad de ejecutar las leyes reside en el rey, y la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales. En la vigente Constitución de 1978 se atribuye a las Cortes Generales la potestad legislativa (artículo 66.2); se dice que el gobierno ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria (artículo 97), y se confía la potestad jurisdiccional a los juzgados y tribunales (artículo 117.3).

En las constituciones de otros países no se utiliza esta palabra, pero las consecuencias no son distintas. Lo esencial no es, naturalmente, las palabras, sino los contenidos que con ellas se representan. A lo que aquí estamos haciendo mención es a que las constituciones colocan a las personas a las que se confía el ejercicio de un poder constituido en una situación especial que comportan, necesariamente, la atribución de un "algo" que las personas privadas no tienen. Ese "algo" puede llamarse autoridad o cualquier otra denominación; pero nosotros creemos que la palabra potestad, utilizada por las constituciones españolas, sirve muy bien para designar lo que al gobernante se atribuye.

El ámbito en el que se ejerce la potestad es distinto con relación a los tres poderes constituidos; pero no existen tres nociones de potestad, una para cada uno de los poderes. La noción general es común y supone una derivación de la soberanía que atribuye a su titular una posición de superioridad o de supremacía respecto de las personas que con él se relacionan, llevando insita una fuerza de mando capaz de vincular el comportamiento de los demás, acudiendo, en caso necesario, al uso de la fuerza. Actuando conforme a la potestad conferida y dentro de su competencia, el titular de ella no tiene superior ni iguales, todos están sometidos a él.

Es esta potestad la que hace que el Poder Legislativo, cuando actúa dentro de su competencia, esto es, cuando dicta una norma general, vincule a todos y los someta a esta decisión. Es también la potestad la

que atribuye también a los jueces y magistrados y respecto de todos los que con ellos se relacionan.

A jueces y magistrados se atribuye, pues, una potestad de derecho público, caracterizada por el *imperium* derivado de la soberanía, lo que los coloca en situación de superioridad, y ello respecto de todos. Hasta aquí, en la atribución de potestad son iguales los diversos poderes constituidos por cuanto la noción genérica de potestad es válida para todos.

## VI. LA POTESTAD JURISDICCIONAL O JURISDICCIÓN

El paso siguiente consiste en advertir que la Constitución española —y lo mismo cabe decir de todas las constituciones, aunque no empleen usualmente esta terminología—, con referencia a los distintos poderes constituidos, califica de potestad que les atribuye y habla de legislativa, pudo hablar de ejecutiva y se refiere a la judicial. Consecuentemente a la potestad cualificada, atribuida a órganos específicos con requisitos concretos que los diferencian de los demás del Estado, llamamos jurisdiccional. Más abreviadamente puede hablarse de jurisdicción.

Advertía Calamandrei que el concepto de jurisdicción no es absoluto, válido para todos los tiempos y para todos los pueblos, sino relativo, con relación a un pueblo y a un cierto momento histórico. Por este camino ha seguido después buena parte de la doctrina, aunque no faltan los que han negado esa relatividad.

Es cierto que ni la multiplicación de definiciones por los autores, ni la diversidad de acepciones del término, son argumentos válidos para aceptar la relatividad del concepto. La multiplicación de definiciones advierte de su dificultad y de que los autores han contemplado la institución desde los más diversos puntos de vista, imponiéndose un gran esfuerzo de clarificación. La diversidad de acepciones es evidente, especialmente en la lengua española, en la que por lo menos tiene cuatro:

1ª Como conjunto de atribuciones de una autoridad (por ejemplo, este asunto es de la jurisdicción del gobernador).

2ª Como demarcación territorial sobre la que se ejerce una función (por ejemplo, el Rincón de Ademuz pertenece a la jurisdicción del gobernador de Valencia).

3ª Como sinónimo de competencia (así, por ejemplo, en el artículo 54 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española).

4ª Como equivalente a potestad jurisdiccional, que es el sentido técnico que aquí tratamos de explicar.

Para nosotros, el problema de la relatividad del concepto de jurisdic-

ción está en íntima conexión a su consideración o no de potestad del Estado. Serra, por ejemplo, puede correctamente rechazar la relatividad porque parte de afirmar que la jurisdicción no se resuelve en una potestad estatal (él dice función), sino que existe independientemente del Estado, siendo tan sólo unas circunstancias históricas las determinantes de que en el momento actual el Estado haya recabado para sí el monopolio de la jurisdicción; pero el asumirla —dirá— presupone necesariamente una existencia anterior e independiente. Por el contrario, cuando para definir la jurisdicción se parte del derecho político y concretamente de la división de poderes, conceptuándola como una de las potestades del Estado, es innegable su carácter relativo.

Un concepto de jurisdicción —para nosotros— que pretendiera ser absoluto en el tiempo y en el espacio, habría de ser forzosamente demasiado amplio y general. Así, es desde luego cierto, en nuestra opinión, que la jurisdicción supone “la determinación irrevocable del derecho en un caso concreto, seguida, en su caso, por su actuación práctica” (que es la definición de Serra); pero en estos términos, el concepto es hoy poco preciso jurídicamente, y en especial desde el punto de vista social y político poco concreto, pues está recogiendo en su órbita, por poner un ejemplo, tanto la actividad de un juez independiente como la de un funcionario vinculado a las órdenes del partido único.

Por ello, el concepto de jurisdicción ha de basarse en la realidad de cada país y de nuestro tiempo, esto es, en su Constitución y en las leyes correspondientes al Poder Judicial. Partir de que se trata de una de las potestades del Estado es hoy ineludible, y cualquier construcción doctrinal que lo desconozca es meramente teórica.

En este sentido, la jurisdicción, para existir como tal en los Estados democráticos, tiene que referirse a un doble juego de condiciones:

a) Los órganos a los que se atribuye la potestad no pueden ser cualesquiera, sino que han de estar revestidos de una serie de requisitos propios que los distinguen de los demás órganos del Estado; estos órganos son los juzgados, tribunales y cortes, en los que los titulares de la potestad son los jueces, magistrados y ministros. Para saber, en consecuencia, si un órgano puede tener esta potestad específica, hay que examinar cuáles son en cada país las cualidades que constitucionalmente se precisan; pero cabe afirmar que por lo menos una es exigible en todos los países democráticos: la independencia.

b) La función que se asigna a estos órganos cualifica también la potestad, para lo que habrá de estarse también a la Constitución de

cada país. Con todo, para los países del mundo occidental, cabe también generalizar esta función y referirla a la actuación del derecho objetivo.

