

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

Unidad jurisdiccional y jurisdicciones especiales

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Alfonso Viada Fernández-Velilla

DIRECTOR:

José, dir Almagro Nosete

Madrid, 2015

UNIDAD JURISDICCIONAL

=====

Y

JURISDICCIONES ESPECIALES

=====



ALFONSO VIADA Y FERNANDEZ-VELILLA.

Universidad de Madrid
-Facultad de Derecho-
Marzo 1.976

Trabajo escrito bajo la dirección del Profesor Dr. José Almagro Nosete, para aspirar al grado de Doctor.

- I N D I C E -

=====

Introducción.

CAPITULO - I-: CONCEPTO DE JURISDICCION.

- 1.1.- Terminología: distintas acepciones..... Pág 1
- 1.2.- Formación del concepto de Jurisdicción. " 4
- 1.2.1.- El hombre como ser sociable: el problema del derecho.
- 1.2.2.- Primeras formulaciones del derecho: vía judicial.
- 1.2.3.- Necesidad de creación de Leyes y su aplicación coactiva.
- 1.2.4.- División de poderes: Montesquieu
- 1.3.- Relaciones de la jurisdicción con las demás funciones del Estado " 14
- 1.3.1.- Legislación y jurisdicción.
- 1.3.2.- Jurisdicción y administración.
- 1.3.3.- Conexión entre los tres "poderes".
- 1.4.- Jurisdicción en correlación con el proceso " 26
- 1.4.1.- Teorías jurídicas, sociológicas, de la pretensión y mixtas .

CAPITULO - II-: JURISDICCION Y CONSTITUCION.

- 2.1.- Estudio histórico de la evolución del principio de unidad de jurisdicciones ... " 38
- 2.1.1.- Hasta período constitucional.
- 2.1.2.- Las constituciones de 1.812, 1.837, 1.845, 1.856.
- 2.1.3.- Constitución de 1.876 y 1.931 18 - de Julio 1.936.
- 2.2.- Jurisdicción como garantía de los derechos fundamentales " 63
- 2.2.1.- El derecho a la jurisdicción.
- 2.2.2.- El juez natural.
- 2.2.3.- El debido proceso.

CAPITULO - II-: (continuación).

- 2.3.- Las garantías de la jurisdicción ordinaria Pág. 66
 - 2.3.1.- Garantías en cuanto al órgano.
 - 2.3.1.1.- Garantías técnicas.
 - 2.3.1.2.- Garantías jurídicas: monopolio del Estado y juez legal. (inamovilidad, imparcialidad, independencia).
 - 2.3.2.- Garantías en cuanto a la función
 - 2.3.3.- Garantías en el proceso.
 - 2.3.4.- Garantías en la terminación del proceso.
- 2.4.- Jurisdicción ordinaria y jurisdicciones especiales " 90
 - 2.4.1.- Principio de la unidad jurisdiccional.
 - 2.4.2.- Diferencia entre jurisdicción ordinaria y jurisdicciones no ordinarias.

CAPITULO -III-: JURISDICCIONES ESPECIALES.

- 3.1.- Jurisdicción eclesiástica " 98
 - 3.1.1.- El privilegio del fuero.
 - 3.1.2.- Las causas matrimoniales.
- 3.2.- Jurisdicción Militar " 104
 - 3.2.1.- Antecedentes históricos
 - 3.2.2.- Justificación de la existencia de esta jurisdicción especial.
 - 3.2.3.- Cometidos de la jurisdicción - castrense.
 - 3.2.4.- Especialidades de la jurisdicción militar.
 - 3.2.5.- Conclusión.

CAPITULO - IV-: JURISDICCIONES EN MATERIA PENAL

- 4.1.- Jurisdicción ordinaria. " 131

CAPITULO - IV-: (continuación)

- 4.2.- Jurisdicción especial Pág. 132
 - 4.2.1.- Tribunal Orden Público.
 - 4.2.2.- Tribunales llamados Correccionales "
 - 4.2.4.1.- Peligrosidad social.
 - 4.2.4.2.- Tribunal de menores.
 - 4.2.4.3.- Patronato de protección a la mujer
- 4.3.- Jurisdicción especial extraordinaria " 151
 - 4.3.1.- Tribunal especial de delitos monetarios.
 - 4.3.2.- Tribunal de Contrabando y De fraudación.
 - 4.3.3.- Tribunal de defensa de la --competencia.
 - 4.3.4.- Comisión mixta de competen--cia USA.
 - 4.3.5.- Tribunales penales administra--tivos.
 - 4.3.5.1.- Ministerio de Go--bernación L.O.P.
 - 4.3.5.2.- Tribunales de Pren--sa.
 - 4.3.5.3.- Jurisdicción disci--plinaria académica.
 - 4.3.5.4.- Jefaturas piscíco--las.
 - 4.3.5.5.- Delegación Nacional de Deportes.
 - 4.3.6.- Tribunales de Honor. " 153
- 4.4.- Jurisdicciones especiales sin función " 172
 - 4.4.1.- Jurisdicción y régimen de ta--sas y ventas clandestinas.
 - 4.4.2.- Tribunal especial de repre--sión de masonería y comunis--mo.
 - 4.4.3.- Tribunal especial de responsa--bilidades políticas.
 - 4.4.4.- Juzgado especial en materia --de inmigración.

CAPITULO - V-: JURISDICCIONES EN MATERIA CIVIL.

5.1.- Jurisdicción Ordinaria	Pág	175
5.2.- Jurisdicción Especial	"	176
5.2.1.- Magistratura de Trabajo		
5.3.- Jurisdicción especial extraordinaria ..	"	182
5.3.1.- Tribunal de Aguas de Valencia.		
5.3.2.- Las Juntas de Detasas.		
5.3.3.- Tribunales Arbitrales de Seguros (ferroviarios y del campo) y de Censos.		
5.3.4.- Jurisdicción especial marítima.		
5.3.5.- Jurados de Riego.		
5.3.6.- Tribunal de Cuentas del Reino - Jurados Provinciales de Expropiación.		
5.3.7.- Consulado de la Lonja de Valencia.-Comunicados de Labradores.-Tribunal Jurado de las Hermandades.		
5.3.8.- Instituto Nacional de la Vivienda y otras jurisdicciones.		

CAPITULO - VI-: JURISDICCIONES EN MATERIA ADMINISTRATIVA

6.1.- Jurisdicción Ordinaria	"	193
6.2.- Jurisdicciones especiales	"	196
6.3.- Jurisdicciones extraordinarias.		
6.3.1.- Tribunal de Cuentas del Reino.		
6.3.2.- Jurisdicción Sindical.		
6.3.2.1.- Organos de conciliación sindical.		
6.3.2.2.- Tribunales de Amparo Sindical.		
6.3.2.3.- Organos de arbitraje en materia del espectáculo.		
6.3.3.- Tribunal económico-administrativo.		
6.3.4.- Juntas Arbitrales.		
6.3.5.- Jurados Tributarios (Jurisdicción de Agrarios).		
6.3.6.- Jurados de Expropiación Forzosa.		
6.3.7.- Jurado Central de publicidad .		

CAPITULO -VII-: SITUACION ACTUAL DEL PRINCIPIO DE UNIDAD JURISDICCIONAL EN ESPAÑA:

7.1.- Movimientos unificadores.	Pág. 213
7.2.- Legislación	" 221
7.3.- Ley Orgánica de Justicia.- Crítica y debates parlamentarios.	
7.4.- Conclusión final	" 230

"="="="="="="="="="="

CAPITULO - I -

CONCEPTO DE JURISDICCION.

1.- Cuando se quiere abordar un tema, cualquier que sea, es preciso, antes que nada, dejar mínimamente claro cuál es el alcance de los términos que se utilizan.

