

ESTUDIOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL
Y COMPARADO
CONTRIBUCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO
NACIONAL Y MUNDIAL

¿Función judicial o poder judicial?

La llamada Teoría de la División de los Poderes, que a cada paso se invoca, determina la manifestación de la actividad del Estado en tres aspectos principales: Legislativo, Ejecutivo o Administrativo y Judicial—otras modalidades pueden encajar, a los efectos de este trabajo, en tal clasificación—. Y es doctrina corriente referir concretamente a órganos especiales cada uno de dichos aspectos, llamando función legislativa a toda la que deriva del órgano legislativo normal: Cortes con el Rey; función ejecutiva o administrativa a la derivada del Gobierno, y función judicial a la que realizan los Tribunales; órganos que a su vez se designan como poderes soberanos e independientes, con las denominaciones de Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Este criterio, puramente formal, que determina el carácter del acto por el nombre del órgano que lo realiza y no por su contenido, se presta a muchas confusiones que conviene aclarar. Por ello insistió sobre el tema, ya iniciado en el número 26 de esta Revista. «La función calificadora. ¿Es de naturaleza judicial o administrativa?».

La confusión de función y órgano acompaña al proceso de formación del Estado moderno. La organización rudimentaria de la época feudal, que confería a los Señores el establecimiento o aprovechamiento de los servicios locales de carácter público, hizo que los pocos de interés general entonces existentes se refirieran al de Justicia, único por el que el Soberano se imponía a los feudatarios: «Aun en el momento en que la monarquía parece reducirse a la nada—dice Duguit—siempre subsiste en el espíritu de los hombres la idea de que el Rey es el encargado de asegurar la paz por la

justicia». Y toda la actividad de la administración central se desarrolla unida a este servicio: Consejo Real, Alcaldes y Corregidores en Castilla; los Parlamentos en Francia, ejercen funciones judiciales y a la vez administrativos y fiscales (1).

La división de los poderes es anterior a Montesquieu, aunque en éste y Locke debe encontrarse su más inmediato precedente. La doctrina del «Espíritu de las Leyes» refiere la política inglesa de su época y no otra cosa. Por lo mismo, no ha tenido nunca el alcance que muchos autores han querido darle. La práctica constitucional de 1729-1731, que parece la inspiró, no establecía la separación rígida, asignando a cada función un órgano especial y limitando la competencia de cada órgano a la función a él asignada. Consecuencia de la lucha entre la Corona y los elementos que representaba el Parlamento, fuerzas políticas imperantes en tal época, de resistencia derivó en colaboración, participando Gobierno y Parlamento en las funciones legislativa, ejecutiva y judicial (2). Y Montesquieu llega a la misma idea de colaboración, reconociendo que los elementos que integran el poder se intervienen, se controlan mutuamente, por la misma fuerza de las cosas «elles seront forcées d'aller de concert».

La adición del llamado poder judicial deriva, más que de las prácticas constitucionales inglesas, del significado que, como elemento político, representando una fuerza gobernante, llegaron a adquirir los Parlamentos franceses por su intervención en la función legislativa: ya oponiéndose al «enregistrement» de las ordenanzas reales e impidiendo con ello su aplicación aun fuera de todo litigio; ya dirigiendo órdenes «injonctions» a los particulares y funcionarios, para compelirles a obedecer o resistir a la ley, a virtud de una jurisdicción de equidad análoga a la de las «cours» anglosajonas; ya fijando el verdadero sentido legal en los «arrêts de règlement» (3).

Después de la Revolución Francesa, después del establecimiento del régimen administrativo y la separación entre la autoridad

(1) Hauriou en su *Derecho Administrativo*, nota 1.^a de la página 5.^a, desarrolla este proceso con relación a Francia e Inglaterra.

(2) Hauriou en su *Derecho Constitucional*, páginas 424 y siguientes, hace indicaciones sobre la historia de régimen parlamentario inglés.