Más adelante estudiaremos la jurisdicción con relación a los órganos y a la función; pero ahora lo que importa es resaltar la potestad que asumen esos órganos, potestad que les lleva a ser uno de los poderes constituidos, determinando su ámbito de ejercicio.

## VII. ÁMBITO DE EJERCICIO DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL

La separación de poderes no comportaba, en el pensamiento de los revolucionarios franceses, equiparación de los mismos. La supremacía correspondió indudablemente al Poder Legislativo, como consecuencia de la hipervaloración de la ley que estaba en la base de su concepción ideológica. Por parte del Poder Ejecutivo basta recordar que se atribuía al rey, que hasta entonces había sido el poder absoluto, frente al cual se había concebido la propia división de poderes como límite. En esta situación, ¿qué ámbito de actuación se dejaba al Poder Judicial? La respuesta negativa es evidente: la potestad jurisdiccional no podía actuar sobre los campos delimitados para los otros poderes.

Son en este sentido muy reveladores los artículos 10 y 13 del Decreto francés sobre organización judicial, de 16-24 de agosto de 1790, esto es, la primera norma en esta materia que dictó la incipiente revolución. Se decía en ellos:

Art. 10: Los tribunales no pueden tomar parte alguna ni directa ni indirectamente en el ejercicio del poder legislativo, ni obstaculizar o suspender la ejecución de los decretos de los Cuerpos Legislativos, sancionados por el Rey, bajo la pena de traición.

.....  
Art. 13. Las funciones judiciales son distintas y quedarán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de traición, obstaculizar, de cualquier manera que fuere, las actividades de los cuerpos administrativos, ni citar antes ellos a los administradores por razón de sus funciones.

En este mismo orden de cosas, decía la Constitución de 3 de septiembre de 1791, en el artículo 3: "Los tribunales no pueden ni inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo, o suspender la ejecución de las leyes, ni asumir las funciones administrativas o citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones."

El ejercicio de la potestad jurisdiccional quedaba extraordinariamente reducido en su ámbito. Puede decirse que éste se reducía a: 1º Los litigios entre particulares (proceso civil) y 2º La imposición de las penas (proceso penal). Es por ello por lo que, ya en España, el artículo 242 de la Constitución de 1812 dirá que pertenece exclusivamente a los tribunales la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales.

La potestad jurisdiccional quedó apartada de todos aquellos supuestos en los que incide directamente la actuación política o el gobierno de una nación. Ni siquiera se le confiaba la tutela de los derechos y libertades fundamentales proclamados por la Constitución; se partía aquí de la idea, falsa como tantas otras de la revolución burguesa, de que su proclamación era suficiente para lograr la efectividad práctica.

No vamos a detenernos aquí en la evolución que ha llevado, primero, al control de la administración y, después, de la constitucionalidad de las leyes. Vamos a destacar simplemente que ello no se ha logrado sin resistencias de los controlados. Estas evoluciones son la historia de las limitaciones de las potestades legislativa y ejecutiva a lo establecido en las constituciones, y ello en defensa de la libertad del ciudadano. Ello se ha hecho a base de que los titulares de estas potestades pierdan parcelas de poder. En esta lucha se ha argumentado jurídica y políticamente; se ha dicho que juzgar a la administración es administrar, lo que suponía la inmisión del Poder Judicial en el ámbito del Ejecutivo, y últimamente hemos oído que el control de la constitucionalidad de las leyes supone que personas no elegidas por el pueblo controlen a los representantes de éste; en los dos casos se trataba de mantener parcelas de poder no limitado.

Esta evolución ha conducido a que en la actualidad las constituciones de los países democráticos determinen que el ámbito de ejercicio de la potestad jurisdiccional sea el siguiente:

- 1º Tutela de los derechos subjetivos de las personas.
- 2º Monopolio en la imposición de las penas.
- 3º Tutela de los derechos y libertades fundamentales.
- 4º Control de la legalidad de la actuación administrativa.
- 5º Control de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo.
- 6º Control de la constitucionalidad de las leyes.

Este es el ámbito sobre el que se ejerce la potestad jurisdiccional.



Después veremos la función que los órganos jurisdiccionales cumplen en ese ámbito.

### VIII. LA DISTINCIÓN ENTRE JUEZ Y FUNCIONARIOS

Dijimos en el apartado VI que la jurisdicción tiene que referirse, para existir, a un doble orden de requisitos, siendo el primero de ellos el relativo al órgano. Dentro de este aspecto, lo transcendental, a los efectos que aquí nos importan, es la distinción entre funcionario y juez, distinción que se basa en la independencia del segundo frente a la dependencia administrativa del primero.

La diferencia entre juez y funcionario es posible y necesaria sólo en un determinado contexto político. Cuando todo el poder está concentrado en unas manos, y todas las demás personas actúan por delegación, no tiene sentido establecer diferencias de estatuto entre las personas en quienes se delega. Una monarquía absoluta precisa sólo de servidores fieles; una dictadura no necesita distinguir entre sus funcionarios. En el antiguo régimen era lógico que una misma persona (el corregidor, por ejemplo) asumiera funciones administrativas y jurisdiccionales; la distinción no era necesaria, pues siendo el soberano el titular de la soberanía y de todo el poder, podía delegar en el funcionario lo que estimara conveniente.

Al producirse la división de poderes constituidos y atribuirse a cada uno de ellos potestad y una función propia y exclusiva, hubo de parecer necesario establecer estatutos personales distintos para los servidores de la administración, por un lado, y para los titulares de la potestad jurisdiccional por el otro. Esta necesidad, obvia partiendo de la base política de la separación de poderes, fue desconocida por la concepción que hemos llamado de la "administración de justicia", que redujo al juez a la condición de funcionario. El Poder Ejecutivo, desde Napoleón, no ha consentido la existencia de unos titulares de la jurisdicción con estatuto propio, distinto del de los funcionarios, que les permitiera una independencia real. De ahí, por ejemplo, que el nombramiento de los jueces se atribuya, de una u otra manera, al detentador del Poder Ejecutivo.

La asimilación tradicional del juez al funcionario ha tenido siempre como fin último el negar, directa o indirectamente, la independencia de aquél. De aquí que convenga ahora poner de manifiesto que la existencia de un verdadero Poder Judicial ha de partir del hecho de la independencia de los jueces, en primer lugar, y, en segundo, de que esa independencia diferencia radicalmente al juez del funcionario.

