

EL ESTADO DE DERECHO Y EL PODER JUDICIAL INDEPENDIENTE

Por

SABINO ALVAREZ-GENDÍN Y BLANCO

Magistrado del Tribunal Supremo.

Catedrático de Derecho Administrativo supernumerario.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. EL PODER JUDICIAL INDEPENDIENTE EN CUANTO A SU DESIGNACIÓN. 1. *Ideas generales.* 2. *Aplicación del principio de la independencia judicial en cuanto a su designación en España.*—II. EL PODER JUDICIAL INDEPENDIENTE EN CUANTO A SU EJERCICIO. 1. *Primacía de la Ley.* 2. *Garantía jurídica de los administrados frente al Poder ejecutivo.* 3. *Impugnación de las normas generales de la Administración.* 4. *El Poder judicial, salvaguarda de la seguridad personal frente a las autoridades gubernativas.*—III. EL PODER JUDICIAL INDEPENDIENTE EN CUANTO A SU RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA, A SU RESPONSABILIDAD PENAL Y A SU RESPONSABILIDAD CIVIL EXIGIBLE POR LOS PARTICULARES. 1. *Responsabilidad de los jueces:* A) *Responsabilidad disciplinaria;* B) *Responsabilidad penal;* C) *Responsabilidad civil.* 2. *Responsabilidad patrimonial del Estado por errores judiciales.*

INTRODUCCIÓN

De la división tripartita de Estado en los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, en cuanto son facultades de soberanía del Estado o del principio de autoridad en que el orden descansa, como diría SÁNCHEZ AGESTA (1), deriva la distinción de las funciones ejecutivas, de las legislativas y de las judiciales. La función es una singular actividad del Estado.

Esta tricotomía funcional no es en cierto modo absoluta (2), pues no

(1) *Lecciones de Derecho político*, 1947, pág. 527. Ya OLIVÁN, *De la Administración pública con relación a España*, ed. prologada por G. DE ENTERRÍA, 1954, pág. 28, reconocía entre las funciones de ejecución las políticas y las administrativas, amén de las judiciales que el propio MONTESQUIEU las estima ejecutivas, aunque más que ejecutivas de la Ley son restauradoras de la Ley.

(2) VIZENZO ZÁNGARA: *Limiti della funzione legislativa dell'Ordinamento italiano*, en «*Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando*», vol. II, págs. 326-27.

siempre corresponde atribuir cada función a un solo órgano, sino que cada órgano puede tener diversas funciones, es decir, que el órgano legislativo puede tener funciones judiciales y ejecutivas, desdoblada esta última función en funciones políticas y funciones administrativas. Pues bien, este conjunto de atribuciones que tiene un órgano cualquiera o una institución del Estado, aun ejercitando diversas funciones, lo llamamos competencia, caracterizando una especial función a cada órgano, a cada institución, denominada aún en la técnica jurídico-constitucional Poder.

La función especial del Poder legislativo es la legislativa, o sea, la producción del Derecho, que diría CARNELUTTI (3); pero puede tener este Poder funciones judiciales juzgando a los ministros, o políticas retirando la confianza a éstos o deponiendo al Jefe del Estado, y así los demás Poderes o instituciones, pueden ejercer funciones de otros. El judicial puede ejercer funciones administrativas en la jurisdicción voluntaria y si designa sus propios funcionarios, y no dedicarse a aplicar la ley en las causas civiles y criminales exclusivamente como se decía en la Constitución de 1812 (arts. 17 y 24), en la de 1837 (art. 63), en la de 1845 (art. 86), en la de 1856 (art. 67), en la de 1869 (art. 36), y en la de 1876 (art. 76). El ejecutivo dicta normas reglamentarias, pero ejercita el derecho de gracia en condenas penales.

En abstracto debe haber unidad de Poder o de Soberanía, pero diversidad de competencias en los órganos constituidos y que en concreto constituyen complejos llamados—si se quiere indebidamente—Poderes. La competencia de los órganos de unos de estos Poderes está caracterizada por una de las funciones, aunque no es óbice para que la competencia de un órgano puede tener otras funciones más que las que caracterizan al Poder a que pertenece, por vía de excepción, y declarada su competencia extrasvasada en las leyes fundamentales de un país, pues si no quebraría el principio de la división de Poderes, base del Estado de Derecho, y a tal efecto, como en realidad lo que hay es una separación de funciones entre los Poderes clásicos, ello implica una cierta interdependencia.

Así, el Poder ejecutivo puede y debe estar sometido al control judicial cuando aquél vulnera el Ordenamiento jurídico, secuela del Estado

(3) *Teoria generale del diritto*, 1951, pág. 56.

de Derecho y fundamento del Derecho administrativo (4), sin que ello quiera decir que el Poder ejecutivo no sea independiente del judicial, mientras se someta al Derecho, como a su vez debe ser independiente el judicial del ejecutivo, en el ejercicio de su genuína función, de naturaleza distinta a la de administrar o gobernar.

Si es verdad que cada una de las funciones del Estado da nombre al Poder o institución que las ejerce más primordialmente, no es menos cierto que cada uno de estos tres Poderes suele ejercitar funciones que caracterizan a las otras instituciones o Poderes, por razones de orden histórico o político (5), es decir, que la situación subjetiva de la actividad del Estado no concuerda siempre con la objetiva, hasta el punto de que el propio Poder ejecutivo, ampliando la competencia de sus funciones primordiales, políticas y administrativas, tiene las judiciales o muy semejantes a las que ejerce el Poder judicial, en la resolución de recursos gubernativos, obrando la Administración más que como parte contendiente como institución privilegiada, en la aplicación de sanciones a sus funcionarios y a los particulares por la contravención de las leyes y reglamentos administrativos, y en la aprobación de los fallos de los Tribunales militares por el capitán general. Los Jefes de Estado—en España, desde luego—suelen, además, ejercitar el derecho de gracia (amnistía e indulto) (6), aunque éste puede considerarse más bien una función política, de oportunidad, pues no aplican la ley corrigiendo errores judiciales; a lo más dulcificando interpretaciones jurídicas rigurosas.

Pero la tesis general es que la función jurisdicción *strictu sensu* es más propia del Poder judicial.

El Poder judicial debe ser independiente del ejecutivo en los siguientes aspectos que vamos a estudiar, y que postulamos como principios, y lo es de *iure* en el segundo y en el tercero de los mismos: I, en cuanto

(4) «La ciencia alemana del Derecho administrativo—dice FORSTHOFF: *Tratado de Derecho administrativo*, trad. española, 1958, pág. 473—ha nacido en el hogar del Estado de Derecho basado en la división de Poderes. Por eso, desde su origen, presupone la antítesis entre la coacción estatal y la libertad individual.»

(5) Vid. SANDULLI: *Manuale di Diritto amministrativo*, 1954, pág. 7. DEL VECCHIO: Ob. y trad. cit., págs. 142-43.

(6) Por la Constitución republicana de 1931 (art. 102), la amnistía sólo podía ser ejercitada por el Parlamento. Los indultos sólo los otorgaba individualmente el Tribunal Supremo, a propuesta del Tribunal sentenciador. (Vid. Decreto de 28 de septiembre de 1951, de organización de la carrera judicial.)

a la designación de sus miembros; II, en cuanto a su ejercicio; y III, en cuanto a su régimen disciplinario y a su responsabilidad civil y penal.

I. EL PODER JUDICIAL INDEPENDIENTE EN CUANTO A SU DESIGNACIÓN

1. *Ideas generales.*

A) Ha habido autores en España como AZCÁRATE (1), que consideraban que no había independencia de los Tribunales «mientras el Cuerpo de jueces y magistrados dependan de un Centro administrativo, y éste sea regido por un miembro del Ministerio, esto es del Poder ejecutivo». Preconizaba AZCÁRATE que los nombramientos de las autoridades judiciales fueran conferidos al Tribunal Supremo.

Esa dependencia al Poder ejecutivo puede ser únicamente a efectos administrativos, en materia reglada (refrendo de nombramiento, fijación y cambio de situaciones activas, de excedencias, de supernumerario, licencias de situaciones pasivas, etc.); pero si el ingreso en la carrera se regula por oposición directamente o mediante la Escuela judicial, como en España, si los ascensos están sometidos a las normas generales de antigüedad, si los cargos presidenciales incluso el del Tribunal Supremo o aquellos en que se quiebra para determinados cargos el principio de antigüedad, están sometidos a la propuesta unipersonal o en terna de un órgano judicial, dentro de un cierto orden o requisitos indispensables, dejando ningún o escaso margen a la Administración, como la de apreciar circunstancias o defectos en la tramitación, o los deméritos morales del juez que el órgano administrativo puede, por sus mayores fuentes de información, poseer, garantizándose en otro orden la inamovilidad en el clamar la independencia de la justicia respecto del Gobierno, ni siquiera del ministro de Justicia, tratándose de materia reglada, de actividad ajustada a la Ley, propia de la función administrativa del Poder ejecutivo, y que de salirse de la norma legal, de infringir el ordenamiento jurídico, su restablecimiento debe quedar al arbitrio del propio Poder judicial, a quien le compete la misión de juzgar, guardándose, pues, el equilibrio y la separación de las funciones clásicas. No propugno, por tanto, por la supresión del Ministerio de Justicia, como hacía OSSORIO y GALLARDO

en sus Bases para la reorganización judicial (Base 3.^a) (7), pues tiene dicho Departamento un cometido administrativo, como lo tiene en función de las relaciones estatales con la Iglesia, sin merma para la soberanía espiritual de esta Divina Institución.

B) Aún en países que llevan tan a rajatabla la aplicación de la doctrina de separación de Poderes, en los que los cargos judiciales se dejan al sistema de elección popular, como en Estados Unidos, el presidente designa a los jueces del Tribunal Supremo y de los inferiores federales, dentro de determinadas condiciones, si bien su confirmación se somete al Senado (8); de suerte que no se debe el favor, la gracia, sólo al Jefe del Poder ejecutivo, al intervenir una de las Cámaras del Legislativo.

Inglaterra, tan celosa del Poder judicial, independiente en cuanto a su ejercicio, sufre en origen cierta supeditación al Poder ejecutivo, por lo menos a la Corona, que en realidad es una síntesis originaria de Poderes, pero no lo está al Gobierno, ya que el Lord canceller, que podemos considerarlo como el jefe del Poder judicial, es designado por la Corona, teniendo ciertamente categoría de ministro, pues es miembro del Gabinete y, por tanto, amovible; preside la Cámara de los Lores, teniendo en cuenta que ésta ejerce funciones judiciales para exigir la responsabilidad de los ministros o cargos de esta categoría.

El Lord canceller preside también el Comité judicial del Consejo privado, el Tribunal de Apelación y la Sección de Cancillería del Supremo Tribunal de Justicia (9). Tiene el derecho de presentar las personas para los cargos de jueces de este Tribunal, al primer ministro y al secretario de Estado del Interior, que solo interviene, caso de existencia de motivos graves; nombra también los jueces de Condado, a los que puede revocar por incapacidad o mala conducta, y asimismo nombra, suspende y revoca a los jueces de paz y magistrados.

C) En Italia, según la Constitución de 27 de diciembre de 1947, el Poder judicial tiene una marcada independencia del Poder ejecutivo

(7) Editadas en 1929, págs. 18 y 19.

(8) Véase CASTÁN: *Poder judicial e independencia judicial*, 1951, pág. 35. MUÑOZ CASILLAS: *Los Poderes del Estado*, 1926, pág. 200. JIMÉNEZ ASENJO: *Organización judicial española*, 1952, pág. 238. *La independencia de la justicia*. «Revista de Derecho procesal», núm. 3, julio-agosto 1950, pág. 422.

(9) F. BECEÑA: *Magistratura y Justicia*, 1928, pág. 111.

y con una cierta intervención del Legislativo a través del Consejo Supremo de la Magistratura.

Según el artículo 104, la Magistratura constituye un orden autónomo independiente de otro poder. El Consejo superior de la Magistratura está presidido por el presidente de la República. Forman parte del mismo el primer presidente y el fiscal general del Tribunal de Casación. Los demás componentes son elegidos, dos tercios entre todos los magistrados pertenecientes a varias categorías y un tercio por el Parlamento en sesión conjunta entre profesores ordinarios de Universidad en materia jurídica y abogados con 15 años de ejercicio.

El Consejo elige un vicepresidente entre los componentes designados por el Parlamento. Los miembros elegidos del Consejo ejercen el cargo durante cuatro años y son inmediatamente reelegibles...

Corresponde al Consejo Superior de Magistratura, según las normas de Ordenamiento judicial, las admisiones, designación, traslados, promociones y las medidas disciplinarias (art. 105, Const. italiana).

Se garantiza la inamovilidad en el artículo 107 de la Constitución, en el que se prescribe que no puede ser suspendida ninguna autoridad judicial sin ser destinada a otros sitios o funciones no siendo a propuesta del Consejo Superior de la Magistratura.

D) La Constitución de la quinta República francesa pone la independencia de las autoridades judiciales bajo la garantía del presidente de la República, considerándolo como jefe del Estado, más que del Poder ejecutivo, puesto que hay Gobierno con su presidente.

Según el artículo 64 de la Constitución los magistrados son inamovibles. El artículo siguiente instituye el Consejo Superior de la Magistratura, compuesta de nueve miembros dirigidos por el presidente de la República, siendo el vicepresidente el ministro de Justicia.

Dicho Consejo (art. 65, Const. francesa) propone los nombramientos de los magistrados del Tribunal de Casación, los de los presidentes de los Tribunales de apelación, y a propuesta del ministro de Justicia, dictamina sobre los nombramientos de los demás magistrados.

El Consejo Superior de la Magistratura, presidida por el primer presidente del Tribunal de Casación, actúa como Consejo de disciplina de los magistrados de los Tribunales.