Por ello, en este primer capítulo, vamos a -- examinar la terminología de la palabra jurisdicción, lo que con ella se ha expresado; seguidamente analizaremos la evolución lógica, más que propiamente histórica, de -- cómo se formó la jurisdicción y sus relaciones con las -- demás funciones del Estado, y terminaremos el capítulo -- con el estudio de las distintas definiciones que se han dado sobre el concepto de jurisdicción.

1.1.- En lo relativo al vocablo jurisdicción y siguiendo a Alcalá Zamora (1) podemos decir que por él -- se ha entendido 1º.- la esfera de acción o el conjunto --

(1).- Niceto Alcalá Zamora: "Notas relativas al concepto de jurisdicción". Revista de Derecho Procesal.

de atribuciones de órganos, entidades o funcionarios de diferentes órdenes, (aun cuando no ejerzan potestades - jurisdicentes en estricto sentido, o sea lo relacionado con la definición de litigios o controversias). 2º.- Se entiende otras veces por jurisdiccional a la demarcación o territorio en que la actividad jurisdiccional se desarrolla. 3º.- Jurisdicción como la emanación o atribución de la soberanía del Estado, o sea, como manifestación de los poderes o funciones que le incumben (2). 4º.- La jurisdicción como correlativa de la palabra proceso, siendo la jurisdicción el campo donde se lleva a cabo el proceso (3). 5º.- A veces el concepto de jurisdicción ha sido confundido con la más circunscrita idea de competencia (4).

(2).- En la primera edición de su "Fundamento de Derecho Procesal Civil" (Buenos Aires 1.942) Couture dejó fuera el tema de la jurisdicción, sin duda - por no reputarlo concepto procesal; pero como con secuencia de las críticas que con tal motivo se - le dieron rectificó en la 3ª. edición de la obra (Buenos Aires 1.958) y le dedica nada menos que - el capítulo 1º de la parte primera.

(3).- En este sentido Ballbé, propone que el Derecho -- Procesal se denomine Derecho Jurisdiccional, por ser la jurisdicción "ente principal" y el proceso "ente subordinado". Véase su trabajo "La esencia del proceso" (El Proceso y la Función Administrativa). Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1.947, (página 48 nota 75).

(4).- En contra Lazcano "Jurisprudencia y Competencia". Buenos Aires 1.941 para quien la competencia no - es una porción o parte de la jurisdicción sino la aptitud para ejercerla (pág. 215).

Vemos pues que bajo una misma expresión se engloban realidades complétamente distintas, por lo que es preciso que aclaremos lo que entendemos nosotros por jurisdicción.

Tomamos como punto de partida, el Estado. El Estado se estructura en órganos públicos, o en unidades amplísimas que han recibido la denominación de "Poderes del Estado": legislativo, ejecutivo y judicial. Dentro ya de cada "poder" y derivado de la complejidad de las circunstancias, cada órgano se organiza en grupos diversos jerárquicamente ligados, creando así distintas unidades administrativas llamadas "Órdenes de Poder" y dentro de cada una de estas órdenes existen diversos tipos con áreas de facultades distintas que llamamos "gra- -- dos" (5).

Supuesta esta estructuración de los órganos públicos se ha llamado en nuestra opinión, erróneamente, jurisdicción a la facultad de intervenir un poder frente a otro. Así se ha hablado de jurisdicción de un parlamento, jurisdicción de un tribunal o de una entidad -

(5).- José Rodríguez Espejo.- Trabajo sin publicar denominado "Las Funciones y los Poderes del Estado".

administrativa (6). Por consiguiente función jurisdiccional equivaldría esta acepción a cualquiera de las actividades fundamentales del Estado. Pero esa facultad de intervenir un poder frente a otro poder lo llamamos poseer "atribución".

Para nosotros jurisdicción es el equivalente al "poder" judicial. Pero como quiera que el ejercicio de esa función jurisdiccional es atribuida a distintos órganos también llamamos poseer jurisdicción a la facultad de intervenir frente a otros órganos del mismo poder y en fin, a la facultad de intervenir frente a los otros órganos del mismo orden, es decir, dentro de los mismo grados, estimamos que es poseer competencia.

1.2.- Pasamos ahora a examinar como surgió el concepto que hoy denominamos jurisdicción, cuál es su causa, incluso remota, por qué se inició. Es evidente que desbordaría los objetivos del presente trabajo el efectuar un análisis histórico detallado y profundo. Los factores que, en mayor o menor medida, directa o indirectamente, han influido y siguen influyendo en éste como en cualquier otro concepto, son infinitos. Es

(6).- Guasp.- Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil Año 1.943, pág. 265.

por ello que debemos limitarnos a ofrecer breves retazos, fotografías aisladas y dispersas, que permiten, - sin necesidad de un espacio excesivo, obtener una vi-- sión general de lo que puede ser la biografía de la no ción de jurisdicción que ahora estudiamos.

1.2.1.- Partimos de un hecho empírico: el -- hombre como animal, social; del hecho evidente de la - existencia del hombre como ser que vive en sociedad. Nos es indiferente si tal afecta o nó a su naturaleza, así como cuál pueda ser la causa motivadora de la - -- unión. No es éste el lugar apropiado para disquisicio- nes filosóficas, lo que nos importa es el hecho, irre- futable, de que una sociedad es ante todo una multipli- cidad de hombres. Pero para ser algo más que un amonto- namiento caótico de individualidades, toda sociedad ha de estar regida por un orden en donde cada individuo - pueda ser respetado y se desarrolle en armonía con los demás. El orden, la armonía, es pues el segundo hecho que aparece en nuestro análisis.

Pero este orden no se produce de manera es-- pontánea, hecho de por sí evidente: la observación más simple muestra que la convivencia humana dé lugar a ro ces y fricciones entre los miembros de la comunidad, es decir, los componentes de ésta entran en frecuente co- lisión. Tal situación coloca al hombre, como ser inte- ligente, ante la tesitura de plantearse y resolver, la

forma y manera de instaurar un orden social. De no conseguir este objetivo, peligrarían la paz y la justicia social: la paz, si no se diera regulación ninguna a los conflictos desencadenados; la justicia, si recibirían una regulación arbitraria.

El hombre halló la respuesta en la creación del derecho. Como afirma Ihering (7), el sentimiento del derecho se manifiesta primariamente como un impulso casi reflejo contra la injusticia, consistente en una acción violenta, origen de las defensas privadas y de las venganzas. Acciones violentas que, quizá paradójicamente, constituyen la primera forma del derecho.

Es evidente que la solución encontrada en un primer período resultaba insatisfactoria. Ni la paz ni la justicia se habían conseguido. Las colisiones no sólo no desaparecían, sino, incluso aumentaban: a la primera afrenta sucedía la venganza, normalmente superior en perjuicios a la primera, lo que dejaba motivo para una subsiguiente agresión. Tampoco la justicia salía beneficiada: desde el momento en que razón equivale a fuerza, pierde todo su valor y sentido, dejando paso a la opresión de los débiles por los fuertes, del hombre

(7).- Ihering.- "El Espíritu del Derecho Romano". Revista de Occidente.- Buenos Aires, Argentina 1.947, página 61.

por el hombre.

1.2.2.- La etapa siguiente es ya un fuerte avance. Evidenciados los perniciosos efectos derivados de dejar en manos de los individuos la resolución de sus diferencias, aparece como necesario el crear instituciones neutrales que decidan la disputa. Cuando una persona pretende algo frente a otra, acude a un tercero, árbitro o juez, para que resuelva la cuestión. La formulación del derecho se realizó, así, en los pueblos primitivos (aunque, ya, por supuesto, algo evolucionados) por medio de la vía judicial (8). En todos estos supuestos el juez no estaba vinculado en sus resoluciones por una norma general y abstracta, ajena y superior a las partes y a él mismo, (9) sino que decidía conforme a su conciencia y según su leal saber y entender.