(3) Hauriou, *Derecho Constitucional*, páginas 407, 305, 313, nota 1.^a 408.

administrativa y la judicial, ha variado tal estado de cosas : el poder judicial se separa de la política y queda relegado a lo contencioso (pleitos), y así se ve que, poco a poco, la doctrina francesa que trata de la división de los poderes abandona al judicial, que pasa a último lugar. Continúa en la lista por tradición, aunque ha cesado de significar lo que antes en el juego de los poderes públicos. «Le moment est venu de déclarer franchement que le système administratif français exclut le pouvoir de juger de la liste des pouvoirs publics engagés dans le jeu politique de la séparation des pouvoirs» (Hauriou) (1).

A este propósito dice Duguit (2) : Sin duda, la función de juzgar es distinta de la legislativa y la ejecutiva. Creo haberlo demostrado en los párrafos 28 a 31. Admito que la inamovilidad de la Magistratura asegura independencia suficiente a Jueces y Magistrados. Sin embargo, esto no prueba que haya un poder judicial autónomo... Para demostrar que la justicia es un poder autónomo, fuera preciso justificar que es un elemento destacado de la soberanía e incorporado a un órgano de representación... Esto fué una regla de Derecho positivo francés en un momento dado, porque las Constituciones de 1791 y del año III, y acaso la de 1848, expresamente declaraban que la justicia era un elemento de la soberanía de que los jueces se hallaban investidos. Hoy ningún texto positivo consagra esta concepción ; que por otra parte no podría ser admitida, ya que es arbitraria y contradictoria con la noción de la soberanía, una e indivisible.

Por ello concluiré, como la mayoría de los autores que rechazan la idea de un poder judicial autónomo, refiriendo la justicia al Poder ejecutivo... En realidad, hay agentes judiciales y agentes administrativos, agentes judiciales que son colocados bajo el control del Gobierno, que a su vez está bajo el control del Parlamento, Es el Gobierno el que los nombra, como nombra a los agentes administrativos ; es el Gobierno el que debe asegurar la buena administración de justicia. El Gobierno tiene, cerca de los órganos judiciales más importantes, agentes especiales, los agentes del ministerio público, encargados de representarle.

Se dirá que la prueba de que detrás del acto del funcionario

(1) Hauriou, *Derecho Constitucional*, página 408.

(2) *Derecho Constitucional*, página 539, tomo II.

judicial se encuentra un poder soberano, autónomo, distinto de los otros poderes, es que la decisión del Magistrado se impone a todos, al mismo Gobierno y hasta al Parlamento. Esto no prueba nada. Cuando un administrador hace un contrato a nombre del Estado, su acto se impone a todos, Gobierno y Parlamento, y no existe órgano alguno que pueda desligar al Estado de las obligaciones nacidas a su cargo por efecto de tal contrato. Es, por otra parte, fácil demostrar por qué la decisión del Juez se impone a todos, al Parlamento y al Gobierno. Basta para ello tener en cuenta el verdadero concepto de la función jurisdiccional, que sólo consiste en constatar la violación de la ley y deducir de tal comprobación las consecuencias lógicas que la ley determina, o en constatar la existencia de una situación jurídica subjetiva y ordenar su realización. Por consecuencia, no es, a decir verdad, la decisión jurisdiccional la que se impone al Estado, al Gobierno y al Parlamento, sino que es la ley misma, es la situación jurídica subjetiva cuya existencia y extensión han sido reconocidas. La fuerza obligatoria de las decisiones jurisdiccionales respecto del Estado, es una consecuencia lógica y simple de la concepción del Estado de Derecho. El Estado está ligado por el derecho objetivo y el Derecho subjetivo cuando, en caso de violación o discusión, son sancionados por los agentes públicos a los que da la ley expresamente competencia a este efecto.