2. *Aplicación del principio de la independencia judicial en cuanto a su designación en España.*

A) Contrayéndose a la organización de nuestro Tribunal Supremo, órgano fundamental y de última instancia en la justicia española, estudiaremos la génesis del nombramiento de sus componentes y en abstracto, a partir de la Ley Orgánica del Poder judicial de 15 de septiembre de 1870.

Según el artículo 144 de esta Ley existían cuatro turnos de nombramientos. Tres para proveer entre magistrados de alta categoría de la Audiencia o Fiscalía de Madrid, o teniente fiscal, único del Tribunal Supremo y el cuarto turno—tan asendereado en la política—en abogados con 20 años de ejercicio en capital de Audiencia o 15 en Madrid, y que pagaran altas cuotas de contribución industrial.

B) La Ley Adicional de 14 de octubre de 1882 (art. 50), agregó en el cuarto turno, concedido al Gobierno, la facultad de designar magistrados del Tribunal Supremo a catedráticos de término de la Facultad de Derecho, que hubieran desempeñado durante 20 años cátedra en propiedad.

Se otorgaba facultades al Poder ejecutivo, dentro de ciertos límites, para nombrar magistrados del Tribunal Supremo entre miembros de la carrera judicial y fiscal, sin más excepción que las referidas del cuarto turno, quebrando la línea general de ingreso en la Judicatura por oposición.

C) El Decreto de 30 de marzo de 1915 suprimió los turnos de ingreso en la carrera judicial, que no fueran los de oposición o ascenso por antigüedad dentro de la carrera, con la excepción del nombramiento de magistrados del Tribunal Supremo, razonando la salvedad el preámbulo diciendo que como tiene a su cargo la formación de la Jurisprudencia, la libertad de elección dentro de las leyes, debe ser omnimoda por el Gobierno, que es quien podrá exigir la más estricta responsabilidad, por el uso que haga de esa facultad (10).

D) Por Real Decreto de 18 de mayo de 1917 se instituyó un Consejo judicial con función similar a las asesoras para la provisión de car-

(10) Vid. MUÑOZ CASILLAS: Ob. cit., pág. 198.

gos judiciales que tenía la Junta calificadora del Poder judicial, que substituyó, cuya vida fué tan efímera, que dicho Real Decreto fué derogado por otro de 18 de junio del mismo año.

E) Parece increíble que un Poder ejecutivo fuerte como el instituido mediante el Directorio militar en 1923 se confiriesen más atribuciones al Poder judicial en orden al nombramiento y cambio de situaciones administrativas de los miembros de la carrera judicial, que en otros tiempos más democráticos de la Monarquía, y aun de la República; confiando, como se decía en el Real Decreto, creando la Junta Organizadora del Poder judicial, «a la propia Magistratura su depuración, su reforma y su régimen, de ella misma».

Y es que entonces la prevención que existía era frente al Poder legislativo, ante un régimen parlamentario *factico* existente—ya que de *iure* no existía en España—que no permitía un Gobierno consolidado, ni que él actuara con cierta perduración, lo cual no pugnaria con la responsabilidad de los ministros, cuyas máximas garantías las tuviese atribuidas, como actualmente, el Tribunal Supremo, libre de todo prejuicio político.

Llevaba el Real Decreto del Directorio militar la fecha de 20 de octubre de 1923 y según su artículo 3.º haría la Junta organizadora del Poder judicial las propuestas unipersonales para nombramientos, ascensos, traslados y permisos, desde la categoría de jueces de entrada a la de presidente de Sala, inclusive del Tribunal Supremo. La Junta se componía de las personas que determinaba el artículo 1.º; hecha su designación, por elección entre los de la misma categoría a que perteneciesen los nombrados.

El Poder ejecutivo se reservaba las siguientes facultades: 1.º, jubilaciones y renovaciones de los funcionarios de la carrera judicial...; 2.º, nombramiento del presidente y fiscal del Tribunal Supremo...; 3.º, elección para los cargos del Ministerio Fiscal, previa terna hecha por la Junta...; 4.º, en los cargos judiciales, vetar el ministro de Gracia y Justicia, de acuerdo con el Gobierno, con la devolución por una sola vez y a la Junta de sus propuestas y, entonces, la Junta haría otra designación que prevalecería.

La elección mediante ternas se hicieron extensivas para los cargos de presidente de Sala y magistrados del Tribunal Supremo y presidentes de Audiencias territoriales y provinciales (R. D., 4 enero 1926).

F) Como la Ley de 5 de abril de 1904, al incorporar el Tribunal de lo Contencioso-administrativo—que figuraba en el Consejo de Estado, con

arreglo a la Ley sobre dicha Jurisdicción de 22 de junio de 1894—, al Tribunal Supremo, constituyendo la Sala III, facultaba al Gobierno (artículo 7.º) para designar magistrados de procedencia administrativa, incluídos catedráticos de Derecho, el nombramiento de estos magistrados quedaba reservado al Poder ejecutivo, en virtud del Decreto de 14 de marzo de 1924.

G) Por Real Decreto de 21 de junio de 1926, fué creado el Consejo judicial, disolviéndose la Junta Organizadora del Poder judicial, y por otro de igual fecha fué aprobado el Estatuto fiscal, volviendo a conferirse al ministro de Gracia y Justicia las facultades que se delegaron a la Junta Organizadora del Poder judicial por el Decreto mencionado de 20 de octubre de 1923, siendo indispensable, para los ascensos por antigüedad, la declaración de aptitud hecha dentro de cada una de las dos carreras, judicial y fiscal, que se separan desde el 1.º de julio de dicho año por el Consejo judicial y el fiscal.

El Estatuto de la carrera fiscal (arts. 12 y 20 del Reglamento) instituye el régimen de oposición para ingresar en el Cuerpo.

El ingreso en la carrera judicial que se hacía directamente por oposición, se hará ahora en dos tiempos: El 1.º, oposiciones para ingresar en la Escuela judicial (arts. 1.º y 2.º, Ley 18 de diciembre de 1950 y 23 y siguientes, y Reglamento, 2º noviembre 1945, modificado por los Decretos 1.º de mayo de 1952 y 12 de junio de 1953). 2.º, permanencia en la Escuela judicial, durante tres semestres, reducidos a dos meses, tres en casos de necesidad, para realizar determinados estudios jurídicos. Al terminar los estudios, los aspirantes realizarán prácticas, adscritos o a un Juzgado o a una Audiencia, bajo la vigilancia del juez o el presidente. En toda esta tramitación, hasta el nombramiento del juez de entrada se halla ausente la Administración Central, propiamente dicha, o sea, el Poder ejecutivo. De esta suerte—nos dice el director de la Escuela, señor De la Plaza (11), a la oposición, único sistema que impide el favoritismo se «ha añadido la garantía de un aprendizaje logrado en Escuela profesional que desvinculada honradamente de los órganos del Poder ejecutivo—confesando que es testigo de mayor excepción—intenta y logra en la mayoría de los casos completar la formación intelectual y moral de los que ingresan en la Magistratura».

H) Se acentúa la incorporación de los Tribunales contencioso-admini-

(11) *La Magistratura en la sociedad española*, 1959, pág. 26.

nistrativos al Poder judicial con la aprobación del apartado b) del artículo 97 de la Constitución republicana, de 1931, al depender los ascensos y traslados de los magistrados de una propuesta, entre elementos que no ejercieran la abogacía, que hicieran el presidente del más Alto Tribunal de la Nación, al ministro de Justicia, de acuerdo con la Sala de Gobierno y los asesores jurídicos que la Ley designare, pudiendo el ministro elegir entre los propuestos, pero no fuera de los propuestos.

Según el artículo 96 de dicha Constitución, el presidente del Tribunal Supremo habría de ser designado por el jefe del Estado, a propuesta de una Asamblea constituyente en la forma determinada por la Ley.

El señor Royo Villanova (don Antonio), propugnó porque la propuesta fuese hecha en terna por las carreras judicial y fiscal en votación de segundo grado (12).

Empero, sin merma para las prerrogativas de orden judicial con que amparaba a los magistrados de los Tribunales Contencioso-administrativos el artículo 98 de la Constitución de 1931, se pretendía la especialización en el proyecto de Ley de reforma del Tribunal Supremo, presentado por el ministro de Justicia, señor Aizpún, al Parlamento, en diciembre de 1934, en cuyo artículo 10 se prevenía que podrían ser magistrados «de la Sala tercera o cuarta del Tribunal Supremo, los abogados fiscales del Supremo procedentes del Cuerpo de Abogados del Estado, los oficiales del Consejo de Estado con 20 años de servicios, los funcionarios administrativos del Estado, licenciados en Derecho que hubieran servido 25 años y de ellos cinco como jefes de Administración de primera; los catedráticos de Derecho político y administrativo durante 20 años y los secretarios de las Salas de lo Contencioso del Supremo».

I) Según el artículo 12 de la Ley de 8 de febrero de 1952 (texto refundido), de la Ley de 22 de junio de 1894 y la de 17 de julio de 1945—, se incorporan a cada una de las Salas tercera y cuarta del Tribunal Supremo, integradas por siete magistrados cada una, tres de procedencia administrativa entre catedrático de Derecho con 15 años de servicio; mayores del Cuerpo de Oficiales del Consejo de Estado, decano y mayores del Cuerpo de Abogados del Estado; mayores del Cuerpo

(12) ROYO VILLANOVA: *La Constitución de 9 de diciembre de 1931* (1934). Decía el ilustre catedrático en las Constituyentes: «Yo no creo que pueda ser independiente el Poder judicial si el más elevado cargo de la carrera no es elegido por los que lo integran.» V. PÉREZ SERRANO: *La Constitución española* (9 diciembre 1931), *Antecedentes, texto, comentarios*, 1932, pág. 292, nota 1.

técnico del Ministerio de Justicia; oficiales de Cortes; jefes superiores de Administración; auditores del Cuerpo jurídico del Ejército, Armada y Aire, con el grado de general; y jefes superiores de Administración, con títulos de licenciados en Derecho y 15 años de servicios, dos de ellos en esta categoría. Por Decreto-ley de 22 de abril de 1955 se aumenta a diez magistrados el número de cada una de dichas Salas, seis de precedencia judicial y cuatro administrativa.

J) Actualmente se ingresa en la carrera judicial por la novena categoría (juez de primera instancia e instrucción de entrada), cuando se sale aprobado de la Escuela judicial.

El Reglamento orgánico de la carrera judicial de 4 de febrero de 1956, en su artículo 3.º, declara la inamovilidad de los jueces y magistrados, con la salvedad, que más adelante expondremos.

No existe un orden riguroso de ascenso por antigüedad. El artículo 21 de dicho Reglamento declara que para el ascenso a las distintas categorías de jueces y magistrados de Audiencia se observarán cuatro turnos siguientes:

Turno primero: Antigüedad en la categoría.

Turno segundo: Antigüedad en la categoría.

Turno tercero: Antigüedad de servicios efectivos en la Carrera.

Turno cuarto: Antigüedad en la categoría.

Todos los ascensos del personal a que venimos haciendo referencia, surtirán sus efectos a partir de la fecha en que se produzca la vacante, y serán necesariamente promovidos los funcionarios que en dicha fecha ocuparen en el escalafón el número uno en la categoría inferior, según el turno a que corresponda su provisión, siempre que lleven en ella, por lo menos, dos años de servicios efectivos y que desde la fecha de la vacante hasta la en que se verifique la promoción hayan permanecido en servicio activo (art. 22 del Reglamento).

Si bien los nombramientos de los cargos judiciales son hechos por el Poder ejecutivo, según el artículo 7.º del Reglamento orgánico de la carrera, o sea, por Orden ministerial los de las categorías séptima, octava y novena (jueces de entrada a término), y por Decreto, a propuesta del ministro de Justicia, los de las demás categorías, y previa deliberación del Consejo los de las tres primeras (presidente del Tribunal Supremo, presidente de Sala del Tribunal Supremo y magistrados de la Audiencia de Madrid y Barcelona, que tienen categoría y sueldo de magistrados del Tribunal Supremo y el inspector delegado jefe de la Ins-

pección Central de Tribunales, que tienen también categoría igual y percepción de idéntico sueldo a los magistrados del Tribunal Supremo) (13), las vacantes de los magistrados del Tribunal Supremo—con excepción de los de las Salas de lo Contencioso-administrativo a partir de la Ley que lo regula, de 27 de diciembre de 1956—, como luego desarrollaremos—, se cubren a tenor de lo dispuesto en el artículo 11, apartado b), de la Ley de 20 de diciembre de 1952, en siete turnos, seis entre magistrados de término con dos años, por lo menos, de servicios efectivos en la categoría y sin nota desfavorable en su expediente personal, mediante la propuesta razonada de una terna formada por el Consejo judicial.

Las vacantes correspondientes al séptimo turno se proveerán entre fiscales de segunda o tercera categoría, estos últimos con dos años de servicios efectivos y sin nota desfavorable en su expediente personal; catedráticos titulares de las Facultades de Derecho con 20 años de servicios efectivos en la Cátedra, abogados que durante igual tiempo hayan ejercido la profesión y satisfecho cinco años de primera cuota de contribución, propuestos en la misma forma por el expresado Consejo (14). No se dice en la Ley de 1952 como en la Orgánica del Poder judicial, que los servicios sean como catedráticos. Luego puede nombrar un catedrático que haya desempeñado la cátedra como titular y encargado de la misma.

En ningún caso los nombramientos por el séptimo turno podrán exceder de la sexta parte de los miembros del Tribunal, y si al tiempo de la provisión no hubiere candidato que reuniera las condiciones exigidas, la vacante se proveerá entre magistrados y con arreglo a las normas anteriores.