Inmediatamente después abordaremos lo que es la independencia, pero antes conviene despojar algunos caracteres, en los que suele insistir la doctrina como exclusivos de los jueces y que, sin embargo, en nuestra opinión pueden diferirse también a los funcionarios. Se trata de precisar claramente las diferencias reales, y para ello conviene despejar el camino de las diferencias aparentes; es este caso, de la inamovilidad y la imparcialidad.

Independencia e inamovilidad no son una misma cosa. Es cierto que a lo largo del siglo XIX la reivindicación clave de los que propugnaban la independencia judicial fue la de la inamovilidad; pero ello se hacía porque ésta es requisito imprescindible para lograr aquélla, aunque una y otra no se confundan. Hay que tener en cuenta que los funcionarios, en los países donde existe una administración no vinculada al partido político que ocasionalmente ocupa el Poder Ejecutivo, también tienen derecho a no ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley.

La inamovilidad tiene para jueces y funcionarios distinto alcance: para los jueces es garantía de la independencia, y un ataque a aquélla es un ataque a ésta; para los funcionarios es medio de racionalizar el servicio administrativo, dándole estabilidad, pero no es garantía de independencia.

Lo mismo ocurre con independencia e imparcialidad. El juez es imparcial, pero los funcionarios también deben serlo; en los dos casos se trata de garantizar la neutralidad frente a las partes concretas en el proceso o en el procedimiento administrativo. Con todo, existen diferencias, no relativas a las personas, sino a la potestad que ejercitan. La jurisdicción actúa, por su propia esencia, con desinterés objetivo, y la imparcialidad tiende a asegurar el desinterés subjetivo de la persona concreta investida de la potestad jurisdiccional. Con la imparcialidad del funcionario se quiere asegurar el desinterés subjetivo de la persona concreta; pero ello no está al servicio del desinterés objetivo de la administración. Ésta tiene que ser imparcial con relación a los administrados, sin favorecer a uno en perjuicio de otro, esto es, actuando con "objetividad"; pero el servicio de los intereses generales supone que la actividad de la administración se ejerce siempre en asunto propio y, por lo tanto, no hay desinterés objetivo (*vid.*, después apartado XIII).

Despejado el terreno, y advertido que la independencia no se justifica como privilegio de una casta, sino como medio para hacer posible el ejercicio de la potestad y el cumplimiento de una función que están al servicio del ciudadano, creemos que la exacta comprensión de lo que

la independencia supone obliga a distinguir entre dos clases de disposiciones relativas a ella. Existen, en primer lugar, disposiciones en las que se establece la independencia, que son propias y exclusivas de los jueces y, después, existen disposiciones que regulan una serie de medidas para garantizar la independencia declarada. Estas medidas, en cuanto utilizan técnicas al servicio de un fin, no tienen por qué ser necesariamente exclusivas del estatuto de los jueces, pudiendo en algún caso ser aplicadas a los funcionarios, aunque con distinta finalidad.

Aludiremos a continuación a la independencia, pero ciñéndonos a su concepto, sin entrar en las medidas que las garantizan. Como concepto, la independencia es común y puede aplicarse a muy distintos países; lo que suele variar son las garantías, que dependen del contexto socio-económico-político del caso concreto.

### IX. CONCEPTO DE INDEPENDENCIA

La independencia judicial está hoy, de modo teórico, firmemente asentada en la concepción jurídico-política del mundo occidental, hasta el extremo de que ha alcanzado reconocimiento internacional en las declaraciones de derechos. En las constituciones de los distintos países suele hacerse reiterada alusión a ella y lo mismo cabe decir de infinidad de leyes ordinarias. Pero, ¿qué es la independencia judicial? En nuestra opinión comporta:

#### a) *Sumisión exclusiva a la ley*

Los jueces en el ejercicio de su potestad y cumplimiento de su función están sometidos únicamente a la ley. Adviértase que la sumisión a la ley no supone que la independencia tenga un límite en la ley, ni que la sumisión a la ley sea una excepción a la independencia. Por el contrario, si la función jurisdiccional, como veremos después, consiste en la actuación del derecho objetivo, al juez se le concede independencia para que pueda satisfacer pretensiones y resistencias únicamente con arreglo al derecho objetivo, sin que existan otros condicionamientos. La independencia se justifica en el cumplimiento de la función.

Sumisión a la ley no supone sumisión al Poder Legislativo. El juez aplica la ley elaborada por ese poder; pero ello no implica que cualquier acto de las cámaras le vincule. Con referencia a las comisiones parlamentarias de investigación, el artículo 76 de la Constitución española establece claramente que las conclusiones de éstas no vinculan a los

tribunales; pero es que, además, no las leyes, pero sí los actos administrativos que las cámaras realicen, son controlables por el Poder Judicial.

Sumisión a la ley no supone tampoco sumisión a cualquier ley, sino sumisión sólo a la ley constitucional. Los sistemas para la declaración de inconstitucionalidad de la ley son distintos, pero todos conducen a este efecto. Incluso en los casos en que los tribunales ordinarios no pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley, de una u otra manera pueden cuestionar la misma, aunque sea remitiendo el tema al tribunal competente.

b) *No sumisión a normas contrarias a la ley*

Los jueces no sólo tienen el control de la potestad reglamentaria, es que además no se encuentran vinculados por las normas emanadas de esa potestad que sean contrarias a la ley; más todavía, están obligados a no aplicar los reglamentos, o cualquier otra disposición, contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa.

c) *No sumisión a los tribunales superiores*

Mientras el funcionario actúa de acuerdo con el principio de jerarquía, el juez, al aplicar la ley, no tiene superiores; ejercitando la potestad jurisdiccional no hay superior ni inferior, no hay jerarquía; cada juez o tribunal tiene su competencia y dentro de ella ejerce la potestad sólo vinculado a la ley.

En este sentido, el artículo 12.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española dice que en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los jueces y magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales, y aunque añade el párrafo 2 que no podrán los jueces y tribunales corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan.

En el mismo orden de cosas, tampoco podrán los jueces y tribunales dictar instrucciones de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional, dice el párrafo 3 del mismo artículo 12.

Respecto a los jueces y tribunales se habla de superior e inferior sólo con relación a su actuación administrativa, no sobre la jurisdiccional.