Tampoco esta solución aparece como ideal. Como quiera que indudablemente, no siempre se aceptaba la regulación voluntaria del conflicto (autocompasión),

(8).- Ver Ruiz del Castillo: "Manual de Derecho Político" Madrid, 1.939, página 158.

(9).- Ver Castán: "La Formulación Judicial del Derecho y el Arbitrio de Equidad". Ed. Reus, Madrid 1.953 página 10.

la resolución judicial se convertía en instrumento inútil que aplazaba, sin evitar, la venganza dominante en el período anterior. Fue preciso, entonces, que la Sociedad arbitrara medios de mayor eficacia, en busca -- siempre de esos dos objetivos últimos repetidamente -- mencionados: la paz y la justicia.

1.2.3.- Y es así como a esta primitiva etapa de la humanidad en la constitución de las sociedades, en que no había leyes propiamente dichas, y, sin embargo, había derecho que es anterior y superior a la Ley -- como dice Clemente de Diego- (10), época ésta que -- nuestro gran humanista Pedro Simón Abril, llama "del uso de la buena razón; época, en suma, de la costumbre y de las sentencias "autodidactas" de los jueces, sigue otra etapa en la que se instaura la Ley, naciendo así la autoridad propiamente legislativa.

Existe ya, por tanto, una norma objetiva, que se presupone conocida por todos los miembros de la sociedad y que a todos por igual afecta. El juez, en principio, no dicta sentencia libremente sino que ha de -- atenderse a esa Ley promulgada para regular las relaciones de los individuos. No obstante, un paso casi simul-

(10).- Felipe Clemente de Diego: Discurso inaugural del curso académico pronunciado el 11 de Febrero de 1.942 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

táneo era necesario. De la misma forma que la decisión arbitral no era aceptada por las partes perjudicadas, asimismo (quizá en menor medida por la autoridad implícita que se reconoce a una Ley, que aparece como una superestructura, por encima de las distintas individualidades) asimismo, decíamos, no todos los individuos estaban dispuestos a respetar voluntariamente las leyes. Este incumplimiento del derecho debía ser evidentemente remedialo.

La coacción para el acatamiento no podía dejarse en manos del interesado: la autotutela, en última instancia, en poco difiere del primitivo sistema de venganza. Es claro, pues, que para hacer respetar las Leyes aparece como necesaria una ulterior actividad del Estado que se presente como complementaria de la actividad legislativa. Y tal no es otra que la jurisdiccional. Legislación y jurisdicción constituyen los dos aspectos esenciales de la jurisdicción del Estado moderno: primero, dictando Leyes, después haciéndolas observar.

Pero estas dos funciones a que nos acabamos de referir no estaban, como es lógico, perfectamente delimitadas desde un primer momento. Efectivamente los jueces no se limitaban a aplicar la Ley oportuna. La misión del juez va mucho más allá pues, en ocasiones, está capacitado para crear, y crea de hecho, nuevas -

normas, nuevo derecho. Así, por ejemplo, el pretor romano cumplía una función eminentemente creadora al conocer sus "fórmulas" que llegaban, incluso a derogar - el propio Derecho Civil (11) y es fácil encontrar abundantes muestras de este poder creador del derecho por parte de los jueces a lo largo de la historia jurídica (12).

1.2.4.- Por tanto, como se desprende de las líneas anteriores no existe, en esta primera fase, una delimitación clara y tajante de las funciones legislativa y jurisdiccional en el seno del Estado. Sólo más tarde surge la necesidad de que la sociedad, para realizar las funciones que le son propias, se organice de manera que todos y cada uno de los miembros de la colectividad actúe dentro de su esfera sin perturbar la acción de los demás.

Comienza a aparecer, así, la mentalidad favorable a la especialización en todos los niveles. Y si en el plano económico son Adam Smith "The Wealth of nations" y Ricardo "Príncipes" los que defenderían las -

(11).- Ver Arias Ramos "Derecho Romano". 4ª. edición. Editorial R.D.P. Madrid, página 33.

(12).- Existen numerosas obras publicadas con nombre de "decisiones de eminentes jurisconsultos como Peguera, Cáncer, Fontanella, Crespi de Valldaura, Broca.

ventajas inherentes al sistema de división del trabajo (en el plano de la simple producción y en el ámbito internacional respectivamente), en el campo de lo político, y 30 años antes es Montesquieu (13) quien lanza a la luz pública la famosa tripartita de los poderes. Sobre ese principio, en su doble ámbito político y económico, habría de ir desarrollándose a lo largo de todo el siglo XIX el sistema liberal-capitalista.

Tres poderes delimita el célebre pensador francés: el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial.

Por el primero de ellos, el príncipe hace -- las leyes por un tiempo dado o para siempre y corrige o deroga aquellas que están hechas. Por el poder ejecutivo, hace la paz o la guerra, envía o recibe embajadores, establece la seguridad y previene las invasiones. Por el judicial en fin, castiga los crímenes y juzga -- las diferencias entre particulares. La delimitación es clara y tajante, naciendo con un objetivo de control, de contrapeso a un poder absoluto y despótico hasta entonces en manos de los monarcas: "Il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir".

(13).-- Montesquieu.- "L'esprit des lois". Gèneve 1.748, libro XI, capítulo VI.

Actualmente, sin embargo, la doctrina jurídica propende a sustituir el término de "poder" por el de "función", como más apropiado a la idea que se pretende exponer, pues, en realidad, no hay más que un poder, -- único e indivisible, y pertenece al Estado. Lo que se distinguen es una serie de manifestaciones funcionales del Estado, dirigidas a la realización de sus fines propios (14). Esta filosofía, es la que subyace en nuestras Leyes fundamentales cuando afirman que existe unidad de poder y coordinación de funciones. (15)

Esta división de funciones, con distintos órganos independientes unos de los otros, constituye uno de los postulados básicos de la defensa de las libertades humanas. Pero al decir división de funciones no queremos decir únicamente división de trabajo sino al prin

(14).- El 16 de Septiembre de 1.935 el Presidente del T.S., D. Diego Medina García en la memoria leída en la apertura de Tribunales dijo que es un vano empeño el de quienes por estimar que acreditan la preponderancia política de la unidad del Estado proclaman la exclusividad de un sólo poder; - porque las tres funciones esenciales del Estado son tan absolutamente necesarias como autónomas y es mera cuestión de palabras llamarlos funciones o poderes.

(15).- El hecho de que la Ley Orgánica del Estado hable de justicia y no de poder, o que proclame que el sistema institucional del Estado responde al principio de unidad de poder y coordinación de funciones, no implica que haya querido proscribir la expresión Poder, para aplicarla a la administración de Justicia. Ruiz Jarabo. Discurso de apertura de Tribunales de 1.970 Madrid 1.971, página 12.

cipio político de órganos distintos, que son la garantía de libertad (16).

Efectivamente, el dogma anteriormente descrito ofrece un triple significado básico: el primero y más claro de todos, la diversificación de funciones. De acuerdo con ella, el legislativo dicta leyes, el ejecutivo individualiza las normas en ellas contenidas y el judicial resuelve sobre la aplicación de la Ley en cada caso concreto que se ofrece a su consideración, por estar controvertido entre partes determinadas. El segundo significado implícito se refiere a la independencia entre las funciones más arriba reseñadas. Y el tercero y último, independencia asimismo entre los funcionarios que las realizan. Supone ello la total autonomía cada uno de los poderes u órganos en materias de personal como sistemas de acceso, nombramientos, elecciones, ascensos, traslados y destituciones. Es pues esta "función" de aplicar las Leyes la que recibe la denominación de jurisdicción.

(16).- Estamos de acuerdo con el Profesor Ruiz del Castillo cuando dice que en todos los regímenes existen y han existido competencias especializadas en interés de la perfección del trabajo administrativo. Son los estados autoritarios y burocráticos - los que acentúan más esta tendencia. Las mismas dictaduras que significan la negación del principio de división de poderes, por lo mismo que los concentran en una sola mano sin, sin embargo, propicias las dictaduras a los llamados "Gobiernos Técnicos", caracterizados por una rigurosa especialización funcional. Ruiz del Castillo "La Doctrina de Montesquieu", Madrid 1.951, página 24.