Los presidentes de las Audiencias territoriales y provinciales serán nombrados también por acuerdo del Consejo de ministros (art. 7, Reglamento Orgánico de la Carrera judicial de 10 de febrero de 1956).

Para ocupar los cargos o destino vacantes o que vaquen dentro del mes, serán designados los funcionarios que ostentando la categoría que se requiere para cada uno de ellos, tengan más antigüedad en el Escalafón

(13) Art. 3.º Ley 20 diciembre de 1952, y art. 12 Ley 22 diciembre de 1953, y art. 2 Decreto 10 febrero de 1953.

(14) El Consejo judicial lo constituyen miembros de la carrera, pues lo preside el Presidente del Tribunal Supremo, y lo integran los presidentes de Sala—hoy seis—del Tribunal Supremo, el Fiscal de este Tribunal y un magistrado por cada una de las Salas de Justicia del mismo, elegido anualmente por los componentes de la propia Sala.

general de la Carrera a su solicitud, salvo cuando las plazas a proveer sean las de presidente de Sala de lo Civil y de Sección de lo Criminal y de lo Contencioso-administrativo de las Audiencias y magistrados y jueces de primera instancia e instrucción de Madrid y Barcelona, para las cuales será designado el solicitante más antiguo entre los declarados previamente aptos para su desempeño por el Consejo judicial, quien emitirá su dictamen después de recabar informes de la Inspección Central de Tribunales.

Cuando ninguno de ellos se halle en este caso, será designado el más antiguo de los peticionarios, y si no los hubiere y tampoco ningún funcionario a quien le correspondiera reingresar en el servicio activo, la vacante será provista en un magistrado que sea promovido a la categoría de la plaza de que se trate (art. 17, Reglamento Orgánico).

K) Según la nueva Ley de lo Contencioso-administrativo los magistrados de las Salas de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, se nombrarán:

a) La tercera parte, entre magistrados, con arreglo a las normas que rigen la promoción de los mismos al Tribunal Supremo. No creemos se consuma el séptimo turno entre catedráticos de Derecho y fiscales (apartado b, art. 18 de la Ley de 20 de diciembre de 1952). Otra cosa sería si se dijese «la tercera parte entre magistrados, catedráticos y fiscales de segunda y tercera categoría, con arreglo a las normas, etc.». Es posible que la intención del legislador fuese ésta, pues sino los fiscales no tendrían acceso en esta Sala, pero a la letra de la Ley no se puede interpretar de otra suerte.

b) Otra tercera parte de la Sala de lo Contencioso entre magistrados adscritos permanentemente a la jurisdicción contencioso-administrativa con diez años de servicios en la misma, que tengan, además, la categoría y condiciones requeridas por las normas generales que rijan la promoción al Tribunal Supremo y que presten sus servicios en la jurisdicción contencioso-administrativa al ser promovidos a dicho Tribunal.

c) El resto de los magistrados de dichas Salas, entre funcionarios de los Cuerpos docentes y administrativos con categorías y condiciones siguientes:

Primero. Catedráticos de la Facultad de Derecho o de disciplinas jurídicas de las Ciencias Políticas, Económicas y Comerciales, con diez años de servicios en el desempeño de la Cátedra.

Segundo. Letrados de término del Consejo de Estado.

Tercero. Abogados del Estado, jefes superiores de primera.

Cuarto. Letrados mayores del Cuerpo Técnico de Letrados del Ministerio de Justicia y letrados superiores del Cuerpo especial facultativo de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Quinto. Oficiales letrados de las Cortes con categoría de jefes superiores de Administración.

Sexto. Auditores del Cuerpo Jurídico del Ejército, Armada y Aire, con categoría de generales.

Séptimo. Jefes superiores de Administración con 15 años de servicios efectivos al Estado, dos de ellos en dicha categoría.

Octavo. Secretarios de Administración local de primera categoría con 20 años de servicios efectivos en la Administración local, cinco de ellos en capitales de provincia de más de 200.000 habitantes.

Noveno. Abogados que hubieran ejercido la profesión durante 20 años y satisfecho durante cinco la primera cuota de la Contribución industrial.

II. EL PODER JUDICIAL INDEPENDIENTE EN CUANTO A SU EJERCICIO

1. *Primacía de la Ley.*

A) Podemos resaltar el principio de que el Poder judicial debe ejercitar su función subordinadamente a la Ley (15), o mejor dicho, debe aplicar la Ley en sentido material al caso concreto, sobreentendiéndose como tal subsidiariamente a la Ley formal, el Reglamento, la costumbre y los principios generales de Derecho (16), bien cuando se quebrante criminalmente, bien cuando las partes pretenden derechos invocando la Ley civil, bien frente a la Administración que vulnere el Derecho objetivo o

(15) ESMEIN dice que el Poder judicial está obligado a obedecer las órdenes del Poder ejecutivo, cuando se presentan en forma de Ley, especialmente si los Tribunales no tienen competencia para apreciar la constitucionalidad de las Leyes (*Eléments de Droit Constitutionnel*, t. I, 1921, nota 157 a la pág. 508). DUCUIT estima, en cambio, que el Poder judicial no está obligado a obedecer las intromisiones del Poder ejecutivo (*La séparation des pouvoirs*, pág. 43). Se entenderá que sean contrarias al ordenamiento jurídico-constitucional.

(16) PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, t. I, 1946, § 96, pág. 101.

los derechos subjetivos, que es también una manera de vulnerar el Derecho objetivo.

Entonces la Justicia—podemos decir con GUASP (17)—«señala aquella actividad del Estado, en la cual ésta ni dispone ni ejecuta, sino que resuelve, es decir, que suponiendo una disposición plena y al margen de su cumplimiento, el señalamiento de fines, hecho y cumplido con carácter general, va ejecutándose caso por caso, a cada coyuntura particular que así lo requiera».

B) El resultado de aplicar por el juez la Ley, o mejor diremos, el Derecho (18), al caso concreto entre dos partes contendientes, litigantes, es decisión judicial, es la sentencia, formando la jurisprudencia las decisiones judiciales reiteradas; pero si no se quiere quebrantar el principio de la separación de poderes, en cuanto que cada uno ejerce su propia función, legislar, ejecutar, desdoblando ésta a su vez en las funciones de gobernar y administrar y, por último, juzgar, la jurisprudencia no puede crear Derecho, no puede ser instrumento creador de Derecho objetivo.

Ha habido, sin embargo, quien estima la jurisprudencia como fuente del Derecho supletorio; así opinaba el civilista francés CAPITANT (19), al afirmar que hay que dar una mayor autoridad a la jurisprudencia como fuente del Derecho, puesto que surgen nuevos hechos que engendran

(17) *El Derecho político como derecho del Gobierno*, en «Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano», t. II, 1959, pág. 96.

(18) V. JIMÉNEZ ASENJO: *Organización judicial española*, 1952, pág. 13.

(19) *Introduction a l'étude de Droit civil*, pág. 31.

La Jurisprudencia fué reconocida como fuente jurídica en el Derecho romano, denominada Derecho pretorio (*ius honorarium*).

Los pretores de Roma, encargados de administrar justicia, dictaban los edictos para aclarar, suplir las leyes y hasta suavizar su vigor jurídico mediante el edicto *perpetuum, novum*, si modifica los anteriores, y *traslatitium*, si adopta los anteriores.

Han sido coleccionados en el Edicto perpetuo de SALVIO JULIANO (PASTOR Y ALVIRA: *Manual de Derecho romano*, pág. 13).

También tuvo vigencia como fuente jurídica en Roma la doctrina; problema que no planteamos en el texto, pues no hay discrepancia en los autores de ningún país actualmente en sentido negativo.

Se trataba de las llamadas Respuestas de los jurisconsultos (*ius respondendi*) romanos. Adriano y Constantino sancionaron los escritos jurídicos de algunos jurisconsultos: Teodosio y Modestino. Lo mismo hizo Valentiano III con la Ley de Citas. De ser contrarias entre sí prevalecería la de la mayoría, y, en caso de empate, la de Papiniano, y si éste silencio, elegiría el juez.

JUSTINIANO extracta y recopila metódicamente los trabajos de los jurisconsultos clásicos, dando a los fragmentos reunidos en el *Digesto* fuerza de ley.

consecuencias ocasionadas por las modificaciones que se operan en las condiciones económicas de medio social no previstas por el legislador, y entonces el juez define la regulación de la cuestión en cada caso concreto que no haya previsto el Derecho escrito. Esta reiterada jurisprudencia tiene para este profesor el carácter de fuente subsidiaria.

La norma implica, al decir de JÈZE, generalidad, objetividad, impersonalidad. La sentencia es particular, subjetiva, personal, para el caso concreto y no tiene la característica de norma del Derecho; pero se rearguye que no es la sentencia singular la fuente del Derecho subsidiaria, sino las sentencias reiteradas dictadas por un Tribunal, en una determinada materia que juzgan en la imprecisión de la ley, siempre de una manera idéntica, y es entonces cuando se considera fuente subsidiaria de Derecho. Estas sentencias reiteradas del Tribunal Supremo constituyen la denominada jurisprudencia, o se dice también que sientan jurisprudencia sobre una determinada materia y, por tanto, que se aplica en defecto de ley, de costumbre o de principios generales del Derecho.

Si ahondamos en la cuestión, veremos que la jurisprudencia, casi siempre que reitera las sentencias en determinados hechos, lo que hace es aplicar una costumbre o un principio jurídico a aquel hecho nuevo que surge de la vida, de modo que no podemos decir que la jurisprudencia sea la fuente de Derecho, sino que sirve de vehículo por donde se manifiesta la fuente de Derecho. Lo normativo en este caso será la costumbre o los principios generales de Derecho.

En el prólogo a nuestro trabajo sobre *Teoría general de las fuentes de Derecho público*, redactado por FERNÁNDEZ DE VELASCO, razonaba éste su opinión considerando la jurisprudencia como fórmula de equidad, más que como fuente de Derecho. Así, decía: «Por razones de necesidad por la misma ordenación del Estado, ni aun queriendo los Tribunales, la jurisprudencia puede ser norma de Derecho. Tampoco se puede intentar que lo sea con respecto de aquellos casos más frecuentes y decididos y privados aún de precepto positivo. Si la Ley, y de ahí la tendencia a objetar toda expresión normativa, es garantía de libertad y prenda de asiento y firmeza, por su mecanismo, la jurisprudencia puede ser la fórmula de la equidad.»

En nuestra legislación no se menciona la jurisprudencia como fuente subsidiaria del Derecho; por lo que el criterio a este respecto se ha de sostener desde un punto de vista doctrinal, pero desde el momento en que

falta la norma escrita, o que como tal se contemple, nosotros no podemos estimar la jurisprudencia como una norma objetiva subsidiaria del Derecho, así pues, ningún juez inferior está obligado a seguir la tesis sustentada en reiteradas sentencias por el Tribunal Superior; pues queda en libertad perfecta y absoluta de aplicar en defecto de ley, la costumbre o los principios generales de que él tenga noticia, aun contrarios al criterio de la jurisprudencia, por muy reiterada que ésta sea.

El juez puede también ante el litigio que se le presente y no sepa qué resolver por encontrar dudoso el derecho de las partes, aplicar la llamada equidad, como principio (20), o en vez de sentar el criterio de la jurisprudencia del Supremo, si no lo cree justo, puede seguir el adoptado por anterior juez si le parece más jurídico, y acomodado a algún principio de Derecho.

Debo advertir que el principio de equidad, ya alguna disposición reglamentaria lo recoge expresamente, verbigracia, el art. 2.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales de 17 de junio de 1955, que dice: «La intervención de las Corporaciones locales en la actividad de sus administrados se ajustará, en todo caso, al principio de igualdad ante la Ley», principios que se han invocado por la Sala IV del Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de febrero de 1959 (21).

Tampoco puede considerarse nuestra jurisprudencia como fuente de Derecho ni siquiera introductiva, mucho menos modificativa y derogatoria en nuestro Derecho administrativo, como sucede con la del Consejo de Estado francés (que forjó las doctrinas sobre recurso de nulidad por exceso de poder, sobre imprevisibilidad de los contratos, sobre la responsabilidad objetiva de la Administración, etc.) (22), cuando falta un órgano jurisdiccional contencioso-administrativo que unifique la jurisprudencia, como sucedía con aquel alto órgano francés, por lo menos antes del Decreto de 30 septiembre 1954, que introduce los Tribunales administrativos regionales para los recursos de nulidad, si bien la instancia suprema si-

(20) Principio que se puede formular así: «La equidad obliga a tratar con igualdad los casos iguales y con desigualdad los casos desiguales», pues, como dice CASTÁN (*La idea de equidad y su relación con otras ideas, morales, jurídicas, afines*, 1950, pág. 43): «La igualdad tanto puede suponer la igualdad como la desigualdad.»

(21) Cfr. en el artículo de ENTRENA CUESTA intitulado *Las licencias en la legislación local*, en «Revista de Estudios de Administración Local», septiembre-octubre 1959, número 107, págs. 658-59.

(22) Vid. prefacio de JÉZE a la traducción española de *Les principes de Droit Administratif*, 2.ª ed. argentina.

que siendo el Consejo de Estado (23). Ni siquiera existe en nuestro país una Sala única de revisión para lo contencioso-administrativo, sino dos, la de los Tribunales provinciales o de las Audiencias territoriales, en su día, que es la Sala III en pleno del Tribunal Supremo, y la que enjuicia las sentencias de las Salas de lo Contencioso del Supremo, que es una especial que preside quien rige el más alto Tribunal de la nación y lo integran los tres presidentes y los tres magistrados más antiguos de las Salas de lo Contencioso-administrativo (arts. 16, núm. 5, ap. b) y 618 de la Ley de 27 de diciembre de 1956).