Tanto es así, que en este orden todos tienen la misma potestad. Cuando se define la competencia como la medida de la potestad que corresponde a un órgano, se está desconociendo lo que es la potestad; ésta, como vimos, por su propia naturaleza es indivisible; se tiene toda o no se tiene. Lo que se divide conforme a la competencia es el ámbito en el que la potestad se ejerce, pero no la potestad misma.

d) *No sumisión a otro poder ni a entidad o persona alguna*

La independencia se ha sentido históricamente como necesidad frente al Poder Ejecutivo, pero no cabe olvidar que también hay que reivindicarla frente a partidos políticos, sindicatos, asociaciones, grupos de presión y cualquier otro grupo, entidad o persona interesado en influir o determinar la aplicación que de la ley hacen los jueces.

Hoy sólo las formas estatales extremas intentan claramente la sumisión del juez al Poder Ejecutivo o al partido único. En otros Estados el intento de sometimiento no es declarado; pero en ellos, aun proclamándose en los textos la independencia, el sometimiento se produce de muy distintas maneras. En cualquier caso, con la desaparición de la independencia, de derecho o de hecho, desaparece la jurisdicción tal y como aquí la concebimos, quedando todo reducido a administración.

## X. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

El segundo de los requisitos a los que nos referíamos en el apartado VI es el de la función de los órganos jurisdiccionales, y allí adelantábamos que era la actuación del derecho objetivo. Ahora bien, esta afirmación, en la que está de acuerdo la mayor parte de la doctrina procesal, no es bastante para individualizar la función, y ello porque también los órganos administrativos aplican el derecho. Las diferencias entre jurisdicción y administración sólo se hallarán profundizando en cómo se realiza esa actuación. En nuestra opinión, las diferencias se centran en tres aspectos:

1º La actuación del derecho objetivo sólo se realiza por la jurisdicción ante el ejercicio de pretensiones y resistencias, lo que nos obliga a precisar el concepto de unas y otras.

2º La jurisdicción actúa el derecho objetivo de modo irrevocable y ello lleva a determinar lo que se entiende por cosa juzgada.

3º La jurisdicción opera siempre con desinterés objetivo lo que se

explica mediante la imparcialidad objetiva y la diferencia entre autotutela y heterotutela.

Expondremos brevemente estos tres aspectos, resaltando los puntos en los que nuestra aportación original es mayor.

## XI. NOCIÓN DE PRETENSIONES Y RESISTENCIA

En la situación actual de la jurisdicción en los países occidentales, la actuación del derecho objetivo por los jueces precisa, en todo caso, que alguien comparezca ante el órgano jurisdiccional y pida que aquél se aplique en un caso concreto. La actividad jurisdiccional no se inicia nunca sin petición ajena al tribunal. Más aún, la función jurisdiccional no se ejercita nunca sólo con la existencia de alguien que pida la aplicación del derecho objetivo; es necesario que se pida frente a otra persona. Surgen así los conceptos de pretensión y resistencia, sobre los cuales la doctrina ha trabajado con profundidad y acierto.

### 1. Concepto de pretensión

Pretensión es una petición fundada que se dirige a un órgano jurisdiccional, frente a otra persona, sobre un bien de cualquier clase que fuere.

Los elementos que caracterizan esta petición son los siguientes:

a) *Es una declaración de voluntad:* A lo largo de un proceso se realizan muchas peticiones, pero sólo una de ellas es la pretensión; las demás peticiones son instrumentales, están al servicio de la pretensión (así, la petición de que se reciba el pleito a prueba, o de que se cite a un testigo, etcétera); la pretensión tiene como objeto directo un bien de la vida y por lo tanto va a constituir el objeto del proceso.

b) *Es una petición fundada:* Como dice Guasp, por petición fundada se entiende petición que invoca un fundamento, es decir, acontecimientos de la vida que sirven para delimitar aquélla; fundamentos que han de ser sólo hechos. Con relación a un mismo bien, puede ejercitarse más de una pretensión: los hechos que constituyen la fundamentación singularizan la pretensión que se interpone frente a las demás posibles. La pretensión no existiría si no está delimitada; en efecto, un sujeto activo puede formular ante un órgano jurisdiccional y frente a un sujeto pasivo la petición de que éste sea condenado a pagar una cantidad; esta petición no está concretada, pues la cantidad puede adeudarse por múl-

tiples causas y, por lo tanto, sin más, no constituye una verdadera pretensión; para que exista ésta es preciso determinar el acontecimiento de la vida en que se apoya la petición, por ejemplo, el hecho del préstamo, de la compraventa, de la prestación de servicios, etcétera.

c) *No es un acto procesal*: En primer lugar, es evidente que la pretensión no es un trámite y ni siquiera es el trámite con el que se inicia la serie constitutiva del proceso. Como dice Guasp, el trámite no es una actividad determinada, sino el marco formal (el continente) en que dicha actividad se desarrolla, la envoltura procedimental de la misma; el procedimiento no se compone de actos, sino formalmente de trámites, esto es, de estados ideales destinados a albergar dentro de sí una cierta actividad o conjunto de ellas.

Pero la pretensión tampoco es un acto en sentido estricto, es decir, actividad que se realiza en un momento determinado en el tiempo. En algunos procesos es posible que la pretensión se interponga en un momento único determinado temporalmente; pero en otros procesos la pretensión se interpone en varios momentos, esto es, en varios actos. Como declaración de voluntad puede formularse en un acto o en varios; lo importante de ella no es, pues, su apariencia externa, sino su naturaleza de petición.

d) *No es un derecho*: No existe el derecho de pretender y no existe porque no es necesario, porque no añade nada al derecho de acción. La pretensión no es algo que se *tiene*, es algo que se *hace*.

e) *Se dirige al órgano jurisdiccional* y en ella se reclama una actuación de éste, actuación que, según su naturaleza, determina la clase de pretensión ejercitada; por ello, la pretensión puede ser declarativa, constitutiva o declarativa de condena, de ejecución y cautelar.

f) *La pretensión ha de interponerse frente a otra persona*, es decir, frente a persona distinta del sujeto activo, debiendo tratarse de persona determinada o, por lo menos, determinable.

La concurrencia de estos requisitos sirven para fijar la existencia de la pretensión. La fundamentación y la legitimación se refieren a su eficacia y no sirven, por lo tanto, para delimitar su concepto.