1.3.- Hemos dicho que el Estado ejerce las funciones legislativas, administrativas y jurisdiccionales a través de organismos diferenciados, pero las tres funciones están atribuidas a un mismo sujeto: El Estado. De ahí que se puedan producir interferencias entre los distintos órganos. Por ello y para clarificar mejor el concepto de jurisdicción examinaremos seguidamente las relaciones con las otras dos funciones del Estado: la legislativa y la ejecutiva.

1.3.1.- Examinaremos en primer lugar la distinción entre la legislación y la jurisdicción. Por el poder o función legislativa del Estado elabora y promulga las leyes, reglamentos y disposiciones (es decir normas jurídicas con carácter general). Por la función jurisdiccional el Estado aplica precisamente aquellas normas generales para casos concretos. Sin duda que la aplicación de la norma no puede ser matemáticamente, pues la norma nunca puede responder exactamente a la siempre más rica, en cuanto viva realidad. Pero sí nos permite formular la diferencia en los siguientes términos: la legislación produce normas generales y abstractas; la jurisdicción las concreta y aplica en términos particulares.

Otra diferencia que podemos hallar entre los dos conceptos es atendiendo al fin de ambas potestades del Estado. El fin de la legislación es crear reglas y dirigir la vida de la comunidad mediante la promulga-

ción de leyes y normas jurídicas nuevas. El fin de la jurisdicción es proporcionar al individuo la satisfacción de su pretensión.

En consecuencia las notas de generalidad y abstracción juntamente con el fin (ordenación imperativa de la vida social) y por tanto ser apriorísticas a los casos particulares, son lo que distingue la norma jurídica dictada por el poder legislativo de la producida por el poder judicial o jurisdiccional.

El problema de si el judicial es o no instrumento de creación normativa lo examinaremos levemente para evitar un largo paréntesis desviatorio (17).

Nuestra Ley orgánica del Poder Judicial, en su artículo 4º, establece que jueces y tribunales no podrán dictar reglas o disposiciones de carácter general acerca de la aplicación e interpretación de las Leyes. Sin embargo, no podemos afirmar de forma incontestable que la función jurisdiccional tenga por finalidad específica - y exclusiva la aplicación del derecho, de la norma legal,

(17).- Véase para ello el trabajo de Alcalá Zamora.- -- "Proceso autocompensación y autodefensa. Ed. México 1.947 pág. 117 y Castán.- "La formulación judicial del Derecho (jurisprudencia y arbitrio de equidad. Ed. Reus 1.954 Discurso de Clemente de Diego en la apertura de los Tribunales 15 de Septiembre de 1.941 Ed. Reus.

en todo tiempo y lugar.

Es perfectamente conocido, por ejemplo, el --
distinto carácter de la función judicial en los países
anglosajones con respecto a los europeos continentales,
más similares al nuestro. En aquéllos, los jueces no se
limitan a aplicar la norma abstracta preestablecida al
caso concreto controvertido sino que, en frecuentes oca-
siones conforma y regula jurídicamente la situación de
la vida sometida a su consideración y análisis.

Pero también en el continente podemos encon--
trar muestras de ésta, podríamos decir, capacidad adicio-
nal del poder judicial. Así, el Código Civil Suizo esta-
blece en su artículo 1^o que "dans l'absence d'un texte -
legal applicable, le juge prononce selon le droit coutu-
mier, suivant la doctrine et la jurisprudence. A défaut
de ces sources il appliquera les règles qu'il édicterait
s'il avait à faire office de législateur". La claridad -
del texto exime de todo comentario adicional.

De modo parecido, en el "Proceso Collective, -
que tan importante papel desempeñó en la Legislación - -
Italiana en la época fascista (18), la jurisdicción no -
tenía como finalidad específica y exclusiva la aplica- -

(18).- Ver Carnelutti: "Sistema Diritto Processuale Civi-
le". Editorial Cedán Padova, 1.946, tomo I pági-
na 265 y siguientes.

ción del Derecho.

Y, sin necesidad de mirar tan lejos, ¿hasta qué punto puede negarse que el Juez tiene la puerta abierta a la capacidad de legislar, en nuestro ordenamiento, cuando se ordena fallar caso de laguna legal, "de acuerdo con los principios generales del derecho"?

Desde el momento en que, en determinados procesos los jueces cumplen su misión de resolver un asunto concreto en cuanto al fondo y actuen, no en aplicación de una norma jurídica concreta sino en el ejercicio de un poder de equidad, algunos autores han creído poder ver, en esta actuación de equidad, un cierto modo de crear el Derecho.

~~Pero, como dice Chiovenda, en realidad el Juez no crea el Derecho, sino que aplica, formulándola, concretándola, dándole fijeza y vida, una norma existente en estado amorfo.~~

1.3.2.- A continuación examinaremos las reacciones de la jurisdicción con la administración. La semejanza entre ambas potestades es notable, en cuanto que ambas constituyen la actuación concreta del Estado frente a la actuación abstracta reflejada en la legislación.

Se ha llegado a afirmar (19) que no hay diferencia entre la decisión ejecutiva y la jurisdiccional, sino que se deriva de las circunstancias y procedimientos; -- pues hacer las leyes y hacerlas ejecutar son dos términos entre los cuales no queda lugar para otro, desdoblándose, según esta tendencia la función ejecutiva en la administrativa y la jurisdiccional y ambas funciones se expresan en el proceso de concreción del derecho.

Por ello para comprender mejor las diferencias entre ambas funciones creemos conveniente repasar toda -- una serie de teorías que por resultar suficientemente -- ilustrativas contribuirán mejor a facilitar la distinción -- ción entre jurisdicción y administración. Scialoja considera que tanto la jurisdicción como la administración están compuestas de lógica y de voluntad. Pero mientras en la jurisdicción el elemento lógico predomina sobre el de la voluntad, en la administración esta última es predominante. En otras palabras, la administración está inspirada por el principio de discrecionalidad y la jurisdicción -- obedece al principio de legalidad.

Para Chiovenda (20) la nota diferencial típica

(19).- T'Auriou y Berthelemy.

(20).- Principio di Diritto Processuale Civile, cuarta -- edición Nápoli 1.928 página 296/7.

y bien acusada entre Administración y Jurisdicción consiste en que aquélla, ejecutora inmediata de la Ley, obra o debe obrar con sujeción a ésta, pero por cuenta propia, juzgando de su misma actividad, mientras que la Jurisdicción es siempre una "actividad de sustitución" de la desenvuelta por las personas jurídicas o individuales, públicas o privadas, es decir, juzgando siempre de la actividad ajena.

Para Carnelutti, etc. (21) la diferencia está en que para la Jurisdicción el derecho es el fin (sirve para la realización del derecho objetivo) y para la administración el derecho es medio en cuanto que opera dentro de los límites señalados por el derecho.

Otro criterio distintivo de la jurisdicción y administración es el que se refiere a la cosa juzgada (22). Cuando un acto determinado sea irrevocable, dicho acto se-

(21).- Ver Groppali en Doctrina General del Estado "México 1.944 pág. 283. La observancia del derecho es la finalidad del acto jurisdiccional; el administrador considera al derecho con un límite puesto a su propia conducta para conseguir sus fines de carácter social.- Calamandrei "Instituciones de derecho procesal civil" vol. 1 página 189 Ed. Buenos Aires.

(22).- Véase Gómez Orbaneja "Las teorías de la cosa juzgada" Valladolid 1.932.

rá jurisdiccional. Cuando, por el contrario, existe la posibilidad de que un acto revocado, incluso una vez adquirida firmeza, el acto tendrá naturaleza administrativa.