Como dice DEL VECCHIO (24), queda establecido firmemente el principio fundamental de que la función judicial—lo mismo que la ejecutiva—se ejercita subsidiariamente a la legislativa. Contra este principio se ha manifestado, expresa DEL VECCHIO, la llamada Escuela de Derecho libre, que trata de emancipar la autoridad de la obligación de atenerse a las leyes y establecer, en cambio, el principio de que el fallo se funda en la conciencia del juez, esto es, sobre la apreciación equitativa que él puede hacer de los intereses en conflictos. Esta tesis—advierte DEL VECCHIO—fué formulada por KANTOROWICZ con el seudónimo *Gnaeus Flavivius*) en su libro *La lucha por la ciencia del Derecho* (1906), y sostenida después por STAMPE y otros. Los secuaces de esta escuela observan que la voluntad del legislador es una nueva abstracción que difícilmente puede corresponder a los nuevos casos concretos. En cambio, convirtiendo al juez en creador y libre innovador del Derecho se reconocía el verdadero carácter de la función que no es nunca la de un simple intérprete pasivo, y se haría posible un progreso más rápido del Derecho, una adaptación más ágil del mismo a las nuevas necesidades.

Reacciona DEL VECCHIO contra esta opinión de los propugnadores del Derecho libre (*Freireschtsbemegun*) diciendo: «La pretendida libertad del juez de modificar la ley o de apartarse de ella en sus juicios se resolvería efectivamente en la negación de la verdadera libertad para los ciudadanos.»

No todos los incorporados en esta Escuela pretenden, realmente, crear Derecho, sino interpretar el Derecho positivo, sustituyendo el sistema de interpretación lógica y de la analogía por el evolutivo-histórico, diciendo que las leyes han de ser interpretadas, no en el sentido que haya que-

(23) Vid. LAUBADÈRE: *Les reformes administratives*, de 1953. Apéndice al *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 1954, págs. 16 y sgs.

(24) *Filosofía del Derecho*, trad. española, 1947, pág. 443; 1952, pág. 447.

ruido dar el legislador, sino por el que requieran las necesidades del momento, obedeciendo a un fin práctico.

Esto es lo que ha propugnado ADICKESS, para quien la fuente inmediata de todo Derecho es la razón subjetiva (*subjective Vernunft*), cuyo órgano de expresión es el juez (25) y por SCHLOSSMANN en su libro *Der Vertrag*: Aun en plan de interpretación de la norma, ello equivaldría a suprimir el Poder legislativo concediendo al juez facultades omnímodas, concluyendo en la anarquía del Derecho, como diría COVIELLO (26).

La cuestión variaría si se tratase de interpretar normas oscuras de la Ley, u omisiones de la Ley, teniendo en cuenta que el Tribunal que rehusa fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes incurrirá en responsabilidad; empero al caso controvertido puede aplicar la costumbre de lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho (art. 6.º Código civil), así pues, el principio de equidad—en casos análogos—, la cláusula *rebus sic stantibus* en la revisión de precios de los contratos públicos o privados o en las tasaciones sobre expropiación forzosa (27), como ha reconocido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (28), etc. (29).

(25) V. ALAS: *Las fuentes del Derecho y el Código civil alemán*, pág. 40. Clemente DE DIEGO: *La función jurisdiccional de los jueces*, en «Rev. de Derecho Privado» (diciembre 1913), págs. 79 y sgs.

(26) Ob. cit., pág. 89. El Código civil suizo, artículo 1.º, concede facultades al juez para decidir a su arbitrio en los casos no previstos por la Ley y en defecto de la costumbre. Este es el sentido seguido por MENGER y EHRLICH, citados por DE DIEGO, loc. cit., pág. 80.

Realmente el juez que tiene que aplicar los principios generales del Derecho obra con cierta autonomía, por cuanto que los jueces no entenderán siempre para un mismo caso concreto y en idénticas circunstancias, de igual manera los principios generales del Derecho, como consecuencia, fallarán de distinta manera, sin perjuicio de dar lugar al recurso de casación por infracción de la Ley, cuando los principios generales del Derecho son indubitables.

(27) Federico DE CASTRO: *Derecho civil de España*, parte general, 1949, pág. 496.

(28) Así la Sentencia de 17 de febrero de 1958, cuyo considerando 3.º dice: «Que si en los contratos civiles, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 14 de diciembre de 1940 y 17 de mayo de 1941), y en materia de expropiación forzosa (Sentencias de 3 de enero y 9 de noviembre de 1953), ha tenido en cuenta la cláusula *rebus sic stantibus*, ante el descenso exorbitante del valor de la moneda y, a su fundamento, ha revisado aquéllos, puesto que, según el artículo 1.258 del Código civil, obligan «no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino a todas las circunstancias que, según la naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley», y así como sus cláusulas deberán entenderse en el sentido «más adecuado para que produzca efectos», como completa el artículo 1.284 siguiente; y si para los contratos administrativos se ha aplicado la doctrina de la imprevisión en la revisión de precios, por las Leyes de

C) Otro problema distinto y por tanto operante, en el orden jurídico, es invocar la Jurisprudencia como instrumento que autentique o consagre los principios de Derecho, que son fuente subsidiaria en nuestro Ordenamiento.

LEGAZ dice a este respecto, en su *Introducción a la Ciencia del Derecho* (30), que el Tribunal Supremo «exige todas las garantías imaginables para precaverse contra una interpretación demasiado amplia de los *principios generales de Derecho*», y «que para que la infracción de tales principios pueda dar lugar a un recurso de casación, ha de estar reconocido expresamente en la Ley o en la misma Jurisprudencia, de manera que no basta invocar ante el mismo Tribunal Supremo un principio general de Derecho, sino que es preciso citar una ley o una sentencia en que dicho principio aparezca reconocido».

«Aparte—agrega LEGAZ—de la circunstancia jurídicamente anormal de que el Tribunal Supremo ha convertido, contra ley, su propia Jurisprudencia en fuente de Derecho, se da la paradoja de que sería más fácil invocar un principio general de Derecho, ante un Juzgado de primera instancia, que ante el Tribunal Supremo, si bien en la práctica tampoco es fácil que esto ocurra, pues dado el prestigio del Alto Tribunal de Justicia, por una parte, y por otra la *tendencia a la comodidad* que impulsa a aceptar dogmáticamente sus sentencias, resulta que de hecho se ha sustituido esa fuente por la Jurisprudencia en virtud de una *costumbre contra ley* en la aplicación del artículo 6.º del Código civil por otra del Tribunal Supremo, seguida por todos los demás de España.»

No puede hablarse de una costumbre contra ley, al consagrar la Jurisprudencia los principios generales del Derecho, pues lo único que aquélla hace y puede hacer es testimoniar la certeza del principio que invocan las partes o que aplica el propio Tribunal, que no lo ha in-

17 de julio de 1945 y los Decretos de 21 de junio y 27 de agosto de 1946, con tanta o más razón se ha de tener presente esta doctrina y, en consecuencia, se han de revisar los precios de expropiación forzosa desde 1931 a 1954, cuando ha disminuído sensiblemente el valor adquisitivo de la moneda, sin hacer aprecio de la plusvalía obtenida por la finca, base de los precios controvertidos, en razón a otras circunstancias motivadas a haber sido ocupada la finca, con destino a las obras proyectadas.»

(29) «Las creaciones de la Jurisprudencia surgen con ocasión de decisiones particulares y en torno a las leyes, costumbres y principios de Derecho que a través de dichas decisiones se *interpretan* y aplican», dice CASTÁN en *La formulación judicial del Derecho y el arbitrio de equidad*, 1953, pág. 17.

(30) 1943, pág. 40.

ventado o proclamado por primera vez, pues en ocasiones figuran los principios de Derecho concretados o articulados en normas dictadas incluso en forma de la ley (Declaraciones de Derecho) o por el Poder Ejecutivo (el Fuero del Trabajo), o en puntos programáticos de los partidos dominantes; aunque esto último a nuestro modo de ver es peligroso aceptar, máxime si pretende derogar Derecho escrito y aun consuetudinario.

Entonces es lógico acudir a la Jurisprudencia como fuente lumínica que descubra o alumbre el Derecho embozado (31), sin que para su consagración sea indispensable la reiteración de sentencias.

Cierto que ha habido sentencias del Tribunal Supremo, por ejemplo, la del 13 de octubre de 1894, que consideraba que cuando dos sentencias seguidas aceptaban un principio de Derecho, había de ser reconocido por los Tribunales en general. En realidad en este caso aparece no el principio de Derecho como norma objetiva de Derecho, sino la Jurisprudencia; pero se dirá, la Jurisprudencia no es fuente de Derecho en cuanto a su arbitrario juzga, sino porque recoge los principios generales del Derecho, y para saber cuáles son estos necesitamos un órgano que nos los defina o autentique, como el Supremo, pero entonces no es preciso reiterada Jurisprudencia, ni siquiera dos sentencias, bastando una. Sin embargo, tampoco puede obligar a un juez inferior, ni tomar como base legítima del recurso de casación, cuando él descubre otros principios del Derecho más justos y asequibles o inspirados en el Derecho tradicional o extranjero que influyó en el vigente Ordenamiento jurídico nacional.

(31) Criterio seguido por la doctrina de la jurisprudencia de intereses. RÜMELIN: *Die Gerechtigkeit*, cita los Decretos de la U. R. S. S. de 24 de noviembre y de 17 y 21 de febrero de 1918, según los cuales las antiguas leyes habían de ser aplicadas solamente en tanto no se apartaran del sentido revolucionario o socialista.

Siendo ministro de Trabajo el señor Girón, en su discurso pronunciado el 27 de enero de 1943, clausurando un cursillo de formación social para delegados provinciales de Trabajo, aceptaba los principios del Fuero del Trabajo como fuente subsidiaria de Derecho, en estas palabras: «El Fuero del Trabajo, orden general de servicio y carta doctrinal de nuestra legislación social, debe ser para todos la fuente a que se ha de acudir cuando una insuficiencia legal haga difícil la decisión. El nos señala como una de sus primordiales consignas «la elevación del nivel de vida de los trabajadores». Toda solución dudosa—siempre que su trascendencia no aconseje la consulta—debe interpretarse en el sentido favorable para la economía más débil. Fijaos bien que estamos en plena etapa de avance, no es una estabilización definitiva que signifique nuestra meta y que es misión nuestra preparar en esta forma el terreno a nuevas leyes más justas. Hay que entender las leyes beneficiosas con amplitud.»

Si el juez acepta un principio del Derecho, no lo hará siempre porque lo adoptara la Jurisprudencia, sino de acuerdo con la doctrina de los juristas y a veces en contraposición a la Jurisprudencia. De suerte que implícitamente, aun cuando no se autorice el Derecho libre del juez, si no existe ley aplicable a un caso concreto, le queda un margen bastante amplio al Juez para juzgar lo que es principio del Derecho; porque si hay dos principios distintos que informan la legislación en una materia o en uno de sus especiales aspectos tiene ya que realizar un acto libre, no discrecional, en cuanto crea el Derecho, pero sí de apreciación del principio en cuanto puede optar por uno u otro.

Obrará libremente procurando buscar el principio que le parezca más justo o equitativo.

El artículo 6.º del Código civil es aplicable en defecto de ley o de normas escritas en las relaciones administrativas. Se aplicará por repercusión de dicho precepto, si tampoco hay costumbre administrativa, los principios generales de Derecho administrativo, en atención a lo que dice el artículo 16 del Código, por el que suplen sus disposiciones las deficiencias en materia que se rijan por leyes especiales. Por ejemplo, si en el ordenamiento jurídico, tanto escrito como consuetudinario, de los funcionarios públicos, que entre los detalles o trámites previstos en la formación de expedientes para su destitución, no se hace mención a la audiencia del inculcado, se tendrá en cuenta el principio de Derecho de «que nadie debe ser juzgado sin ser oído», aparte de que si hay tradicionales precedentes por los cuales se ha exigido la audiencia del encartado, se les tendrá en cuenta también como costumbre o práctica administrativa inmemorial.

D) Se contempla también al órgano judicial, no como creador del Derecho, sino atribuido con libertad para juzgar el caso no reglado cuando la propia ley lo permite, sin que ello suponga la sujeción del juez inferior a la doctrina jurisprudencial del superior, ni del juez que enjuicie posteriormente a las sentencias pronunciadas anteriormente por el de igual categoría.

Es el caso en que se permite juzgar, mejor diremos apreciar la oportunidad por los Tribunales Contencioso-administrativos de los actos administrativos por desviación de poder, que hasta cierto punto quiebra la doctrina de la separación de Poderes, en cuanto se confía al Poder judicial facultades que en esencia son funciones administrativas; es

también el caso del juez a quien se le confiere unas facultades para enjuiciar pugnans o litigios en razón de equidad, así el de la Magistratura del Trabajo en materia de despido, sobre todo de indemnización por tal despido, o el del juez civil, si se produce de perturbación de hecho o de derecho en vivienda o en local de negocio arrendado que realice el arrendador, al fijar la indemnización, haya o no resolución del contrato, al inquilino u arrendatario perjudicado (art. 115, caso 1.º y 116, regla 1.ª, de la Ley de Arrendamientos urbanos de 13 de abril de 1956).

BUCARETTI DI RUFA (32) destaca este aspecto en el Derecho italiano, cuando advierte que el juez es llamado a estatuir por vía de equidad, creando con su sentencia la norma que viene él mismo después a aplicar en los hechos que se le presentan a su examen; así, por ejemplo, en la Italia fascista se solía citar las nuevas normas en orden a un contrato colectivo—de trabajo—reconocido no bastante idóneo a regular las relaciones inherentes a la variada situación de hecho que descubren las contrapuestas asociaciones sindicales que lo habían estipulado, pero que se encuentran en desacuerdo sobre los términos de su interpretación y educación.