## 2. *Concepto de resistencia*

De modo correlativo al de pretensión, aparece el concepto de resistencia o de oposición a la pretensión. El uno no puede entenderse sin el otro, y ambos se complementan. Por resistencia debe entenderse la pe-

tición que se dirige a un órgano jurisdiccional como reacción a la pretensión formulada por otra persona.

Lo que dijimos entorno a la naturaleza de la pretensión es aquí aplicable. La resistencia no es, desde luego, un trámite; pero tampoco es un acto procesal, en sentido estricto; es decir, no es una actividad que se realiza en un momento determinado en el tiempo. Su naturaleza de petición permite también su realización en varios actos. Lo esencial es que sin resistencia no se comprende la actividad jurisdiccional, y ello puede llevar incluso a que la ley configure una parte meramente formal, sin interés directo en la relación jurídica material discutida.

Hasta aquí, y muy básicamente, una primera distinción que puede sernos muy útil; el ejercicio de la función jurisdiccional no se inicia nunca de oficio; la actuación del derecho objetivo se realiza siempre frente a dos partes. La administración actúa de oficio; naturalmente puede actuar a instancia de parte, pero esa instancia o petición no es una pretensión en sentido estricto; el derecho objetivo no se actúa frente a dos partes.

## XII. ACTUACIÓN IRREVOCABLE DEL DERECHO

El segundo de los aspectos diferenciales atiende a la especial eficacia jurídica que implica la actuación del derecho objetivo por órganos dotados de potestad jurisdiccional, frente a la actuación por órganos con potestad administrativa. Esa especial eficacia se resume en que la primera reviste a sus resoluciones de cosa juzgada y la segunda no.

El principio de legalidad en la actuación administrativa no supone que la administración justifique su existencia con el mero cumplimiento de la ley. No se trata ahora de volver a la doctrina de la vinculación negativa; no pretendemos decir que la administración pueda realizar libremente todo aquello que la ley no le prohíbe; no se trata de eso. Aun dentro de la doctrina de la vinculación positiva de la administración a la ley, reconociendo que la actuación sólo será válida si se tiene base normativa o, en palabras de García de Enterría, que "sólo cuando la administración actúa con (esa) cobertura legal previa su actuación es legítima", no puede concluirse que la administración cumpla su función limitándose a aplicar la ley.

La administración, como poder público, está sujeta a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y actúa con sometimiento pleno a la ley y al derecho; pero la función administrativa no consiste, ni puede consistir, sólo en actuar el derecho objetivo. Actúa sometida a la ley.



pero no con el exclusivo fin de aplicarla. El artículo 103.1 de la Constitución española nos lo está indicando: la administración pública sirve los intereses generales o públicos; para ella el derecho es cobertura, medio, límite, pero no fin.

El principio de legalidad en la actuación de la administración puede llevar a la ineficacia de ésta, pues se olvida el servicio a los intereses generales. Éstos, en materia de obras públicas, por ejemplo, pueden exigir la construcción de un sistema de irrigación para convertir campos de secano en tierras de regadío, y para ello no puede ser necesaria la existencia de una ley especial anterior que prevea el caso concreto para que luego la administración se limite a la ejecución de la ley. En España el principio se está llevando a este absurdo. La decisión de construir la obra indicada es una decisión política, que no precisa de una norma concreta que la prevea; con esa decisión se está sirviendo los intereses generales. El principio de legalidad significa sólo que en la ejecución de esa decisión (que habrá de haber sido tomada, eso sí, por órgano competente y con el procedimiento establecido) el derecho actuará como límite y como medio; habrá de estarse a la ley de expropiación forzosa y a las normas de concentración parcelaria, por ejemplo.

La jurisdicción encuentra su razón de ser en la actuación del derecho sin más. El sometimiento del juez al imperio de la ley no es cobertura o límite, es fin. El juez no adopta decisiones políticas al servicio de los intereses generales; no construye sistemas de regadío, no decide políticamente, y con responsabilidad sólo política, si urbanizar los barrios periféricos de la ciudad o construir edificios de mero ornato. El juez se limita a aplicar la ley en los casos concretos que le son sometidos mediante la interposición de pretensiones.

Tradicionalmente se ha venido diciendo que el Poder Ejecutivo ejecuta la ley y el Poder Judicial la aplica. En los dos casos hay actuación de la norma; pero, para la administración, la ejecución se hace al servicio de los intereses generales, mientras que la jurisdicción la cumple para satisfacer pretensiones y resistencias.

Esta distinta manera de actuar el derecho objetivo hace que el ejercicio de la potestad administrativa sea controlable, y el control consiste en determinar si los intereses generales se han servido ejecutando el derecho de manera correcta, lo que supone básicamente asegurarse de que se han respetado los derechos de los administrados. El ejercicio de la potestad administrativa lleva a lo que se denomina presunción *iuris tantum* de legalidad del acto administrativo; presunción que admite prueba en contrario, prueba de actuación no legal. El acto administra-

tivo es, por lo tanto, controlable, y lo es precisamente por la jurisdicción.

La potestad jurisdiccional se ejerce exclusivamente para la aplicación del derecho objetivo y después de ella no hay nada más. La aplicación del derecho objetivo en el desempeño de la función jurisdiccional, no puede ser controlada por una instancia posterior; aplica el derecho objetivo de manera irrevocable. Surge así la cosa juzgada, y en virtud de ella se conforma la situación jurídica de acuerdo con el contenido de la sentencia, precluyendo toda posibilidad de ulterior control de su conformidad al derecho. No se trata, como todavía sostiene alguna doctrina, de que las resoluciones con cosa juzgada gocen de una presunción *iuris et de iure* de verdad; es algo diferente. La cosa juzgada no es una presunción de verdad. La fuerza que el ordenamiento jurídico otorga a las resoluciones judiciales no se basa en una presunción, sino que supone un vínculo de naturaleza jurídico-pública que obliga a los jueces a no fallar de nuevo lo ya decidido, y ello atendiendo a las garantías del órgano, a las garantías del proceso, a como se aplica el derecho y a la seguridad jurídica.

### XIII. ACTUACIÓN CON DESINTERÉS OBJETIVO

Tradicionalmente en el derecho español, la función jurisdiccional se ha expresado con una fórmula que arranca de la Constitución de 1812: "Juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado." Se refleja así, en afortunada síntesis, lo que hacen los órganos dotados de potestad jurisdiccional; pero hay que advertir que ese juzgar tiene caracteres especiales.