Menos importantes son otras notas distintivas de jurisdicción y administración como es la que Calogero sostiene al considerar que la administrativa es más rápida y menos segura, mientras que el procedimiento judicial está caracterizado por su menor rapidez y sus mayores garantías. Esta distinción en cuanto refleja un carácter externo y eventual del procedimiento no puede aceptarse, incluso es inexacto.

Quizá una de las teorías más endeble que se hayan puesto en circulación para explicar las divergencias entre jurisdicción y administración es la tesis por la cual la primera mediaría prioridad de la decisión sobre la ejecución y en la segunda acontecería lo contrario. Trátase de un criterio cronológico pero que no proporciona una pauta diferenciadora, segura, puesto que en la esfera jurisdiccional no siempre ha lugar a ejecución, por ejemplo en las sentencias desestimatorias.

También se ha dicho (23) que será jurisdiccio-

(23).- Carré de Malberg.- "Contribution à la théorie générale de L'Etat, vol. I Paris 1.920 pág. 768 y 782 3"

nal el acto realizado por la autoridad jurisdiccional y administrativo el que lleve a cabo una autoridad de este carácter; pero tal criterio lo único que hace es -- plantear de otra forma el problema además de que existen actos jurisdiccionales realizados por órganos administrativos (la llamada jurisdicción administrativa) y a la inversa la llamada jurisdiccional voluntaria.

Otro criterio diferenciador pero discutible -- es el que considera que los Organos Administrativos sean dependientes y los jurisdiccionales independientes. Esta teoría ha sido sostenida por Merkl. Es cierto que los -- órganos de la jurisdicción son independientes, --o al menos deberían serlo-- pero ésto no es un requisito necesario para que exista actividad jurisdicente. Por otra parte los órganos de la administración no son absolutamente dependientes, (por ejemplo, los Tribunales de Oposición, aunque designados por el Ejecutivo actúan con independencia), por lo tanto la diferencia es más cuantitativa que cualitativa.

También resultan insuficientes aquellas opiniones que caracterizan a la jurisdicción como la declaración del derecho en casos concretos y para amparar derechos individuales mientras que la administración cumpliendo fines generales protege el interés colectivo. Esta posición ha sido defendida por Duguit.

Quizá la nota diferenciadora de mayor transcendencia es la que se basa en la imparcialidad jurídica y la parcialidad administrativa (24). La diferencia entre jurisdicción y administración se resuelve pues -- partiendo del concepto de proceso como controversia que es resuelta por un tercer imparcial, ya que en la actividad administrativa el órgano decisor es parte (25) -- frente a la pretensión del particular (26).

La función jurisdiccional está basada, por lo tanto en la dualidad fundamental de personas que piden y personas que conceden; mientras que en la administración no existe ese impulso exterior a -sí misma- y puede obtener la realización de sus fines mediante una conducta espontánea de los órganos a quienes está encomendada (27).

(24).- Ver el trabajo de Imparcialidad Jurídica, parcialidad administrativa - Rainieri "Manuale di Diritto Processuale Penale" Ed. Cedán Padova 1.956 pág. 75-79.

(25).- A este respecto es interesante conocer la distinción que hace Goldschmidt entre imparcialidad e -imparcialidad, en su trabajo La Imparcialidad como principio básico del proceso Ed. Abeledo. Buenos Aires pág. 133.

(26).- Aragonese "Técnica procesal (proceso de cognición y jurisdicción verbal)". Ed. Aguilar - Madrid 1955 pág. 105.

(27).- Guasp.- Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil pág. 269.

1.3.3.- Una vez examinadas las diferencias entre jurisdicción y legislación, así como las semejanzas y diferencias de la jurisdicción y la administración, nos interesa ahora conocer el engarce de los tres poderes.

La administración está sometida al principio de legalidad, y a la decisión de si su actuar es o no conforme con el ordenamiento jurídico, debe corresponder a unos órganos que no pertenezcan a la misma administración, pues en otro caso, estamos en un supuesto de autotutela. Aunque la administración adopte una forma procesalizada, siempre sería juez y parte.

Tales poderes de enjuiciamiento encargados de revisar la actuación de la administración pertenecen a los órganos jurisdiccionales.

Esta función del órgano judicial, se afirma hoy con la mayor convicción, y por la casi totalidad de los sectores doctrinales, tanto los puramente procesales como los eminentemente políticos.

A lo que hoy universalmente se aspira y se tiene es a lograr una organización judicial tan libre e independiente de los demás poderes que constituyen la última y decisiva garantía jurídica frente a las arbitrariedades, frente a las injusticias y atropellos que, en otro caso,

los más poderosos podrían llevar a cabo. Y todo ello implica, si se quiere una auténtica eficacia de estas afirmaciones, que no queden en simples principios sin validez real ninguna, que debe proporcionársele poder suficiente para hacer prevalecer, en caso necesario y aún -- "a fortiori" sus resoluciones.

Pero por otra parte el anhelo creciente de jurisdiccionalidad de la vida -el profesor Duale afirma - (28) que es de esperar que el siglo XX sea el del resurgimiento del poder judicial- conduciría a que los jueces tuvieran un desmesurado poder y si a ésto añadimos el autogobierno que se propugna (29) el poder judicial se verá excesivamente reforzado y lo que interesa es su democratización. Pues en otro caso podría darse como dice Jefferson (30) un sometimiento al despotismo de una oligarquía de jueces . Pues si un tribunal controla el poder legislativo ¿quién le controla a él?. Es el famoso problema "Quis custodiat custodes" ¿quién vigila a los vigilantes? ¿Se favorecería así un gobierno irresponsable de jueces?.

(28).- Dualde.- "Una Revolución en la lógica del Derecho", página a7a.

(29).- Francisco Ruiz Jarabo.- Discurso pronunciado en la solemne apertura de los Tribunales. Editado por la Secretaría Técnica, pág. 58.

El Autogobierno que propugnamos no supone, ni -- puede suponer en modo alguno poder separado del Estado, lo que sería un verdadero absurdo, sino que, por el contrario, la administración de justicia es una rama fecunda del tronco común.

(30).- Loervenstein cita a Jefferson "Teoría de la constitución" Barcelona 1964 Arial pág. 310.

Propugnamos por todo ello, que el criterio de legalidad debe ser el "primum movile" de lo que llamamos administración de justicia (31).

Todos estos razonamientos nos los hacemos en pura técnica jurídica y con abstracción de las realidades sociopolíticas españolas. Pues de no ser así llegaríamos a una solución totalmente distinta pues no tenemos confianza de que las Leyes aprobadas en nuestras Cortes expresen la voluntad soberana del pueblo. No creemos en la eficacia de una democracia que lleve el adjetivo de orgánica; no creemos en la separación "de factum los tres poderes", ni creemos en un derecho que venga a corresponder al interés de la clase o grupo cuya fuerza lo tutele. Por ello quizá para una España aquí y ahora sea una solución la tendencia jurisdiccionalista e incluso como propone el profesor Almagro (32) la conveniencia de abogar por un control judicial de la constitucionalidad de las Leyes. (33).

(31).- El Profesor Guasp, Vocal de la Comisión de Códigos que ha preparado el anteproyecto de la Ley orgánica se ha inclinado por un sistema con casuística legal rigurosa.

(32).- Almagro: Fiscalización de la constitucionalidad de las Leyes en la comunicación a la VIII reunión de Profesores de Derecho Procesal.- Revista de Derecho Procesal Iberoamericana nº 1 de 1972 pág. 31 de la separata.

(33).- Cuando una Ley esté en oposición a una norma de la Constitución debería existir un recurso de tipo jurisdiccional y no que para poder combatir esta inconstitucionalidad exista sólo el "recurso contra-fuero" (en donde la legitimación activa sólo le corresponde a la Comisión Permanente de las Costas y en su caso al Consejo Nacional del Movimiento).