E) Aparte de la propensión de los jueces a admitir la Jurisprudencia del Tribunal Superior como artículo de fe y que promueven los propios abogados con su invocación, con su fetichismo respecto de la función judicial del Supremo que podemos llamar jurisprudencialismo, existe en lo contencioso-administrativo un motivo a que esa propensión sea obligada, y es en virtud de lo dispuesto en el artículo 102, apartado b), de la nueva Ley que regula aquella jurisdicción, en el que se admite el recurso de revisión cuando las Salas de lo Contencioso-administrativo hubieran dictado resoluciones contrarias entre sí, respecto a los mismos litigantes u otros distintos en igual situación, acerca del propio objeto y en fuerza de idénticos fundamentos.

En las Leyes anteriores, tanto en la de 22 de junio de 1894 (artículo 79, núm. 2.º), como en el texto refundido de 8 de febrero de 1952 (art. 87, núm. 2.º), no se admitía el recurso de revisión respecto de distintos litigantes en igual situación, como no se admite para ningún caso en el Título XXII, Libro II, de la Ley de Enjuiciamiento civil que trata del recurso de revisión en el Ordenamiento jurídico-privado.

En una monografía que hemos redactado y que hemos dado a la

(32) *Lo Stato democratico moderno nella doctrina e nella legislazione costituzionale*, 1941, pág. 184.

estereotipia, intitulada «Teoría y práctica de la jurisdicción contencioso-administrativa» (33), decimos respecto a la innovación de las personas que pueden interponer el recurso de revisión introducido en el enunciado del artículo 102 de la Ley, lo siguiente: «Se introduce en el apartado b), respecto del texto análogo de la Ley de lo Contencioso-administrativo de 1952, el derecho a recurrir en revisión a otros litigantes, cuando se hubieran dictado resoluciones—se refiere a sentencias el párrafo 1.º del mentado artículo 102—, contrarias entre sí, con lo cual si no se restringe tal derecho paralizaría la evolución de la Jurisprudencia en los casos dudosos hacia una más moderna técnica jurídica ante el temor de los Tribunales de que sean sus sentencias revocadas» (34).

Una sentencia dada en un cierto sentido obliga ya al propio Tribunal en que se pronunció, lo cual equivale atribuir a cada una las características de fuente objetiva de Derecho.

Lo ilógico de esta innovación no es ya el que quebranta el principio de la separación de funciones, sino que puede amparar la hermenéutica errónea de una ley, al seguir los Tribunales contenciosos una interpretación equivocada o contra los principios de Derecho, que al fin y a la postre son fuente normativa jurídica subsidiaria, obligando a los Tribunales en sucesivos planteamientos litigiosos idénticos a la sentencia equivocada a seguir su criterio, y ante esta coyuntura qué poco pueden hacer los votos minoritarios de los magistrados discrepantes, los que, no sólo están obligados a firmar el fallo, pese a su discrepancia, lo que ironiza PÉREZ SERRANO (35) al tener que acudir a la ficción de la

(33) 1960, pág. 188.

(34) «Para obviar la inseguridad jurídica de las sentencias firmes—sostenemos en el trabajo aludido—, el Derecho a recurrir en el plazo de un mes, como luego veremos, se entenderá a partir de la notificación de la sentencia a los contendientes, de suerte que tratándose de otros litigantes, si la correlativa sentencia se notificó hacia más de un mes, se entenderá caducado el recurso de revisión, o a lo más habría que entenderlo a partir del mes en que se publicó la posterior en estrados, a fin de corregir el estado de inestabilidad o inseguridad jurídica de la Administración que viene amenazada, transcurrido tiempo de dictarse una sentencia, con un recurso semejante.

»La Jurisprudencia determinará si se toma el punto de partida para recurrir en revisión distintos contendientes, bien desde la notificación de la primera sentencia, bien desde la publicación de la segunda en estrados, pues no puede concebirse lo sea a partir de la publicación en el «B. O.», que provocaría, su retraso, la expresada inseguridad jurídica.»

(35) *Humoradas, Doloras, Greguerías jurídicas* (§ 68, «Los misteriosos votos reservados»), 1960, pág. 203.

unanimidad, como dispone el artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento civil, sino que puede no ser desvinculado de figurar como ponente, quien otra tesis propugna, de una sentencia que no sabe o no puede redactar en conciencia; si el presidente no lo autoriza (visto lo que dispone el artículo 336, núm. 6 de la Ley de Enjuiciamiento civil) y en la práctica—que es a mi parecer absurda y rutinaria—así sucede, como se dice en una nota al artículo 336, núm. 6, citado en las Leyes civiles de España de Medina y Marañón, que si hay cambio de magistrado encargado de redactar la sentencia, no se hace mención de tal cambio en la misma, la que aparecerá como ponente el que estaba de turno.

Creo que el Tribunal de revisión debe estar autorizado para no revocar la segunda sentencia contradictoria con otra anterior, sobre todo cuando son distintos los litigantes, si entiende que ella es la justamente pronunciada (36).

La Ley no lo autoriza expresamente; pero una interpretación lógica debe permitir hacerlo así, si bien respetando la primera sentencia errónea, en virtud del principio de la santidad de cosa juzgada.

GONZÁLEZ PÉREZ (37), uno de los coautores del anteproyecto ley de lo Contencioso-administrativo no hace especial comentario a la innovación que hemos apuntado y glosado. Se limita a reproducir sentencias de interpretación restrictiva del texto sobre el recurso de revisión incorporado a la Ley enunciada de 1894.

La Sala de Revisión del Tribunal Supremo (sentencia 19 febrero 1959) interpreta el nuevo texto de la Ley de lo Contencioso restrictivamente en estos dos extremos: el *propio objeto*, no bastando la analogía y la similitud, y la *identidad de fundamento*, requiriendo entonces la identidad de textos legales en qué fundarse la revisión.

F) El juez no está sometido a los actos de la Administración, empero sí lo está a las decisiones o disposiciones de carácter general, en cuanto son, desde el punto de vista objetivo y material, ley, es decir, está subordinado al Reglamento, *secundum* o *praeter legem*.

(36) Como dice don José CASTÁN en su discurso de apertura de los Tribunales, celebrada el 15 de septiembre de 1953, intitulado «La formulación judicial del Derecho y el arbitrio de equidad» (nota 2 a la pág. 17), «hay que reconocer la posibilidad de que el Tribunal Supremo modifique su propia doctrina cuando la estime equivocada o extremadamente rigurosa». Cita, en este sentido, las sentencias de 21 de abril y 12 de junio de 1926.

(37) *Derecho procesal administrativo*, tit. III, 1958, págs. 250-51.

En este sentido puede decirse que el juez no está sometido más que a la Ley (38), y aún sería mejor decir, no está sometido sino al Derecho objetivo, a la norma jurídica (Ley, Reglamento, costumbre, principios generales de Derecho) (39).

Como dice LEGAZ LACAMBRA (40): «El Poder ejecutivo no tiene nada que decir o hacer en relación con el Poder judicial como tal; aquí radica la seguridad de la libertad del ciudadano, la cual está asegurada y garantizada por la Ley, mientras que podía ser amenazada o perturbada en cualquier momento por obra de un Poder ejecutivo que tuviera una influencia directa sobre la obra y la actividad de los órganos judiciales sujetos únicamente a la Ley, y por ello, independiente al Poder judicial, no puede legislar sino tan sólo aplicar la Ley.»

El artículo 2.º de la Ley Orgánica del Poder judicial atribuye exclusivamente a los jueces y Tribunales de Justicia la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, y ante la infracción de la Ley se admite respectivamente el recurso de casación (art. 691 de la Ley de Enjuiciamiento civil y 847 de la Ley de Enjuiciamiento criminal). El artículo 1.891, número 1, de la Ley de Enjuiciamiento civil agrega, en disyuntiva, la infracción de doctrina legal, que no puede tener otro fundamento que infracción de la costumbre o principios generales de Derecho. Así se desvanece el escrúpulo jurídico de LEGAZ LACAMBRA (41).

(38) La Constitución republicana de 1931 proclamaba la independencia de los jueces y agregaba: «Sólo estarían sometidas a la Ley.» V. PÉREZ SERRANO: *La Constitución española*, pág. 287. Sobre la primacía de la Ley, confróntese DEL VECCHIO: *Filosofía del Derecho*, ed. esp., 1947, pág. 435.

(39) A este respecto me remito a la teoría general del Reglamento que desarrollé en mi libro *Teoría general de las fuentes del Derecho*, 1925, parte segunda, págs. 118 y siguientes, y *Tratado general de Derecho administrativo*, 1958, cap. XII, págs. 214 y sgs.

(40) Ob: cit., pág. 380.

(41) Este arguye: «Le han señalado la circunstancia de que la actividad de nuestro Tribunal Supremo es «anticonstitucional» e «ilegal»; anticonstitucional, porque en un arreglo a todos los proyectos constitucionales históricos, los Tribunales—incluido, naturalmente, el Tribunal Supremo—no tenían más misión que apelar a la ley; sin embargo, el artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento civil dice «que el recurso de casación puede fundarse en infracción de la Ley o de doctrina legal», precepto notoriamente inconstitucional, puesto que la Constitución señalaba como misión de los Tribunales aplicar las leyes, pero no las doctrinas. Y el artículo 1.692 de dicha Ley distingue claramente entre interpretación y aplicación indebida; ahora bien, los textos constitucionales tan sólo hablaban de aplicación de la ley. Si se añade a esto que el artículo 6.º del Código civil no menciona a la jurisprudencia como fuente de Derecho, había que buscar otro fundamento para el hecho indiscutible de que los jueces y Tribunales y los abogados presten respeto y acatamiento a la doctrina del Tribunal Supremo, a pesar

2. *Garantías jurídicas de los administrados frente al Poder ejecutivo.*

A) El Poder judicial, que ejerce las funciones jurisdiccionales primordialmente, examina y controla, como una facultad y aun como un deber, a la Administración, que es el Poder ejecutivo en cuanto administra, no gobierna—los actos políticos del Gobierno están excluidos de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 2.º, apartado *b*), Ley de lo contencioso-administrativo de 27 de septiembre de 1956), salvo en lo concerniente a la determinación de las indemnizaciones que fueran precedentes como consecuencia de dichos actos (42)—y en cuanto ejercita la potestad reglamentaria contrariando las leyes fundamentales (43) u ordinarias, a instancia de las Corporaciones o entidades que defiendan los intereses de sus incorporados o asociados, o de cualquier persona interesada si se aplica directamente o mediante acto administrativo la disposición general de la Administración (art. 39, Ley citada).

La Administración debe respetar la normatividad jurídico-administrativa y sus propios actos creadores de situaciones jurídicas subjetivas, siempre que estos actos estén dentro de la Ley en un sentido material, en la que se comprenden lo mismo los preceptos de carácter general dimanados de la propia Administración que los del Parlamento—leyes formales—, que las leyes fundamentales o del Poder constituyente, pues en otro caso tiene que declarar tales actos lesivos e impugnarlos jurisdiccionalmente (art. 56, 57, núm. 4, y 58, núm. 5, Ley de la J. C. A.).

Deben respetarse, pues, el Derecho objetivo y todos los actos administrativos susceptibles de crear derechos subjetivos; y al efecto se instituye un procedimiento contencioso que garantiza la sustantividad del

de la expresa disposición legal.» LECAZ LACAMBRA: *Introducción a la ciencia del Derecho*, ed. cit., págs. 380 y 381. Vid. ORBANEJA: *Derecho procesal*, t. II, 1951, págs. 373-74. PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, t. I, 1955, § 29, pág. 95. J. B. HERZOG: *Le Droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne*, Toulouse, 1942.

(42) No están los gobernantes, incluso los ministros, sustraídos al control judicial al incurrir en contravenciones penales (art. 46 Ley Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957). Sobre los actos políticos del Gobierno incontrolables jurisdiccionalmente, V. SÁNCHEZ ACESTA: *Concepto jurídico del acto político* («Homenaje a don Nicolás Pérez Serrano», t. I, 1951, págs. 188 y 189).

(43) V. ZANOBINI: *La potestà regolamentare e le norme della Costituzione*, en «Rivista trimestrale di Diritto pubblico», 1951.

Derecho administrativo y muy especialmente la intangibilidad de los derechos subjetivos de los administrados que, al amparo del aludido Derecho normativo u objetivo, posean, gocen o disfruten; en suma, se instituyen las garantías jurídico administrativas.

En un Estado de Derecho, tiene esto mucha importancia porque la Administración no carece de control, se somete como un particular a las normas del Estado, que pueden incluso dimanar de la propia Administración, en el ejercicio de su potestad reglamentaria, de su libertad para dictarlas (44). Debe, pues, la Administración autolimitarse, controlarse por sus propios órganos, por los mismos que dictaron el acto administrativo antijurídico, mediante el recurso de reposición, o por otros superiores, mediante el recurso jerárquico; en suma, del recurso administrativo.

Empero, la Administración es o debe ser también controlada en su actividad irregular por la jurisdicción, otra faceta del Estado.

Mirando a éste—síntesis política—puede hablarse también de autolimitación, en cuanto a sus facetas, no.

Entonces debemos de partir de la doctrina de la separación de Poderes como garantía de la libertad (45), o si se quiere de las funciones; pero no decimos división de Poderes, pues no se trata de un problema de división de trabajo o simple especialización (46), lo cual se revela también en los Estados autoritarios.

Debemos examinar (47) de qué manera la Administración ha de ser sometida a una jurisdicción, sea especial, sea ordinaria, pero siempre a una jurisdicción, amén de que pueda revisar sus propios actos, no sólo por vicio de legitimidad, sino de mérito o de tutela del interés público en vía jerárquica mediante auto-control administrativo (48), pues

(44) Vid. LEON MAIRIE: *Le Droit positif et la juridiction administrative*, I, 1903, Sección VIII.