Puso ya de manifiesto Chiovenda que en la aplicación de la ley por la administración no falta juicio, lo que se ha ido acentuando con el paulatino aumento de garantías en el procedimiento administrativo; pero que ese juicio opera de manera distinta al juicio de la jurisdicción. En sus palabras: "También la Administración juzga, puesto que no se obra sino sobre la base de un juicio; pero juzga de su propia actividad. En cambio, la Jurisdicción juzga de la actividad ajena y de una voluntad de ley que concierne a otros." Aparece así la denominada *alienità*, que se ha traducido como "ajenidad" o "terceridad", y que De la Oliva llama, creemos que con acierto, desinterés objetivo.

Posiblemente el camino más idóneo para comprender esta diferencia sea el de la distinción entre autotutela y heterotutela. Para la mejor gestión de los intereses generales, la administración se sirve de la autotutela, y ésta supone aplicar el derecho en asuntos propios; mientras

que la jurisdicción ejerce un sistema de heterotutela, es decir, aplica el derecho en asuntos ajenos.

En general, la autotutela se caracteriza porque uno de los sujetos en conflicto resuelve éste por medio de su acción directa; unilateralmente, una de las partes impone su solución a la otra; se trata, pues, de la imposición de una parte sobre otra, sin que exista un tercero entre ellas. Los peligros de este modo de solución de los conflictos son evidentes, tanto que su prohibición general es uno de los primeros postulados de la civilización. Esta prohibición puede encontrarse en la propia Constitución (caso del artículo 17 de la de México), en códigos procesales (así, en el artículo 1 del Código de Processo Civil de Portugal), o puede contemplarse desde el punto de vista penal (postura del artículo 337 del CP español). No faltan, con todo, excepciones a la regla general, casos en los que la propia ley permite al particular acudir a la acción directa; pero se trata de excepciones contadas.

Con la administración ocurre de manera distinta. Justificándolo en la expeditividad y eficacia en la gestión de los intereses generales, y partiendo de la denominada presunción *iuris tantum* de legalidad del acto administrativo, la administración está capacitada para tutelar por sí misma sus derechos tanto en la vía declarativa como en la ejecutiva, tanto conservando como agrediendo.

La autotutela supone así actuación del derecho en un asunto propio; se es juez y parte. Incluso, cuando aparentemente la administración soluciona conflictos entre particulares, está actuando en caso propio, pues su intervención en esos conflictos sólo se justifica en cuanto persiga un interés general.

La actuación de la jurisdicción parte de la prohibición de la autotutela entre los particulares. Prohibida la acción directa, el Estado asume la heterotutela de los derechos subjetivos. En la heterotutela la aplicación del derecho objetivo se realiza por un tercero ajeno a las partes, el cual impone a éstas su decisión. El posible conflicto no se resuelve por obra de las partes, sino por obra del tercero, a cuya decisión quedan aquéllas jurídicamente obligadas. La jurisdicción actúa el derecho sobre situaciones jurídicas ajenas, y respecto de las cuales está desinteresada objetivamente. No trata de tutelar un interés propio. Con la actuación del derecho no pretende trascender a otros fines; su potestad se reduce a la aplicación del derecho en asuntos de otros.

Hay que distinguir entre imparcialidad del funcionario o de la autoridad administrativa y el interés objetivo. La administración no está desinteresada en los asuntos en que interviene, pero el funcionario con-

creto ha de ser imparcial; es decir, interés objetivo y desinterés subjetivo. En la jurisdicción, en cambio, hay desinterés objetivo y subjetivo.

#### XIV. CONCLUSIÓN

Hemos estudiado lo que supone la potestad jurisdiccional o jurisdicción, atendiendo después a precisar los elementos que caracterizan al órgano dotado de la misma (en especial, la independencia) y a la función que se atribuye a estos. Lo hemos hecho atendiendo al objetivo de que reside aquí la primera garantía constitucional del proceso; sin la existencia de un verdadero Poder Judicial, las garantías del proceso quiebran en su base.

Cuando se reconoce que los jueces tienen atribuida potestad, que ésta se ejercita para actuar el derecho objetivo, lo que se hace en un ámbito que va desde la tutela de los derechos subjetivos de las personas hasta el control de la constitucionalidad de las leyes, y que ello se hace con total independencia de los otros poderes constituidos en el Estado, la única consecuencia posible es la de que los jueces tienen poder político, que son partícipes del poder político del Estado.

Este reconocimiento no puede quedarse limitado a lo meramente intelectual o teórico, sino que ha de tener su reflejo en la organización política del mismo Estado. A nivel teórico deberíamos acostumbrarnos a no emplear una terminología confundidora, desterrando la utilización de la expresión "administración de justicia" y de la palabra "funcionario" referida a los jueces. A nivel político hay que partir de la autonomía del Poder Judicial frente a los otros poderes.

En ocasiones se ha hablado de dos clases de independencia judicial: una, la personal, referida al juez individual, y otra, la funcional, que pretende referirse al Poder Judicial en su conjunto. Por nuestra parte, creemos que si puede y debe hablarse de independencia del juez —y así lo hemos hecho en las páginas anteriores—, no debería emplearse la palabra independencia cuando se trata del Poder Judicial; éste no es, ni puede ser, independiente, de la misma manera que dentro del Estado no son independientes los otros poderes. Dentro del Estado no hay poderes independientes los unos de los otros. El Poder Judicial, como organización, no puede aspirar a ser independiente del Poder Legislativo, pues ello significaría, por ejemplo, que no estaría sujeto a la ley o que fijaría su propio presupuesto sin relación con el del Estado. Por otra parte, el Poder Legislativo no es independiente del Poder Judicial

y ahí están las declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes para aprobarlo.

Si esa independencia no existe, sí en cambio podría hablarse de autonomía. El Poder Judicial ha de ser autónomo (en el marco de la Constitución y de la ley), ejercitando una parcela del poder político dentro del Estado.

La división de poderes liberal partía, como hemos visto, de negar al Judicial su condición de poder y lo dejaba reducido a mera administración, servida por una clase especial de funcionarios, con competencias muy reducidas y ni siquiera exclusivas. Sólo en las últimas décadas ha empezado a reconocerse que el Poder Judicial ha de ser también "detentador" del poder del Estado. Si queremos que ello sea así, ha de ser partiendo de su autonomía.

Para que el Poder Judicial sea autónomo han de concurrir tres requisitos complementarios:

1º Ha de contar con una organización propia en la que no se permitan injerencias de los otros poderes.