Queremos concluir afirmando que la separación de los poderes no obedece al propósito de enfortecer a cada uno de estos poderes, sino al de supresión de su concentración en una sóla mano. Aspiramos con el profesor Prieto-Castro (34) a un sistema donde el ejecutivo no influya sobre la justicia pero donde tampoco se in--tente colocar a ésta fuera del concierto y la colaboración entre los poderes y las funciones del Estado.

1.4.- Pasamos ahora a estudiar las distintas definiciones que se han dado sobre la jurisdicción para con ello comprender mejor sus características (35).

Desde que el derecho procesal se constituyó como ciencia jurídica (36), está tratando de conseguirse -

(34).- Prieto-Castro.- En la sexta reunión de profesores de Derecho Procesal.

(35).- Pues como dice Lois Estévez -"Estudios sobre los fundamentos de una nueva ciencia jurídica"- Santiago de Compostela 1.954, pág. 20 y 21, una definición supone siempre tener ante sí el panorama completo de las características singulares del fenómeno o ente que se examina, y, con él en los ojos del entendido efectuar una labor de selección.

(36).- El nacimiento de la ciencia del Derecho Procesal suelen fijarlo los autores coincidiendo con la polémica de Muthor y Windschoid sobre el concepto de actuación (1.856/57).

una definición correcta sobre el concepto jurisdicción. Fenech (37) dice que existen tantas definiciones de jurisdicción como estudios se han planteado el problema. Esto es debido a que la jurisdicción constituye la base de todas las teorías procesales y en su estudio refleja la finalidad misma del Derecho Procesal. (38).

1.4.1.- Trataremos de sintetizar a continuación las distintas teorías sobre el concepto de jurisdicción, siguiendo la clasificación de Guasp (39). Dividiremos las teorías en dos grandes grupos: las teorías jurídicas, cuyo denominador común está constituido por

(37).- Fenech.- Notas previas al estudio del Derecho -- Procesal.- Tomo I, página 29.

(38).- Estamos de acuerdo con Fenech en que el Derecho Procesal se podría denominar Derecho Jurisdiccional.

El derecho positivo no establece ningún concepto directo de la jurisdicción, pero se deduce de la determinación que establece en cuanto a las potestades o poderes y funciones de los órganos que la ejercen. Así el artículo 2º de la L.O. señala que la potestad de aplicar las Leyes en los juicios civiles y criminales y juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales.

(39).- Guasp.- "Pretensión Procesal". Anuario de Derecho Civil, Tomo V, página 5.

la idea de actuación del Derecho (40); las teorías sociológicas que con unos u otros matices estudian la jurisdicción identificándola con la resolución de un conflicto social.

Ahora bien, dentro de la concepción general de las teorías jurídicas se pueden distinguir dos variantes fundamentales, según se considere que las infracciones jurídicas vulneran los derechos subjetivos (41) o que las -

(40).- Teorías jurídicas: Estas teorías parten de que el ordenamiento jurídico o conjunto de normas que integran un cierto derecho; dado que está compuesto por Leyes que no son de cumplimiento inevitable -- sino defectible, puede resultar en la práctica -- desconocido o vulnerado, tanto en sí misma cuanto en las concretas posiciones jurídicas que se atribuyen a los destinatarios de tales normas.

(41).- Teorías subjetivas: para la concepción jurídica - subjetiva, la jurisdicción es la actividad con que el Estado provee a la tutela del derecho amenazado o violado. Esta teoría ha sido sostenida por Rocco -Derecho Procesal Civil, traducción F.S. Tena, editorial Porrúa, México 1949, página 67.- Gorber -La Sentencia Civil, traducción de Mariano Ovejero, México 1.944, página 16-, Kisch -(Grundzüge des deutschen Zivilprozessrechts, pág. 1) "Elemento de Derecho Procesal Civil, traducción Prieto-Castro, Ed. R.D.P., Madrid 1932 págs. 12-13, Monfredini -Corso di Diritto Giudiziario Civile, Bologna 1898 pág. - 372-, Simocelli -Lezioni di Procedura Civile, Año 1902/3, págs. 4, 122 y siguientes-, Jean Larguier -Procedura Civile, Editorial Rousseau pág. 1, entre otros.

Crítica de esta posición: Esta concepción antañona dominante, carece hoy de auténtico relieve y puede decirse, ha sido ya totalmente superada. De una parte no explica aquellos procesos en los que no existen derechos subjetivos, como son los procesos penales, y de otra parte, es un hecho que no siempre la actividad jurisdiccional presupone un derecho amenazado y violado, bastando sencillamente la inseguridad sobre la existencia de un hecho para que la actividad jurisdiccional se desarrolle.

mismas infringen el derecho objetivamente considerado (42)

Dentro de estas últimas se pueden distinguir --
cuatro variantes fundamentales:

1º.- Teoría de Sustitución: (43), para la cual

(42).- Teorías objetivas. La concepción objetiva, parte de la consideración de que la jurisdicción es un instrumento del propio derecho objetivo. Defensores -- principales de esta teoría son: Wach -Handbuch des dtischen Zivilprozessrechts, Leipzig 1.885, tomo I - pág. 4, título subtítulo 1º-, Schmidt -Dehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts-, Langheinken -Der Urtheilsanspruch, página 19-, Chiovenda -La acción en el sistema del Derecho" incluida en "ensayos de derecho procesal civil, traducción de Sentis Melendo, volumen I, página 3 y ss.

(43).- Teoría de la Sustitución: esta teoría ha sido defendida entre otros por Chiovenda y la define como: la función del Estado que tiene por fin la actuación -- de la voluntad concreta de la Ley, mediante la sustitución por la actividad de los Organos Públicos, sea al hacerla prácticamente afectiva.

Crítica de esta posición: se objeta por Rocco -La -- Sentencia Civil, traducción de Mariano Ovejero, México 1.944, páginas 16 y siguientes-, que la actuación del derecho en cuanto es aplicación del derecho, no es en manera alguna una característica de actividad jurisdiccional, ya que tanto el individuo como el Estado en cuanto están sometidos al derecho, deben -- para conformar su acción a la norma jurídica, en -- cualquier momento de su actividad aplicar la norma -- al caso concreto. Por otra parte y como dice Manuel Serra Domínguez - Nueva Enciclopedia Jurídica, ed. - Seix, S.A. a.971 página 401, no se niega que se produzca sustitución, lo que se niega es que esta sustitución sea la nota que defina la jurisdicción.

la función esencial de la jurisdicción es la voluntad -
concreta de la Ley.

2ª.- Teoría de la creación del Derecho (44) -

(44).- Teoría de la creación del derecho: fue desarrollada por Bulow y está relacionada en general, con la escuela francesa. Según la referencia de Chiovenda -Principios de Derecho Procesal, traducción Casais y Santaló, Ed. Reus, Madrid 1.922, tomo I pág. 201- La Teoría de Bulow debe resumirse así: la función del Juez se realiza a través de una relación lógica pero no se reduce a un simple silogismo. La sentencia como voluntad concreta, se diferencia de la Ley y tiene una fuerza superior a la simple norma abstracta. El Juez está llamado a producir derecho cuantas veces interviene juzgando casos no previstos en la Ley, en tales supuestos la intervención del Juez es de creación de la norma en nombre del Estado.

En la misma línea podemos decir que existe una moderna tendencia de considerar que la verdadera creación del derecho se encuentra en el momento jurisdiccional. Vescovi -Derecho y Jurisdicción. Nuevas orientaciones sobre el tema, Revista de Derecho Procesal, año 1.970, pág. 607.- En esta línea se encuentra Satta -Manuale di Diritto Processuale Civile, pág. 103- Ascarelli "Processo e Democrazia. Rev. trimestral Derecho Procesal Civil 1958, pág. 856 y ss- Gutiérrez de Caviedes. Rev. Derecho Procesal Iberoamericana, año 1970 n° 3, - pág. 599 a 604, que afirma que la jurisdicción es la función creadora del derecho para el caso concreto, mediante el juicio, por órganos revestidos de imparcialidad y autoridad.