(45) CASTÁN: *Poder judicial en independencia judicial*, 1951, pág. 11. RUIZ DEL CASTILLO: *Manual de Derecho político*, 1959, pág. 144. DEL VECCHIO: Ob. cit., págs. 430 y 446.

(46) ARTUR: *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, 1905.

(47) RUIZ DEL CASTILLO: *El principio de la separación de Poderes*, en «Anales de la Academia de Ciencias Morales y Políticas», pág. 24. JIMÉNEZ ASEÑO: *Organización judicial española*, 1952, pág. 7.

(48) Cfr. SANTI ROMANO: *Le giurisdizioni speciali amministrative*, en el «Primo Trattato di Diritto amministrativo italiano», de ORLANDO, vol. II; RAGNISCO: *Della giustizia nella pubblica amministrazione*, 1936, pág. 247. SAYEQUÉS LASO: *Tratado de Derecho administrativo*, t. II, 1959, págs. 507, 509 y 517.

como dice MONTESQUIEU (49): «No hay libertad si el poder de juzgar no está separado del Poder legislativo y del Poder ejecutivo... Si el Poder judicial está unido al ejecutivo, el juez tendría la fuerza de opresor.»

B) El postulado del Estado de Derecho—*Rechtsstaat, état de droit, stato di diritto*—afecta al Poder derivado de la ley fundamental, y ésta emanada de un Alto Organismo—Poder constituyente—, instituido por el Cuerpo electoral, Poder orgánico o corporativo, más que gregario o de masas (demagógico, tiránico, como dice JENNINGS) (50). Puede derivar también de la ley, si ésta dimana de un dictador o de un déspota. El concepto de Estado de Derecho entraña: 1.º, responsabilidad de todos los poderes públicos conforme a la ley, incluso el Poder legislativo, respecto de la Ley constitucional; y 2.º, garantía jurídica de ciertos derechos fundamentales.

La teoría de la división de las funciones entre los Poderes legislativo, ejecutivo y judicial, lejos de pereclitar, recobra vigor en las modernas doctrinas (51) y Constituciones, pues constituye elemento esencial del Estado de Derecho, no sólo según las prescripciones de la vieja Constitución de los Estados Unidos aún vigente, sino en Leyes fundamentales tan recientes como «das Bonner Grundgestz» de la República Federal de Alemania Occidental.

Si el Poder ejecutivo se extralimitase en sus funciones la existencia del Poder judicial independiente constituiría el medio más eficaz de limitación de aquél (52), y si no tiene éste, el judicial, facultades para juzgar las leyes inconstitucionales como en Estados Unidos—aunque mejor es atribuirlo a un órgano especial mixto de otros dos Poderes, de garantías constitucionales—debe tenerlas para juzgar las disposiciones generales contrarias a las leyes o actos emanados del Parlamento, como ahora en España, a fin de orillar golpes de Estado y movimientos revo-

(49) *The Law and the Constitution*, 3.ª ed., 1948, págs. 47-49.

(50) *The Law and the Constitution*, 3.ª ed., 1948, págs. 47-49.

(51) THOMAS ÜBER: *Wesen und Erscheinung der modernen Demokratie* (1948). ERNEST VON HIPPEL: *Gewaltenteilung im modernen Staate* (1949). SCHWARR, LIEBERMAN WAHLENDORF: *Struktur und Funktion der sogenannten Zweiten Kammer. Eine Studie zu Probleme der Gewaltenteilung* (1958). Vid. sobre control de la Suprema Sala de Justicia sobre el Tribunal fiscal administrativo; FRAGA: *Derecho administrativo*, 1958, pág. 512.

(52) DUVERGER: *Droit Constitutionnel et Institutions politiques*, 1956, pág. 214. G. VETEL: *Droit Administratif*, 1958, cap. I, págs. 35 y sigs.

lucionarios como el acaecido en nuestro país, frente a las Cortes demagógicas de la última República, violadoras de derechos individuales o quebrantadoras de las leyes fundamentales estatales.

RETORTILLO BAQUER (53), justifica el nacimiento del recurso por exceso de Poder «como producto de la aplicación de aquel mismo postulado de la separación de Poderes, estructurado como garantía de la tripartición de Montesquieu cuando ésta incólume todavía doctrinalmente, existía en todo su vigor aplicativo: no se busca, pues, sino el mantener determinados los límites y definido el ámbito de cada uno de los Poderes del Estado. La consagración legal del exceso de Poder surge, por lo tanto, como propia y verdadera sanción jurídica de la división de aquéllos y como violación de la norma constitucional que tal revisión reconoce y afirma».

El mismo estado español del Movimiento Nacional reconoce jurídicamente la necesidad de limitar el Poder administrativo (54), o mejor diremos a la Administración, faceta del Poder ejecutivo, en la Exposición de motivos de la Ley de 27 de diciembre de 1956 (arts. 7, núms. 3 y 39)—consagrando el principio de legalidad al poder impugnar la ilegalidad de los reglamentos, las corporaciones y personas jurídicas representativas de intereses—, y así consigna: «la necesidad de una jurisdicción contencioso-administrativa eficaz, trasciende de la órbita de lo individual y alcanza el ámbito colectivo. Porque las infracciones administrativas se muestran realmente no tan sólo como una lesión de las situaciones de los administrados, sino como entorpecimiento a la buena y recta administración. Y de ahí la certeza del aserto de que cuando la jurisdicción contencioso-administrativa anula los actos ilegítimos de la Administración, no sólo no menoscaba su prestigio y eficacia, sino que, por el contrario coopera al mejor desenvolvimiento de las funciones administrativas y afirma y cimenta la Autoridad pública».

3. *Impugnación de las normas generales de la Administración.*

A) El Poder judicial, en el ejercicio de su función, vela por el

(53) *El exceso de poder como vicio del acto administrativo*, en esta REVISTA, 1957, núm. 23, pág. 90.

(54) HENRI CHADON: *Le pouvoir administratif*, 1911. Vid. la distinción entre el Poder político y el Poder administrativo, como supremacía del primero (Soviet Supremo y Presidium) sobre el segundo (Consejo de Ministros), en DUVERGER: *Droit constitutionnel et institutions politiques*, pág. 352.

vigor de la ley y el rango de las disposiciones de carácter general cuando son infringidas por el Poder ejecutivo, consagrando el principio del orden jerárquico de las normas preestablecidas en el artículo 17 del Fuero de los españoles (55), que proclama la seguridad jurídica de los españoles, incluso, pues, contra el ejercicio arbitrario de la potestad reglamentaria de la Administración, ordenando el rango jurídico de las disposiciones administrativas de carácter general, el artículo 23, número 2, de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957 de esta suerte: 1.º, Decretos; 2.º, Ordenes acordadas por las Comisiones delegadas del Gobierno; 3.º, Ordenes ministeriales; 4.º, disposiciones de Autoridades y Organismos inferiores, según el orden de su respectiva jerarquía, pudiendo comprenderse en éstas las de la Administración local y las de la institucional; vedando el artículo 23, número 1, de dicha Ley la vulneración por disposición administrativa de preceptos de otras de grado superior.

El principio de la impugnación de las disposiciones de inferior categoría a la ley se formula en el artículo 1.º del texto legal de lo contencioso-administrativo de 1956, siendo ejercitable ante esta jurisdicción, y se desarrolla o desdobra en el artículo 39 de la misma así: a) impugnación general o directa de tales disposiciones de la Administración central, de la local y de la institucional (56); y b) impugnación indirecta al dictarse el acto concreto que se produjera en aplicación de la misma, fundado en que tales disposiciones no son conforme a Derecho.

La impugnación directa de las disposiciones de carácter general—no

(55) Vid. CASTÁN: *Preceptiva filosófica jurídica del pensamiento contemporáneo y de la Ley fundamental española de 17 de mayo de 1958*. Discurso en la apertura de los Tribunales de 15 de septiembre de 1958, pág. 66.

(56) En el artículo 15, núm. 1, de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 20 de julio de 1957, se fija la jerarquía de las disposiciones «administrativas» de carácter general. En el número 2 se dice que ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra superior, declarándolas nulas de pleno derecho al artículo 20. ¿No rezan estos preceptos para las disposiciones civiles? Reproduce dicho artículo 15, núm. 1, el 23 del texto refundido de la Ley de Régimen de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, y prohíbe el artículo 26 a la Administración dictar disposiciones contrarias a las leyes y regular, salvo autorización expresa de una ley, las materias que sean de la competencia de las Cortes, sin discriminar disposiciones civiles y administrativas, si bien el 28 sólo declara nulas de pleno derecho—por lo tanto con efecto retroactivo (XXIII)—a las disposiciones administrativas que infrinjan las anteriores de la propia Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

de los actos administrativos generales no normativos (57), o las disposiciones que hubiesen de ser cumplidas por los administrados directamente sin previo acto administrativo concreto—sólo puede hacerse en vía contencioso-administrativa por las Corporaciones e Instituciones de Derecho público y cuantas Entidades representen intereses de carácter general o corporativo que afecten a los incorporados o asociados (58).

La impugnación puede extenderse a las circulares que contengan normas reglamentarias ilegales que no sean mera aclaración, recordación o reiteración de disposiciones generales (59), en suma, a puras instrucciones internas o burocráticas, como las disposiciones o reglamentos que organizan, no sólo servicios, sino también departamentos u oficinas, sin que puedan realizarla los afectados por los reajustes de plantillas, si sus derechos subjetivos son respetados o debidamente sustituidos (60).

B) La impugnación indirecta de los reglamentos y disposiciones generales era admisible en la Ley de 22 de junio de 1894 en su artículo 3.º (igual al artículo del texto refundido de 8 de febrero de 1952), así expresado: «El recurso contencioso-administrativo podrá interponerse de igual modo contra resoluciones de la Administración que lesionen derechos particulares establecidos o reconocido por una Ley, cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general, si con ésta se infringe la Ley en la cual se originaron aquellos derechos.»

(57) V. SANDULLI: *Sugli atti amministrative generale a contenuto non normativo*, en «Scritti giuridici in memoria de V. E. Orlando», 1957, págs. 447 y sigs.

(58) Art. 28, Ley de lo Contencioso-administrativo.

(59) En este sentido vid. ORTIZ DÍAZ: *Las circulares, instrucciones y medidas de orden interior ante el recurso por exceso de poder en la jurisprudencia de Estado francés*, en esta REVISTA, núm. 24, se.-dic., 1957, pág. 355. CONS. GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, 1958, págs. 244-45.

(60) En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1958, cuyo primer considerando dice: «Que el recurso interpuesto contra el Decreto de 5 de abril de 1955, por el que se crea el Gabinete Técnico para la realización de obras de arquitectura del conjunto de las de los Nuevos Ministerios, publicado en el «Boletín Oficial del Estado» el 15 siguiente, es una disposición de carácter general, contra la cual sólo puede ser impugnada, de conformidad con el artículo 23, apartado b), de la Ley sobre la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956, por las entidades que ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, como serían los Colegios Oficiales de Arquitectos; y está acreditado en autos que si el de Madrid interpuso en tiempo y forma el recurso contencioso-administrativo contra la mentada disposición; desistió del mismo por su representación en escrito de 23 de enero de 1957.»

La jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal venía requiriendo que, en el escrito interponiendo el recurso contra el acto administrativo y en el que se reclamara el expediente de la oficina en que se hallare, manifestando el domicilio del actor o de su representante para oír las notificaciones (arts. 33 de dicha Ley, 32 del texto refundido de 8 de febrero de 1952 y 264 del Reglamento de 2 de junio de 1894), se suplicase la revocación de acto administrativo y la declaración de ilegalidad de la disposición reglamentaria aplicable al caso concreto, por la Jurisdicción contencioso-administrativa (61).

Nosotros entendíamos que bastaba aludir a la revocación del acto administrativo en los fundamentos de Derecho y el que se pidiera la nulidad de la disposición ilegal en el súplico de la demanda, que es donde con claridad debía de formularse la pretensión que se dedujese (art. 40 de la Ley de lo contencioso, texto refundido de 1952).

El texto refundido de la Ley de lo Contencioso-administrativo de 8 de febrero de 1952, en el aludido artículo 3.º agregaba que: «podrá interponerse el mismo recurso del contencioso-administrativo contra ordenes y reglamentos municipales, una vez que tengan carácter ejecutivo».

Este texto era transcripción del artículo 386, número 2 de la Ley de Régimen local de 16 de diciembre de 1950 (62), que es natural se hubiera incorporado al texto refundido de la Ley sobre la jurisdicción contencioso-administrativa.

La impugnación de un Reglamento ilegal podía ya impugnarse en virtud de lo dispuesto en el artículo 253, número 2, del Estatuto municipal de 8 de marzo de 1924, en cuanto era producto de un acuerdo de la Corporación municipal que infringiese una disposición administra-

(61) GARRIDO FALLA: *La impugnación de resoluciones administrativas de carácter general*, en esta REVISTA, núm. 6, sept.-oct. 1951, págs. 253-57, critica no sólo que exigiese la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para hacer viable el recurso, el suplicar en el escrito del recurso, además de la anulación del acto administrativo, la declaración de ilegalidad al caso concreto de la norma en que se basa, y refuerza el argumento invocando el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder judicial, que prohíbe a los jueces, magistrados y Tribunales aplicar reglamentos generales y locales y otras disposiciones de cualquier clase que sean, que estén en desacuerdo con las leyes. Vid. del mismo autor *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, 1958, pág. 243.