Hasta estos últimos tiempos, el Poder Ejecutivo ha controlado al Judicial. El Ejecutivo ha nombrado los jueces, los ha ascendido, sancionado y, en general, ha controlado su estatuto personal y régimen orgánico. La aparición de los consejos superiores de la magistratura (en España, Consejo General del Poder Judicial) ha significado un cambio radical: ha puesto las bases para que se cumpla el primer requisito de la autonomía. El Poder Judicial es autónomo cuando su organización no aparece como una parcela de los otros poderes, sino que cuenta con organización propia.

2º Ha de tener atribuida la función jurisdiccional en exclusiva, de tal modo que en ningún caso pueda ser asumida por órganos de los otros poderes.

Estamos aquí ante lo que se ha llamado monopolio de la jurisdicción. En las sociedades actuales se parte de que la jurisdicción es asumida en exclusiva por el Estado (con excepciones muy concretas); pero, a su vez, dentro de éste, el Poder Judicial es el que asume la jurisdicción, y ello con carácter de monopolio, de tal manera que no puede atribuirse jurisdicción a órganos distintos de los tribunales.

3º La función jurisdicción, como actuación del derecho objetivo con las notas antes dichas, ha de ser atribuida en un ámbito que no puede quedar limitado a la vieja concepción liberal, sino que ha de comprender los aspectos que dijimos en el apartado VII.

Añádase, lógicamente, que la permanencia de estos requisitos ha de

estar garantizada por la Constitución, de manera tal que no quede a la discrecionalidad del Poder Legislativo y, mucho menos, a la del Ejecutivo, su alteración.

La concurrencia o falta de estos requisitos es la medida para determinar si en un país concreto existe o no Poder Judicial. Si falta alguno sólo existe "administración de justicia".

## XV. BIBLIOGRAFÍA \*

II. Para la discusión parlamentaria de la Constitución española de 1978, *vid.*, *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1980, 4 volúmenes. En el punto concreto del texto, las enmiendas a "Poder Judicial" procedían de Raúl Morodo (Partido Socialista Popular) y López Rodó para la discusión tomo II, pp. 1797-9. En el Senado insistió en la supresión de "Poder Judicial", Satrustegui (Progresistas y socialistas independientes) (en el tomo III, p. 2843) y defendió el texto el portavoz de Unión de Centro Democrático (tomo III, pp. 3821-3); se reiteró después la discusión en el Pleno del Senado (tomo IV, pp. 4615-5).

La cita de Azaña puede verse en *Diario de Sesiones*, 23 de noviembre de 1932, p. 9699, *vid.*, Villaroya, Tomás, *Gobierno y justicia durante la segunda república*, en "El poder judicial", Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1983, tomo III, pp. 2617 y ss.; todavía podría añadirse otra cita, ahora de Albornoz, ministro de Justicia: "El Ministro no habla nunca del Poder Judicial, porque cree que hay una que se llama Administración de Justicia como hay una Administración Pública, no un Poder Judicial..." (*Diario de Sesiones*, 26 de abril de 1932, p. 5193).

III. La consulta de las obras de Locke y Montesquieu no tiene dificultad. Para la concepción del Poder Judicial en este último, *Vid.*, Pizzorusso, *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1974, con reproducciones parciales de trabajos de Bassi, Cotto, Tarello, Palma, V. E. Orlando; Ruiz del Castillo, *La doctrina de Montesquieu. Valor actual*, Madrid, 1951, y Pedraz, "La jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu, en *Rev. de Der. Procesal Iberoamericana*, 1976, IV.

IV. Para el caso francés puede verse Dalle, *El autogobierno del Poder Judicial*, ponencia a las jornadas del Centro de Estudios Constitu-

\* La bibliografía está elaborada de acuerdo con los temas de cada apartado, cuyo número romano aparece en el lado izquierdo.

cionales; Boncenne, *Introduction a l'étude de la procédure civile*, 2ª ed., París, 1858; Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, 3ª ed., tomo I, París, 1912, núms. 1 a 7, la 1ª es de 1882, y del mismo, *Précis de procédure civile*, 2ª ed., París, 1893. La cita de las leyes francesas en Duvergier, J. B., *Collection complète des lois, décrets, ordonnances...*, colección iniciada en París, 1824.

La opinión de Carre de Malberg, en *Contribution a la théorie générale de l'Etat*, Sirey, 1920, tomo I, p. 811, y en el mismo sentido Smein, *Eléments de droit constitutionnel*, Sirey, 1927, tomo I. En contra Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2ª, 1929, y Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tomo II, 1922. Para Eisenmann, "La Justice dans l'Etat, en *La Justice*, Niza, 1961, es preferible que la controversia quede definitivamente en silencio.

La historia legislativa de la organización judicial española en Laso, *Crónica de la codificación española, 1. Organización judicial*, Madrid, 1970, y Carretero, Adolfo, "La organización de la administración de justicia en 1808", en *Rev. de Derecho Judicial*, 1964, núm. 20, con una serie de trabajos posteriores sobre el siglo XIX en la misma revista. Para las constituciones la mejor publicación es la de Sevilla, *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, Madrid, 2 vols., 1969.

Se cita en el texto a Ruiz del Castillo, *Manual de derecho político*, Madrid, 1939; Sánchez Agesta, *Principios de teoría política*, Madrid, 1966; Lucas Verdú, *Curso de derecho político*, Madrid, tomo I, 1972, y Fenech, "Notas previas al estudio del derecho procesal", en *Derecho procesal penal*, Barcelona, tomo I, 1960.

- V. Para la noción de potestad *vid.*, Fairen, "La potestad jurisdiccional", en *Rev. de Derecho Judicial*, 1972, núms. 51-52, y "Poder, potestad, función jurisdiccional en la actualidad", en *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional*, I, Madrid, 1983; Montero, *Introducción al derecho procesal*, 2ª ed., Madrid, 1979; Romano, "Poteri, potestà", en *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953; Frosini, "Potere (teoría generale)", en *Novissimo Digesto Italiano*, tomo XIII; también Ferrando Badía, *Estudios de ciencia política*, Madrid, 1982; García de Enterría (con T-R. Fernández), *Curso de derecho administrativo*, Madrid, tomo I, 1981. Desde un punto de vista distinto, pero interesante, D'Ors, A., *Una introducción al estudio del derecho*, Pamplona, 1963, y *Escritos varios sobre el derecho en crisis*, Pamplona, 1973.