Crítica de esta posición: Chiovenda -Principio de Derecho Procesal Civil, trad. Casais y Santaló - Ed. Reus, Madrid 1922, tomo I pág. 106-, critica tal posición al decir que en realidad el Juez no crea el derecho sino que aplica, formulándolo, concretándolo, dándole fijeza y vida, norma existente en estado amorfo. Aun en los países de escasa legislación escrita en los que el Juez se acerca al legislador, al aplicar al caso particular una norma no escrita, el Juez no encuentra la norma a su capricho, sino que la halla en el conocimiento que tiene del derecho consuetudinario, o la propia conciencia jurídica.

para la cual la verdadera creación del Derecho se encuentra en el momento jurisdiccional.

3ª.- Teoría de la determinación del Derecho --

(45) atribuyendo que el fin del proceso es la fijación de los datos de que depende la aplicación de la norma.

(45).- Teoría de la determinación del derecho: desde otro punto de vista se ha afirmado que puesto que la -- sentencia del Juez actúa la Ley en base de la existencia de los hechos y tales hechos pueden no responder a la realidad, (por error, insuficiencia de prueba, etc.). El fin del proceso es la fijación de los actos de que depende la aplicación de una norma, tal posición ha sido defendida por Ballbe.- En su trabajo "La esencia del proceso" la función administrativa, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo 182, 1947, página 5 y ss.

Crítica de esta posición: Guasp -En su trabajo "La pretensión procesal, página 19-, critica esta posición por considerar que Ballbe cambia erróneamente el centro de gravedad del concepto del proceso, de su función a su estructura. Si en el proceso se fijan los datos sobre los que han de actuarse la función jurisdiccional, no se nos dice en -- cambio por qué se fijan tales datos. La actividad meramente metodológica que el proceso significa, no puede servir en su generalización para distinguir la función jurisdiccional.

4ª.- Teoría que considera que la jurisdicción (46)

(46).- Teoría de la represión: se señala comunmente como defensor principal de esta teoría a Redenti -Derecho Procesal Civil, traducción Sentis y Melendo, Buenos Aires, tomo I, página 3 y siguientes.- Según el pensamiento de dicho autor, a fin de garantizar la observancia del derecho objetivo, se adopta un método que se suele llamar de represión en contraposición a la prevención. La función de la jurisdicción es la función de aplicar las sanciones conminadas por las normas jurídicas. Tal función está reservada al Estado que lo ejerce, a su vez por medio de los órganos judiciales en forma íntegra y exclusiva. La exclusividad de la jurisdicción a favor del Estado del cometido de "hacer justicia" como resultado de una evolución milenaria que excluye no sólo la autojusticia individual, sino también toda jurisdicción local, especial o particular en el ámbito de la soberanía del Estado. La aplicación de las sanciones en los casos de inobservancia de los preceptos legales, presenta una gran variedad que lleva a establecer la distinción fundamental de la jurisdicción penal y civil.

Crítica de esta posición: la teoría de la sanción ha sido criticada al afirmar que con la misma es imposible diferenciar la actividad jurisdiccional frente a otras actividades del Estado, ya que hay actividades destinadas a aplicar sanciones que no son jurisdiccionales que no están destinadas a aplicar sanciones. Como ejemplo del primer caso, pueden citarse todas las actividades policiales. Igualmente la actividad jurisdiccional de mera declaración no puede considerarse de ningún modo, destinada a aplicar sanciones.

es aplicar las sanciones conminadas por las normas jurídicas (47).

En lo relativo a las teorías sociológicas parten del denominados común que la jurisdicción se concreta en la resolución de la vida en sociedad lo que origina roces entre diversos miembros de la comunidad que requiere un adecuado tratamiento jurídico. Las teorías so

(47).- Crítica general de las concepciones jurídicas: - la crítica general de estas concepciones jurídicas que ven en el proceso, en definitiva la actuación de la Ley, ha sido realizada por Guasp - en su trabajo La Pretensión Procesal al decir -- que tales pretensiones resultan materialmente insuficientes porque no explican el fundamento que pueda tener una actuación del derecho tan abstractamente considerada. Lo que el actor y demandado quieren fundamentalmente fijar no es si su derecho a obtener la tutela jurídica existe o no, sino, la obtención pura y simple de la misma. -- Considera por otra parte Guasp que existe un exceso formal al considerar que si su idea esencial fuera cierta, no se comprende por qué no nace un proceso tan pronto como surge una inactuación del derecho subjetivo o del derecho objetivo. Una lesión jurídica subjetiva u objetiva no basta para producir un proceso.

ciológicas presentan diversos matices, según que el conflicto aparezca como una colisión entre miembros sociales acerca de un determinado objeto (conflicto de intereses) o se refiera a la discrepancia de la voluntad de los sujetos (conflicto de voluntades). (48).

(48).- Estas dos teorías han sido defendidas por Carnelutti -Sistema de Derecho Procesal Civil, traducción de Alcalá Zamora y Sentis Melendo, tomo I, - Buenos Aires 1.944, pág. 11 y ss.-, que ha sido su más brillante valedor, también se puede citar a David Lazcano -Jurisdicción y competencia, Buenos Aires 1.941, pág. 45, Carreras -Programa de Derecho Procesal, Granada 1.958, pág. 13- y Morán Palomino -Sobre el concepto del Derecho Procesal, Revista de Derecho Procesal. Año 1.963, nº 3 página 67.- Dentro de esta misma teoría está la que el conflicto se refiere a la discordia que tienen los sujetos sobre la realidad material o ideal de cualquier objeto (conflicto de opiniones) que ha sido defendida por Calamandrei -En su trabajo "El proceso de la Litis y pensamiento Francisco Carnelutti, publicado en la Revista de Derecho Procesal 1.928, tomo I, página 23/32 y 89/98 reproducida en los estudios sobre el Proceso Civil -Buenos Aires 1.945, traducción de Santiago Sentis Melendo, pág. 265 y ss.

Crítica general de las teorías sociológicas: Aparecen asimismo formuladas por Guasp en sus repetidos trabajos "La Pretensión Procesal", considera que son materialmente excesivas porque es innecesario acudir a la compleja noción del choque social para explicar el nacimiento del proceso y formalmente es insuficiente porque hará siempre falta de alguna manera sea conducida la discrepancia ante quien ha de ser dirimida.

Le teoría de la pretensión es defendida por - Guasp (49) en virtud de la cual la jurisdicción se define como la función estatal por la cual el poder público satisface pretensiones.

(49).- Jaime Guasp: "Derecho Procesal Civil" Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1956, - página 109.

Aparte de este autor existe un plantel de procesalistas españoles que han seguido esta teoría, como son: Viada, Aragoneses, Jerónimo González, Ruiz Gutiérrez, Zafra, etc.

Crítica de esta teoría: Como dice José Rodríguez Espejo -Memoria de Cátedra 1.960 (sin publicar), si por pretensión se entiende la petición de actuación a un órgano público frente a persona determinada y distinta del peticionario, hay sin duda pretensiones que sirven de base a intervenciones de la administración, así por ejemplo la que un particular podría realizar a la antigua -Fiscalía de Tasas, para que ésta sancione dentro de los límites de sus atribuciones una determinada infracción.

Por otra parte Lois -Pretensión del objeto del -Proceso- Anuario Derecho Civil, tomo II, página 615, critica la teoría que hace de la pretensión el objeto del proceso porque la pretensión es un acto del proceso y no se comprende como puede ser el mismo simple sujeto, ya que la pretensión como acto ha de tener por su parte causa y objeto.