(62) CONS. CLAVERO ARÉVALO: *El recurso contencioso-administrativo contra reglamentos y ordenanzas en la nueva Ley de Régimen local*, sep. de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1951.

tiva con fuerza legal, cuya observancia pudiese cualquier vecino o Corporación, aunque no hubiesen sido agraviados individualmente en su derecho, lo que en esencia reprodujo el artículo 223, apartado b), número 1, de la Ley municipal de 31 de octubre de 1935.

Asimismo, eran desde 1924, y son impugnables ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, las Ordenanzas de Arbitrios municipales—y las de Arbitrios provinciales desde 1925—que contraviniesen las leyes (art. 323 del Estatuto municipal; art. 217, apartado b), Estatuto provincial; art. 272, Decreto 25 de enero de 1946; art. 726, párrafo 1.º, Ley de Régimen local, texto refundido de 24 de junio de 1955).

C) No debe admitirse el recurso contra disposición general, sin más que el recurrente advierta, apoyado en el artículo 39, número 3, de la Ley, que es de aplicación directa, al socaire del artículo 62, apartado b), por el que sólo se admitirá tal recurso cuando no constare de modo inequívoco y manifiesto excluido de la reclamación directa.

4. *El Poder judicial salvaguarda de la seguridad personal frente a las autoridades gubernativas.*

A) El Poder judicial garantiza la seguridad y libertad personal en un régimen de Derecho y de legalidad (63).

El artículo 18 del Fuero de los españoles expresa en su párrafo 1.º que «ningún español podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que prescriben las Leyes».

La autoridad gubernativa puede detener a una persona, según reza en el párrafo 2.º de dicho artículo, pero a las 72 horas tiene que ser puesta en libertad o entregada a la autoridad judicial.

La Ley de Orden público de 30 de julio de 1959, desarrolló el artículo 18 del Fuero de los españoles, respetando la supremacía judicial en el control de la libertad personal.

Dice el artículo 12 de la aludida Ley: «La autoridad gubernativa o sus Agentes podrán detener a quienes cometan o intenten cometer cualquier de los actos contrarios al orden público, y a quienes desobedecie-

(63) ORLANDO: *Principii di Diritto amministrativo*, 1915, págs. 349 y sigs. *Teoria giuridica delle garantigue della libertà en Brunialti*, «Scelle delle collezione delle piu importante opere moderne italiane e straniere», en *Scienze politique*, 1890, pág. 190.

ran las órdenes que les diera directamente la Autoridad o sus agentes en relación con dichos actos.

Los detenidos serán puestos en libertad o entregados a la Autoridad judicial en el plazo de 72 horas.»

Sufre una excepción dicho artículo por el 23, número 2.º, de la propia Ley que dispone: «Si el inculcado—tratándose de infractor habitual o estuviera conceptuado como peligroso para el orden público, o que por su conducta suponga una amenaza notoria para la convivencia social—, sea cual fuere la cuantía de la sanción impuesta, careciese de arraigo en el lugar o de solvencia conocida, la Autoridad gubernativa podrá disponer su detención mientras no haga efectiva la multa o no preste caución suficiente, a juicio de aquélla por plazo no superior a 30 días, que le será de abono para el cumplimiento del arresto supletorio.»

Esta atribución exorbitante de la Autoridad gubernativa conferida por Ley, está atemperada a lo que autoriza el artículo 18 del Fuero de los españoles—la detención en la forma prescrita por las Leyes—.

La Autoridad de policía una vez firme la multa que impusiera, si no estuviera abonada puede disponer el arresto supletorio del infractor hasta 30 días, o bien enviar al Juzgado competente copia auténtica de la resolución, para que proceda a su exacción por la vía de apremio o, en su caso, a la declaración de insolvencia total o parcial del multado, o imposición de arresto supletorio correspondiente, que no podrá exceder de 30 días.

Esta Ley atribuye a las autoridades del Poder ejecutivo el limitar la libertad personal (64), lo cual no es nuevo porque ya las leyes de Orden público de 28 de julio de 1933 (art. 16) y de Contrabando y Defraudación imponen en caso de insolvencia como pena subsidiaria la privación de la libertad; en la Ley de Contrabando de 14 de enero de 1929, hasta un máximo de dos años, en la vigente de 11 de septiembre de 1953 (art. 22, núm. 4), hasta cuatro años. Sin embargo, según la nueva Ley de Orden público parece que se puede aplicar dicha pena subsidiaria, sin más que el inculcado se niegue al pago de la multa, empero la inter-

(64) Ya dice GARRIDO FALLA: *Los medios de la Policía y la teoría de las sanciones de la Policía*, en esta REVISTA, núm. 28, enero-abril 1959, pág. 47, que, «por lo que se refiere a quién es la autoridad competente para decretar la prisión subsidiaria, se observa en nuestro Derecho positivo un desplazamiento de estas competencias de autoridad judicial a las autoridades gubernativas».

pretación lógica es la de que antes debe decretarse la insolvencia, pues otra hermenéutica presupondría consagrar la arbitrariedad.

De los actos sancionadores de contrabando y defraudación, según la cuantía una vez causado estado en vía gubernativa, se podía recurrir a Los Tribunales ordinarios en virtud de la Ley de 1929, y según la Ley actual se puede interponer recurso contencioso-administrativo (art. 204, núm. 3, 107, núm. 5 y 108 de la Ley).

Se confiere también al gobernador civil la facultad de decretar el arresto sustitutivo de las multas—no solamente por él impuestas, sino por las decretadas por autoridades inferiores (art. 22, Decreto 10 de octubre de 1958).

Si en España no se puede acudir al juez (sistema inglés del *Habeas Corpus*, que recuerda a la garantía de la *firma de manifestación* del Derecho histórico aragonés), para obtener inmediatamente la libertad del privado de ella, por una autoridad o agente gubernativo, se puede ejercitar la acción pública por detención ilegal sancionable en los artículos 184 a 188, ambos inclusive, del Código penal.

La existencia de los Tribunales independientes como dice DUVERGER (65), es un medio muy eficaz de limitación de los gobernantes. El peligro mayor está en la represión de los delitos políticos o semi-políticos, donde más se suele abusar. La independencia de los jueces—continúa diciendo dicho autor—constituyen un elemento esencial de garantía de libertades públicas igual en el control de los arrestos subsidiarios, de multas atribuibles—como vimos—a las autoridades de policía o a los Tribunales administrativos que en las detenciones preventivas que unas y otras practiquen.

B) En nuestra Patria la responsabilidad de orden penal de las autoridades y funcionarios podrá exigirse ante los Tribunales de Justicia competentes. Así lo dispone la Ley de Régimen jurídico de 26 de julio de 1957, en su artículo 44, aun para los ministros; desapareciendo el enjuiciamiento para delitos políticos llevados a efecto con intervención del Poder legislativo, bien acusando el Congreso y juzgando el Senado, como en la Constitución monárquica de 1876 (art. 45), bien acusando el Congreso y juzgando el Tribunal de garantías constitucionales, incluso para el presidente de la República, como en la Constitución republicana de 1931 (arts. 85, 92 y 121, apartado 4), sobreentendiéndose que para

(65) *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 1955, pág. 214.

delitos en el ejercicio del cargo y para los comunes. Así lo interpretaba respecto a la Constitución republicana PÉREZ SERRANO (66).

Según la Ley de Régimen jurídico (art. 46, núm. 1), las acciones u omisiones de los ministros, en el ejercicio de su cargo, que revistan carácter de delito, serán enjuiciadas por el Tribunal Supremo de Justicia en pleno, quien se pronunciará previamente sobre la procedencia de la apertura del sumario (67).

No hay disposición legal o reglamentaria determinando el procedimiento a seguir, por lo que habrá que adaptarse al procedimiento especificado en la Ley de Enjuiciamiento criminal, más creemos indispensable, sin precipitaciones, pero sin demasiado acompasamiento, una regulación procesal al efecto, ya que resultan inadecuadas y arcaicas las disposiciones de dicha Ley si se hace intervenir al Tribunal en pleno para dictar meras providencias de trámite.

III. EL PODER JUDICIAL INDEPENDIENTE EN CUANTO A SU RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA, A SU RESPONSABILIDAD PENAL Y A SU RESPONSABILIDAD CIVIL EXIGIBLE POR LOS PARTICULARES

1. *Responsabilidad de los jueces.*

La responsabilidad de los jueces, incluidos en este término abstracto los magistrados, puede ser: A) disciplinaria; B) penal, y C) civil.

A) *Responsabilidad disciplinaria.*—Una secuela de la independencia

(66) *La Constitución española* (9 diciembre 1931), 1932, págs. 281 y 282.

El artículo 85 decía que «El Presidente de la República es criminalmente responsable de la infracción delictiva», y el 92 disponía: «El Presidente del Consejo y los ministros son también responsables, en el orden civil y en el criminal, por las infracciones de la Constitución y de las leyes.» Vid. PRESANDREI: *Le decisione degli organi della giustizia costituzionale*, en «*Scritti giuridici in memoria de V. E. Orlando*», 1957, pág. 305. ROYO-VILLANOVA: *La Constitución española de 9 de diciembre de 1931*, 1934, págs. 261 y 262, 271-72.

(67) El enjuiciamiento de los subsecretarios, directores generales, gobernadores civiles y autoridades o funcionarios con categoría de jefes superiores de Administración, por supuestos delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos, corresponde a la Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo.

El enjuiciamiento de las demás autoridades y funcionarios civiles de la Administración del Estado compete a las autoridades provinciales.

Cuando sea competente la jurisdicción militar, se regirá por las Leyes que las regulan.

de los jueces es su inamovilidad. La inamovilidad judicial es el privilegio que gozan los funcionarios judiciales en razón a su seguridad de grado en la escala, de destino o cargo y de residencia—dentro del mismo grado o destino—frente a los demás Poderes, y en tanto no incurran en responsabilidad penal o disciplinaria, para cuya exigencia se requieren garantías procedimentales o procesales y enjuiciamiento por la propia Justicia orgánica (68).

El artículo 222 de la Ley Orgánica del Poder judicial define la inamovilidad judicial diciendo que «consiste en el derecho que tienen los jueces y magistrados a no ser destituidos, suspensos, trasladados ni jubilados, sino por las causas, que este título (el IV) se expresan», algunas no muy concretadas, como las figuradas en el artículo 235.

El Reglamento orgánico de la carrera judicial, aprobado por Decreto de 10 de febrero de 1956, declara en el artículo 3.º, reproducción del mismo figurado en el Reglamento de 28 de septiembre de 1951 (69), que los jueces y magistrados son inamovibles y, por consiguiente, sólo podrán ser destituidos, suspensos, trasladados o jubilados con arreglo a las Leyes orgánica y adicional de Poder judicial, disposiciones posteriores con fuerza de Ley o con sujeción a los preceptos del propio Reglamento orgánico.

Sin embargo, los presidentes de las Audiencias Territoriales y Provinciales podrán ser trasladados a otros cargos—se sobreentenderá de igual o mayor categoría—libremente por el Gobierno.

Las correcciones disciplinarias a los jueces y magistrados se impondrán por el propio Poder judicial, según dispone el artículo 732 de la Ley orgánica del Poder judicial, modificada por el 6.º de la Ley de 20 de diciembre de 1952.

La inspección y vigilancia sobre la Administración de justicia ordinaria, compete al presidente del Tribunal Supremo, y bajo la superior jurisdicción del mismo, a los presidentes de las Audiencias Territoriales en el ámbito de sus respectivos territorios, a la que coadyuvan la Inspección Central, integrada por un magistrado con categoría de magistrado del Supremo y cuatro más y un secretario general con categoría de magistrado de término y cinco inspectores generales delegados—magistrados

(68) Vid. CASTÁN: *Poder judicial e independencia judicial*, pág. 29. JIMÉNEZ ASEÑO: *La independencia de la Justicia*, en «Rev. de Derecho procesal», núm. cit., pág. 440.

(69) Se reconocía en el preámbulo del Reglamento orgánico de la Carrera de 1946. V. JIMÉNEZ ASEÑO: *Ob. cit.*, pág. 260.

de ascenso—(arts. 1 y 2 de la Ley de 20 de diciembre de 1952 y 1 y 7 del Reglamento de 11 de diciembre de 1953).

Sin que sea óbice a las facultades procesales de corrección penal atribuidas a jueces y Salas de justicia, la jurisdicción disciplinaria sobre jueces será ejercida por los jueces de primera instancia e instrucción, respecto a los jueces municipales, comarcales y de paz, sin perjuicio de la que se atribuye a los presidentes de Audiencias Territoriales respecto de todos los jueces dentro de su término jurisdiccional (arts. 586 y 732 L. O. del P. J. redactados con arreglo al 6.º de la Ley de 20 de diciembre de 1952); por los presidentes de Audiencias Territoriales y sus Salas de Gobierno, respecto a los jueces de primera instancia e instrucción de su territorio que no tuvieran categoría de magistrados; por el presidente del Tribunal Supremo y su Sala de Gobierno, respecto a los magistrados de toda la Nación, sin perjuicio de las sanciones no superiores de multas que aquél puede imponer a todos los funcionarios judiciales de la Nación (art. 585, núm. 3, de la Ley O. del P. J. en la redacción dada por el 6.º de la Ley de 20 de diciembre de 1952).

Las Salas de Gobierno de las Audiencias y las del Tribunal Supremo se constituirán en Salas de Justicia para ejercer la función disciplinaria.

Además de las facultades que el párrafo 3.º del artículo 228 de la Ley orgánica del Poder judicial otorga a las autoridades de este Orden para suspender previamente en el ejercicio de su cargo a los jueces y magistrados a quienes se les instruye expediente disciplinario, lo podrá hacer personalmente también en los casos que resulte motivo suficiente, los inspectores delegados que instruyan tales expedientes (art. 17 del Reglamento de Inspección de Justicia de 11 de diciembre de 1953).