Según Posada (1) : En general, pueden señalarse las siguientes dificultades al pleno reconocimiento de la sustantividad y autonomía de lo judicial : 1.^a, la consideración de la función judicial, más o menos como una dependencia o, a lo sumo, dirección o actividad del Ejecutivo ; 2.^a, la dependencia real en que las instituciones de tal función suelen hallarse respecto, especialmente, del Ejecutivo ; 3.^a La indefinición de la competencia judicial y la intervención que en las funciones judiciales ejercen órganos del Ejecutivo... Respecto, pues, de la posición constitucional de la función judicial, se pueden formular ciertas conclusiones generales, a saber : 1.^a, la función u orden judicial se constituye en condiciones de mayor o menor dependencia respecto de otros órganos del Poder del Estado ; 2.^a su esfera de acción entraña manifestaciones diversas, unas

(1) *Derecho Político* ; tomo II, página 539.

de carácter general atribuídas a órganos o instituciones genuinamente judiciales—jurisdicción ordinaria, autónoma en su competencia—, y otras de carácter especial, ya por razones políticas o históricas..., ya por razones de equilibrio de poderes o de garantías especiales frente al Estado...

Como tipo de la Justicia Poder, se presenta la organización de los Estados Unidos, sin tener en cuenta las razones de orden histórico que la determinan y diferencian de los sistemas políticos continentales. En los países anglosajones no existe en realidad régimen administrativo. La evolución que determinó la extensión y centralización de los servicios públicos, y en especial las atribuciones preventivas de policía, pudo adaptarse perfectamente al régimen centralizado anglosajón. Y la constitución americana, impregnada totalmente de ideas políticas de origen inglés; siendo en realidad una versión de la constitución inglesa vista por un observador en la segunda mitad del siglo pasado—Duguit—, no hizo otra cosa que adaptarse al régimen de administración judicial entonces imperante, evolucionando hasta la fecha dentro del mismo. Corona y Parlamento derivaron en Inglaterra hacia el régimen de separación suave o Gobierno de Gabinete. La colaboración que éste permite, es cauce obligado al que derivan las luchas políticas que resuelve, en último término, el sufragio. En los Estados Unidos, la evolución se encaminó hacia el llamado sistema Presidencial, representando Gobierno y Parlamento dos elementos de poder que, por regla general, no colaboran. Las luchas federales y las luchas políticas no pueden derivar hacia el sufragio, por ser distinta la organización y atribuciones de los colegios electorales que determinan el nombramiento de Presidente y Parlamento. Y de aquí que uno u otro poder (Federal o Local, Gobierno o Parlamento) tenga que prevalecer (1).

El predominio alcanzado por la Presidencia y Gobierno sobre el órgano legislativo, deriva, principalmente, de la intervención de los Tribunales. Y no, ciertamente, por la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, ya que éste es un

(1) Hauriou en su *Derecho Administrativo*, nota 1.^a, página 6, desarrolla este proceso evolutivo. En la misma obra determina claramente las diferencias entre el régimen administrativo continental y el régimen judicial anglosajón.

caso corriente de función jurisdiccional que entre dos textos en vigor aplica el de preferente calidad (Constitución), considerándolo no derogado por la ley ordinaria—la constitucionalidad equivale a una calificación de la capacidad o competencia legislativa del Parlamento—(1), sino por la intervención que, directa o indirectamente, significan en la función legislativa. Las consultas oficiosas hechas a los Tribunales durante el proceso formativo de una ley («advisory opinions»); las órdenes («injunctions») que dirigen a funcionarios y particulares—actos administrativos (?)—son manifestaciones extrañas a la función judicial. Y las mismas declaraciones de inconstitucionalidad son desviadas de su verdadero carácter limitado al caso que las produce, por la tendencia a darles aplicación general como los antiguos «arrets de reglement». Merced a ello, del control de competencia legislativa se ha pasado al de tendencias legislativas, que supone un conflicto entre el espíritu individualista de la constitución y las tendencias socialistas e intervencionistas de la ley ordinaria. Los Tribunales fueron el medio utilizado para evitar que éstas tuvieran realidad. [Es dato curioso que la implantación del sistema Torrens en algunos Estados tropezara con obstáculos en los Tribunales, a título o pretexto de inconstitucionalidad. Dice Lambert (2) que dichas leyes tropezaron con las protestas de las compañías que se dedicaban a asegurar los títulos de propiedad contra los riesgos de su nulidad o falta de validez, y las de los «chercheurs» profesionales, amenazados en su industria por un sistema de publicidad de transferencias que asegura la verdad y certidumbre de la propiedad y demás derechos reales (3).] Y del control de tendencias legislativas, se

(1) Duguit, en su *Derecho Constitucional*, III, páginas 659 y siguientes, trata esta cuestión. Puede distinguirse claramente la función política que significa la existencia de un organismo encargado de apreciar, las leyes bajo el punto de vista del derecho, y anular las contrarias a él, página 665 de la función judicial o jurisdiccional, que representan los Tribunales aplicando a un caso a ellos sometido la norma jurídica que estimen vigente, página 667. Como es lógico, en este caso no derogan norma alguna, no intervienen en la función legislativa; se limitan a aplicar el derecho vigente.