VI. Sobre la relatividad, Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo código*, I, Buenos Aires, 1962, núm. 8. En contra Serra, "Jurisdicción", en *Estudios de derecho procesal*, Barcelona, 1969.

VIII. En el antiguo régimen "el Rey era el primer juez del reino, y no sólo un órgano de justicia, sino la justicia misma"; Beneyto, "La gestación de la magistratura moderna", en *Anuario de Historia del Derecho*, tomo XXIII, núm. 37, 1953, p. 55. En la Partida II, en el Fuero Viejo de Castilla I, 1: "Estas cuatro cosas son naturales al Señorío del Rey, que no las deve dar ningund ome, nin las partes de si, ca pertenescen a el por razon del señorío natural, Justicia, Moneda, Fonsadera é sous yantares."

Sobre la distinción de estatuto personal entre juez y funcionario, Gabaldón y otros, "El estatuto profesional del juez", en *Primeras jornadas de derecho judicial*, Madrid, 1983, y Montero, "La función jurisdiccional y el status de jueces y magistrados, en *Jornadas del Centro de Estudios Constitucionales*.

La idea básica de la distinción entre normas que establecen la independencia y normas que la garantizan, proviene de Ortells en trabajo inédito; su desarrollo es nuestro.

IX. La independencia judicial ha provocado una gran bibliografía, en número de trabajos que no en calidad; de ella destacamos: Vescovi, "La independencia de la magistratura en la evolución actual del derecho", en *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung*, ponencia del VII Congreso Internacional de Derecho Procesal, Würzburg, 1983; Guarnieri, C., *L'indipendenza della magistratura*, Padova, 1981; Rodríguez Aguilera, "Independencia judicial", en *Rev. Jurídica de Cataluña*, 1974; Álvarez Gendin, *La independencia del Poder Judicial*, Madrid, 1966; Martínez Calcerrada, *Independencia del Poder Judicial*, Madrid, 1970; Castan, *Poder Judicial e independencia judicial*, Madrid, 1951; González Rivas, "La independencia judicial", en *El Poder Judicial*, Madrid, 1983. Un aspecto concreto en Sainz Moreno, "La inamovilidad judicial", en *Rev. de Derecho Administrativo*, 1976. Muy interesante Simón, *La independencia judicial*, Barcelona, 1984.

Respecto de la situación en la Alemania nazi *vid.*, Fenech, *La posición del juez en el nuevo Estado*, Madrid, 1941, y Prieto-Castro, "Revisión de los conceptos básicos del derecho procesal", en *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, II, Madrid, 1950.



X. Sobre la función de la jurisdicción con carácter general, *vid.*, Montero, *Introducción al derecho procesal*, 2ª ed., Madrid, 1979 y *La función jurisdiccional y el status de jueces y magistrados*, ponencia a las Jornadas del Centro de Estudios Constitucionales, abril de 1985; Serra, "Jurisdicción", en *Estudios de derecho procesal*, Barcelona, 1969, y Alcalá-Zamora, "Notas relativas al concepto de jurisdicción", en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, I, México, 1974.

a) Teorías subjetivas: Hellwig, *Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, I, Leipzig, 1903. Para las citas concretas: Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo Código*, I, Buenos Aires, 1962; Rocco, A., *La sentenza civile*, 2ª ed., Milano, Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1955; Alcalá-Zamora, "Los conceptos de jurisdicción y competencia en el pensamiento de Lascano", en *Estudios de teoría general*, I, *cit.*; Morón, "Sobre el concepto de derecho procesal", en *Rev. de Der. Procesal*, 1962; Rane Letti, *Instituzioni di diritto pubblico*, 8ª ed., Padova, 1941; Mortara, *Manuale della procedure civile*, I, Torino, 1926.

b) Teorías objetivas: Micheli, *Curso de derecho procesal civil*, I, Buenos Aires, 1970; Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil*, I, Madrid, 1920; Gómez Orbaneja, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1976; Redenti, *Diritto processuale civile*, I, Milano; Calamandrei, *Instituciones*, I, *cit.*; Fenech, *Derecho procesal penal*, I, Barcelona, 1960; Allorio, tres trabajos sobre jurisdicción en *Problemas de derecho procesal*, II, Buenos Aires, 1963; Serra, "Jurisdicción", *cit.*

XI. Para la noción de pretensión y resistencia *vid.*, sobre todo Guasp, "La pretensión procesal", en *Anuario de Derecho Civil*, 1952, ahora publicado como cuaderno por Civitas, Madrid, 1981; en el texto se sigue el pensamiento de este autor pero con modificaciones de importancia. Más en general Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, 88, Buenos Aires, 1955, y Carnelutti, *Sistema de derecho procesal civil*, núms. 14 y 122; Louis, "La teoría del objeto del proceso", en *Grandes problemas de derecho procesal*, Santiago, s/f; Fairen, "La acción, el derecho procesal y el derecho político", en *Estudios de derecho procesal*, Madrid, 1955, e "Ideas para una teoría general del derecho procesal", en *Temas del ordenamiento procesal*, I, Madrid, 1969, y "El proceso como función de satisfacción jurídica", en *Temas*, I, *cit.*; Montero, *Introducción*, *cit.*

XII. Con relación a las doctrinas de vinculación negativa y positiva de la administración a la ley, *vid.*, García de Enterría y T-R Fernández,

- Curso de derecho administrativo*, I, Madrid, 1980, y la cita concreta en p. 370. Últimamente ha destacado Nieto, *La organización del desgobierno*, Barcelona, 1984, la exageración del principio de legalidad y sobre todo la deformación que ha supuesto el que, de hecho, la administración se esté convirtiendo en mera realizadora del derecho. Sobre la cosa juzgada los trabajos de Allorjo citados antes.
- XIII. La cita de Chiovenda, en *Instituciones de derecho procesal civil*, II, Madrid, 1940, p. 11, y la de De la Oliva (con Fernández), *Leciones de derecho procesal*, I, Barcelona, 1984, p. 20. El ejemplo de GómezOrbaneja, *Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1976, p. 57. La distinción entre autotutela y heterotutela en Alcalá-Zamora, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, 1970, y Fernández, *Curso, cit.*, pp. 424 y ss.
- XIV. Un avance de los requisitos sobre la autonomía del poder judicial puede verse en Montero, intervención en el VII Congreso Internacional de Derecho Procesal del que han sido publicadas las actas de las discusiones por Habscheid con el título de *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung*, pp. 82-3; también en libro en preparación *Introducción al derecho jurisdiccional*.