Don Manuel DE LA PLAZA, en el discurso inaugural de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación del curso 1958-59 dice (70): «... y aun en materia de responsabilidad se ha decidido por confiar su exigencia a los mismos organismos judiciales (*custodes ipsos costodes*) para evitar que por ese portillo de la responsabilidad pueda deslizarse un estímulo de simulada coacción que haga prácticamente ineficaces cuantas medidas se enderecen a poner a salvo el principio constitucional de la inamovilidad de los jueces, y con él el de su independencia funcional». No obstante, ese portillo lo tenía abierto el artículo 224 de la Ley provisio-

(70) *La magistratura en la sociedad española*, 1959, pág. 27.

nal orgánica del Poder judicial, hoy redactado según el texto del artículo 6 de la Ley de 20 de diciembre de 1952, que confiere facultades disciplinarias sobre los jueces y magistrados al Consejo de ministros, si bien oído el Consejo de Estado, en casos de incapacidad, reiteración a) en correcciones disciplinarias judiciales por hechos graves y b) de responsabilidad civil y de conducta viciosa, comportamiento poco honesto y habitual negligencia; consistiendo la sanción nada menos que en destitución.

B) *Responsabilidad penal*.—La responsabilidad criminal de los jueces y magistrados naturalmente no podía ser sustraída a los propios Tribunales de Justicia, con las incompatibilidades para enjuiciar que admite la propia Ley de Enjuiciamiento criminal.

Esta Ley introduce un procedimiento previo para instruir sumarios a un funcionario del orden judicial, cuando se promueva querrela contra el mismo, por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, a fin de evitar el poner en entredicho a los administradores de la Justicia, por personas malquistadas o que fueren objeto de sanciones penales o de condena en juicios civiles o administrativos. Se trata del «antejuicio necesario para exigir la responsabilidad criminal a los jueces y magistrados», así intitulado, registrado y regulado en el Título II del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

Dicho antejuicio en delitos de prevaricación, relativos a sentencias injustas, no podrá promoverse hasta después de terminado por sentencia firme el pleito o causa que diese motivo al procedimiento (art. 758 de la Ley de Enjuiciamiento criminal).

La sanción de una prevaricación impuesta en juicio penal, debiera ser causa de revisión de un proceso y en su consecuencia de responsabilidad patrimonial del Estado, por la deficiente función de la justicia.

En juicio civil se puede promover el recurso de revisión «si la sentencia firme se hubiera ganado injustamente en virtud de cohecho, malicia u otra maquinación fraudulenta» (art. 1.796, núm. 4 de la Ley de Enjuiciamiento civil); pero estas causas de revisión, para la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias 15 febrero 1986, 31 marzo 1932, 2 enero 1934 y 12 julio 1940) se entienden que han de deducirse de hechos ajenos al pleito y cometidos fuera del mismo, no de los alegados y discutidos en él.

La Ley de lo contencioso-administrativo de 27 de diciembre de 1956,

en su artículo 102, apartado f), introduce como causa justa de revisión contra las sentencias firmes, el haber ganado la sentencia injustamente, además de las causas expresadas por prevaricación, que sancionan los artículos 351 a 355 del Código penal.

La responsabilidad del Estado por condena injusta revisada en regla, a causa de prevaricación judicial en responsabilidad extraordinaria, dice VEDEL (71), respecto del Derecho procesal francés, que sólo puede exigirse por un procedimiento muy difícil llamado la *prise a partie*.

C) *Responsabilidad civil*.—Mejor debemos de referirnos a responsabilidad patrimonial, puesto que en uno de los dos casos que exponemos, planteado una litis, entiende la jurisdicción contencioso-administrativa, no la civil.

Dicha responsabilidad patrimonial puede ser exigida: a) por la Administración, o b) por los particulares.

a) Por la Administración. Cuando ésta haya sido condenada por un error judicial, cuyo estudio haremos seguidamente.

Es de aplicar el artículo 42 de la Ley de Régimen jurídico, sobre responsabilidad de las Autoridades y funcionarios del Estado, sin discriminar.

La Administración condenada por error judicial podrá exigir de los funcionarios judiciales la responsabilidad en que hubieren incurrido por culpa o negligencia graves, previa la instrucción del expediente oportuno con audiencia del interesado.

Asimismo, podrá la Administración instruir igual expediente a las Autoridades, funcionarios o agentes judiciales y fiscales, que por culpa o negligencia graves hubieren causado daño o perjuicio en los bienes y derechos del Estado.

El funcionario declarado responsable por la Administración podrá interponer recurso contencioso-administrativo.

No existe un procedimiento especial para la instrucción de estos expedientes de responsabilidad patrimonial. Pero parece lógico que sean instruidos por una autoridad de orden judicial de igual o superior categoría, y dentro de la misma categoría por personas escalafonadas con mayor antigüedad. La resolución debe ser del Consejo de Ministros.

b) Por los particulares. También, según el artículo 43 de la Ley de Régimen jurídico, los particulares podrán exigir a las Autoridades y fun-

(71) *Droit administratif*, I, 1959, pág. 256.

tima de los mismos. En el orden moral, la persona inocente que se ve vilipendiada padece un abatimiento espiritual grande, con efectos patológicos en la persona física, y lo mismo sucede en sus familiares; por otra parte, se le ocasiona un daño material; gastos de juicio, cesación de funcionarios del Orden judicial, cualquiera que sea su categoría, el resarcimiento de los daños y perjuicios que sus bienes y derechos hayan irrogado por culpa o negligencia graves en el ejercicio de sus cargos, una vez que hayan sido objeto de sanción administrativa o penal en el ejercicio de la función propia (art. 4.º de la L. de R. J.).

El procedimiento a seguir no ha de ser el de la Ley de Responsabilidad civil de 5 de abril de 1904, no sólo porque el artículo 1.º de la misma se contrae a los funcionarios civiles del orden gubernativo o administrativo, cualquiera que sea su clase o categoría, sino porque el artículo 45, número 3, de la Ley de Régimen jurídico atribuye la responsabilidad civil de los jueces, magistrados y fiscales con arreglo a su legislación especial, que creemos la constituyan las normas expresadas para exigir la responsabilidad penal, incluso de exigencia del requisito previo del antejuicio, mientras legalmente no se disponga otra cosa: por tanto, rige para la responsabilidad exigida a las autoridades y funcionarios judiciales y fiscales un procedimiento especial, dentro del Poder judicial, económico.

2. Responsabilidad patrimonial del Estado por errores judiciales.

A) Ahora afrontamos otro problema, el de la responsabilidad del Estado, jurisdicción que se plantea al hablar de la responsabilidad del Estado, por las sentencias judiciales, por los actos que en el ejercicio de sus funciones realicen los jueces y Tribunales, que como no son infalibles, pueden incurrir en errores manifiestos, unas veces porque, a pesar de desplegar los jueces toda su inteligencia y celo, sobrevengan pruebas imposibles de practicar anteriormente o porque hayan hecho declaraciones posteriores los propios y verdaderos autores de los hechos criminosos; otras originando la revisión del proceso (art. 954, casos 2.º y 3.º, Ley de Enjuiciamiento criminal), que los jueces pusieran la necesaria diligencia para llegar a esclarecer el hecho delictivo.

Cuando suceden algunos de estos errores judiciales se comprenderá la trascendencia que en el orden moral o material tienen para la vic-

los negocios que gestione o en el ejercicio de la profesión durante la privación de libertad, multas, indemnizaciones de daños a las víctimas, pérdida definitiva de un empleo y de los derechos inherentes a él, prisión, etc.

Es evidente que el daño material ante un error judicial suele ser enorme, por eso las legislaciones han procurado aliviarlo y subsanarlo económicamente, ya que el daño moral es por lo general imposible de remediar en otro orden de cosas (72).

En Francia se dictó una Ley, la de 8 de junio de 1895 (73), modificada por la de 7 de abril de 1933, y en Alemania se promulgó otra en 1890, que admite la indemnización para las personas absueltas en juicio de revisión modificando al efecto el artículo 446 del Código de Instrucción criminal. La responsabilidad del Estado en Francia no es directa, sino subsidiaria de la del juez o magistrado, según la aludida Ley de 1933 (art. 3.º) (74).

El Código de Procedimiento penal italiano de 1939 (arts. 571 y 572) dispone que quien haya sido absuelto por efecto de sentencia del Tribunal de casación o del juez de recurso, si a consecuencia de la sentencia anulada ha cumplido una pena de prisión superior a tres meses o ha estado sometido a medidas de seguridad por su menor duración o ha sufrido un daño sin que tenga posibilidad de repetir, puede demandar una indemnización pecuniaria a título de socorro.

Igual derecho puede ejercitar, en caso de muerte del absuelto, los herederos que tengan derecho de alimentos. Se les concede un plazo de un año para el ejercicio de la acción, de responsabilidad a los que pueden ejercitarla.

En España se reconoció el principio de reparación de daños por error judicial en el proyecto del Código penal de 1882. En los posteriores no se hizo hincapié sobre este extremo tan interesante, hasta el artículo 106 de la Constitución republicana de 1931, en el que se decía

(72) Cfr. sobre las repercusiones económicas del daño moral. CHAPUS: *Responsabilité publique et responsabilité privée*, 1954, págs. 410 y sigs. Se puede mitigar el daño moral con la publicidad del fallo declarando inocente o inculpaado y con la concesión de honores o de ascensos en la carrera al mismo, si es funcionario público.

(73) Vid. DUGUIT: *Transformaciones del Derecho público*, trad. esp., págs. 366-367. WALLINE: *Traité élémentaire de Droit administratif*, 1952.

(74) ARDANT: *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle*, 1955, pág. 204.

que «todo español tiene derecho a ser indemnizado de los perjuicios que se le irroguen por error judicial o delito de los funcionarios judiciales en el ejercicio de sus cargos conforme determinan las leyes, haciendo subsidiariamente responsable al Estado». La redacción del texto constitucional era desafortunada, decimos desafortunada porque recogía la responsabilidad objetiva, sólo subsidiariamente, no inmediata o directamente.

Si hay error judicial, y no prevaricación no hay culpa del juez, pues si todas las pruebas son evidentes y se recogen las inculpaciones sobre una determinada persona y el procesado no ha podido exculparse ni demostrar lo contrario, el juez no puede hacer otra cosa más que condenar, y entonces, descubierto el error, la responsabilidad debe ser directa o inmediata del Estado.

Si existiera prevaricación, bien está que se exija la responsabilidad primaria a los funcionarios judiciales y a la Administración, subsidiariamente, pero existiendo error judicial no se puede exigir aquélla al juez, que es irresponsable (75).

Más lógico ha sido la reforma llevada a cabo en la Ley de Enjuiciamiento criminal por la Ley de 24 de junio de 1933, que admite la revisión de un juicio «cuando después de la sentencia se venga en conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado» (art. 954, número 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento criminal).

Cuando se dicte entonces sentencia absolutoria tendrán los interesados en ella o sus herederos, derecho a las indemnizaciones civiles a que hubiese lugar, según el Derecho común, las cuales serán satisfechas por el Estado, sin perjuicio de la facultad de éste a repetir contra el juez o Tribunal sentenciador que hubieran incurrido en responsabilidad, o contra la persona declarada responsable o sus herederos (art. 960, párrafo final, de la Ley de Enjuiciamiento criminal) (76).

B) Por analogía con la existencia de la responsabilidad del Estado por hechos o actos administrativos no impugnables en vía contencioso-administrativa, el trámite de exigencia de responsabilidad patrimonial

(75) Respecto del problema en Italia, consúltese Santi ROMANO: *Responsabilità dello Stato en riparazioni alle vittime degli errori giudiziari*, «Scritti minori», 1950, páginas 157-175.

(76) Vid. lo que dijimos anteriormente, núm. 1, ap. A, sobre la responsabilidad civil de los jueces.

del Estado por errores judiciales debe ser el indicado en el artículo 40, número 3.º, de la Ley de Régimen jurídico, en concordancia con el 122 de la Ley de Expropiación forzosa, o sea, dirigida al Ministerio de Justicia, y una vez recaída la resolución negativa—expresa o tácita por el silencio de la Administración a los cuatro meses de presentada la reclamación—quedará abierta la vía jurisdiccional contencioso-administrativa en cuanto a la procedencia y en cuanto a la indemnización.

El Estado podrá y deberá repetir la responsabilidad patrimonial o civil a reserva de la criminal, respecto de los testigos falsos o falsificadores de documentos (77).

La jurisdicción contencioso-administrativa entiende o debe entender después que un fallo criminal ha sido revisado por la jurisdicción ordinaria, por lo tanto, no es dable sostener, como ARDANT dice en (78) «La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction jurisdictionnelle», que la jurisdicción administrativa no puede censurar la acción de los Tribunales judiciales. Bien es verdad que ARDANT sostiene esto pensando que la jurisdicción administrativa francesa no está inserta en el Poder judicial.

Pero también dice ARDANT que los Tribunales ordinarios son incompetentes por condenar al Estado. Esto es propugnable sentado el prejuicio absurdo de la separación de los Tribunales o del Poder judicial, del Poder ejecutivo, cuando lo separable es la función judicial de la administrativa o de la política, y aquella es propia del Poder judicial, y cuando, como en España los Tribunales contencioso-administrativos están incorporados al Poder judicial, y su función es juzgar, o sea, aplicar la Ley vulnerada, es lógico que aquéllos sean los que entiendan en la exigencia de la responsabilidad primaria al Estado por los errores judiciales, con o sin prevaricación, y concretamente la Sala cuarta del Tribunal Supremo que entiende frente a las resoluciones del Ministerio de Justicia, a tenor de lo dispuesto en el número 2 de la Orden de 5 de enero de 1952.

(77) Vid. VEDEL: Ob. y tomo citados, pág. 256.

(78) Página 141.