(2) *Le gouvernement des juges*; página 248.

(3) Obra citada, páginas 69 y siguientes. Entre otros casos, cita la inconstitucionalidad de una ley que prohíbe el pago a los obreros en bonos de mercancías, como contraria a la libertad del trabajo,

pasó al de las enmiendas a la Constitución, colocándose con ello el Juez americano, no al lado de la ley constitucional en conflicto con la ordinaria, sino por encima de la ley constitucional y al lado de un conjunto de derechos naturales que forman la legitimidad constitucional a la cual este texto debe adaptarse.

Estas actividades no pueden calificarse de jurisdiccionales o judiciales, sino de legislativas o administrativas, ejercidas por el Gobierno por mediación del órgano judicial, y a consecuencia de la lucha que, pór alcanzar predominio político, existe entre Presidencia y Parlamento, Poder Federal y Poder Local. Los funcionarios judiciales no significan ningún poder político; «no son un elemento destacado de la soberanía del Estado e incorporado a un órgano de representación» (1). Los funcionarios judiciales del Tribunal Supremo son nombrados directamente por el Presidente, a reserva de la aprobación del Senado. Pueden ser destituidos por éste a consecuencia de la acusación del Congreso (2). Y, aunque en la práctica es incuestionable la independencia política y alteza de miras de esta Magistratura, es lo cierto que el Gobierno utilizó la acción de los Tribunales para imponer sus tendencias políticas de carácter general o para rectificar las imperantes (3).

Así, autores como Lambert, deducen la consecuencia de que en los Estados Unidos se ha llegado al Gobierno de los Jueces, título que determina claramente la intervención de estos funcionarios en actos políticos, de Gobierno, extraños a la administración de justicia, colaborando así a la política con los demás órganos que la tienen a su cargo.

En España, como en la mayor parte de los países continentales, no hay cuestión. Existe «Administración de Justicia»—Título IX de la Constitución—y no Poder judicial. La función judicial que se encomienda a Jueces y Magistrados, está limitada a los juicios civiles y criminales. A su lado existen otros organismos que realizan funciones judiciales. Y a cargo de los Tribunales y Jueces quedan actos de indudable naturaleza administrativa, como la venta de bienes nacionales que hace el Juez a nombre del Estado,

(1) Aunque algunos elementos de la Judicatura son elegidos, esto carece de importancia. Nerinx, *L'organisation J. aux Etats-Unis*, 207.

(2) Nerinx, *Idem*.

(3) Nerinx, *Idem*, p. 234.

gran parte de las actuaciones sumariales, etc... En unos y otros procedimientos intervienen funcionarios judiciales y administrativos, profesionales y particulares; y todos, dentro de su competencia legal, colaboran en la función a realizar, que es lo principal, y a lo que todos deben prestar servicio, función que, en modo alguno, puede ser personalizada en individuos o colectividades por respetables que sean.

En realidad no puede existir más poder que uno. Donde la soberanía ha querido encarnar simultáneamente en órganos distintos, la realidad se encargó de unificarlos, haciendo prevalecer al más fuerte. Como dice Duguit (1): «Tres poderes distintos en el Estado; tres poderes igualmente soberanos en su dominio, constituyen la unidad e indivisibilidad lógica del Estado, con sustancia, al mismo tiempo, una y triple. Es el misterio de la trinidad política... que no tiene otro valor que *celle d'un jeu de l'esprit.*»

J. ROMANÍ CALDERÓN.
Registrador de la Propiedad.

(1) Duguit, *Derecho Constitucional*; II, p. 524.