Como lógica reacción contra la desorientación en torno al concepto de jurisdicción que ha querido encontrar un sólo elemento distintivo de la jurisdicción, surgen las teorías mixtas, las cuales encuentran en la unión de varios elementos lo que concede a la jurisdicción sus notas y características (50).

Después de haber examinado las distintas concepciones sobre la jurisdicción no vamos a pretender dar una definición cuando mentes tan privilegiadas no lo consiguieron con acierto. Unicamente y tratando de refundir las notas que se predicaban de la jurisdicción podemos decir que es la función (derecho y deber) del Estado que por medio de órganos especialmente constituidos (juez natural) y a través del debido proceso aplica el derecho a

(50).- En tal sentido para Prieto-Castro -Tratado de Derecho Procesal Civil, tomo I, página 9, Madrid 1952, el proceso cumple un fin general y abstracto, la tutela del orden jurídico (derecho objetivo), pero a través de la defensa de los derechos de la parte (derecho subjetivo), definiendo pues, la jurisdicción como la actividad del Estado para la realización del orden jurídico, por medio de la aplicación del derecho objetivo, pues se traduce en tutela y seguridad de los derechos de los particulares.

situaciones concretas para la realización de la justicia.

Antes de concluir el presente capítulo sobre -- el concepto de jurisdicción hemos de aclarar que al hablar de jurisdicción nos referimos únicamente a lo que es por antonomasia, o sea, a la contenciosa, pues estimamos con la doctrina mayoritaria (51) que la llamada voluntaria' - queda fuera de ella por ser función de índole administrativa que está encomendada a funcionarios judiciales.

(51).- Alcalá-Zamora.- "Premisas para determinar la índole de la jurisdicción voluntaria".

Alvarez-Castellanos.- "El proceso de jurisdicción - voluntaria.- Revista de Derecho Procesal, año 1945 pág. 331 y siguientes.

Guasp.- "Derecho Procesal Civil".- Primera edición Madrid 1.956.

Prieto-Castro.- "Reflexiones Doctrinales y legales sobre la jurisdicción voluntaria" en "Trabajos y - orientaciones de derecho procesal", Madrid 1.964.

Manuel Serna Domínguez.- "Nueva enciclopedia jurídica.- Edición Seis, pág. 583 y siguientes.

CAPITULO -II-

JURISDICCION Y CONSTITUCION.

=====

2.- Hemos visto en el capítulo anterior cual es la noción y el concepto de jurisdicción y vimos como el - ejercicio del "poder" judicial era una de las funciones - del Estado moderno. Ahora, en el presente capítulo, vamos a examinar en primer lugar la forma en que históricamente ha ejercido el Estado esa función jurisdiccional. Seguidamente analizaremos el papel que desempeña la jurisdicción como garantía de los derechos fundamentales y por último examinaremos las garantías de la jurisdicción común.

2.1.- Para el ejercicio de la función jurisdiccional, el Estado podía adoptar dos soluciones extremas: confiar a un único cuerpo de funcionarios la tarea de - - ejercitar la jurisdicción o bien, crear un órgano para ca da asunto concreto y para cada territorio en que pudiera dividirse el estado.

Examinaremos a continuación por cual de estas - soluciones ha ido optando históricamente el Estado Español.

2.1.1.- Para nuestro estudio partimos de la --
época constitucional pues en la etapa anterior el dere--
cho era una serie de privilegios locales y personales y
allí cada uno tenía unos derechos, su forma de gobernar--
se y sus propias jurisdicciones. A medida que fue conso--
lidándose y centralizando el poder político del Estado,
fueron desapareciendo las distintas jurisdicciones, pero
hasta entonces podemos afirmar que había tantas jurisdic--
ciones como reinos, como actividades, como ciudades, co--
mo clases y casi como vidas. Así por ejemplo, el Consejo
de la Mestra era la jurisdicción para todos los asuntos
ganaderos; la jurisdicción académica conocía sobre mate--
rias penales de los escolares. El mismo mercado tenía -
su propia jurisdicción. Hacer, pues, una enumeración -
de todas las jurisdicciones existentes es imposible pues
no existía la igualdad ante la Ley. Citaremos sólo a --
título de ejemplo las jurisdicciones más conocidas: la
del Consulado del Mar de Bilbao, la de Pósitos, la de -
Mostrenses, la de Extranjería, la de Salas de Hidalgos,
la de Maestranteros, la de Propios Arbitrios, la Herman--
dad, la Alfonsina, la de Expolios, la de Teruel, Baeza,-
Burgos, la Santa Hermandad, etc., etc.

En esta época que llamamos preconstitucional -
no existía siquiera el concepto de Juez. Así por ejemplo:
el gremio de carpinteros juzgaba sus problemas, pues no -

había jueces estatales y éstos se elegían entre maestros del gremio. Lo que sí había era jueces reales (los adelantados mayores y los Merinos) que administraban justicia como "alter ego" del Rey. El Monarca personalmente, durante toda la Edad Media, daba lo que se llamó las -- "audiencias del Rey". Situado en la puerta del palacio -- atendía a los que acudían a él para reclamaciones, asu-- miendo para sí la apelación. Pero no se puede decir que ésta era la jurisdicción unitaria y las otras jurisdic-- ciones especiales pues todo estaba atomizado. Los mismos ministerios de entonces (los consejos) administraban jus-- ticia. Es por ello que para nuestro estudio histórico he-- mos preferido partir de la época constitucional que a -- continuación veremos:

2.1.2.- Constitución de 1.812.- Las Cortes de Cádiz fueron fruto del vacío en el poder ocasionado por el secuestro de la familia real, --retenida en Francia -- por Napoleón--, al faltar el reconocimiento por parte de los Españoles del poder impuesto por José I. Las provin-- cias constituyeron poco después las famosas Juntas, que, encarnado el alma regional, dirigen la resistencia fren-- te al ejército ocupante. Pronto comprenden las Juntas -- la necesidad de coordinarse y surge la Junta Central -- que convoca las Cortes de Cádiz.

En el seno de las Cortes de Cádiz se marcan dos tendencias: por un lado la reformista moderada (Jovellanos) y por el otro la del sector exaltado, que, -- con la reconquista del suelo patrio, quiere conseguir -- simultáneamente la conquista de las libertades individuales (52). Acabaría imponiéndose este segundo criterio cristalizando en esta pieza, incomparablemente idealista, que llamamos Constitución del 12 (19-3-1.812).

En el articulado legal que estas Cortes elaboran se perfila platónicamente "la igualdad de todos los hombres ante la Ley", y responde, en lo relativo a la justicia, a la teoría de la división de poderes. Se establece que, la potestad de aplicar las Leyes, en las causas civiles y criminales, pertenece exclusivamente a los Tribunales, sin intromisión de las Cortes ni del -- Rey, y que los Tribunales no podrán ejercer más función que la de juzgar y ejecutar lo juzgado, sin potestad para suspender las Leyes ni acordar reglamento alguno sobre la administración de la justicia.

(52).- Aproximación a la historia del socialismo español, Luis Gómez Llorente. Ed. Cuadernos para el Diálogo, Madrid 1.972.

Se proclamó asimismo la unidad de Fueros, declarando que no sólo habría más de un Fuero para toda clase de personas. Sólo los eclesiásticos y militares, en los términos que respectivamente los reconocen sus leyes especiales seguirían en vigencia. La tendencia unificadora se extiende a los códigos, postulando unos mismos códigos y unas mismas formalidades de los procesos, que regirán en toda la monarquía.

A este período político netamente constitucional, sucedió otro de franca anticonstitucionalidad (53) Desde Valencia, el 4 de Mayo de 1.814, dicta Fernando VII una Real Resolución en la que, tras condenar la labor de las Cortes de Cádiz y su "modo de hacer leyes tan ajeno a la Nación Española", declara "nula y de ningún valor ni efecto la Constitución de las llamadas Cortes generales y extraordinarias de la Nación".

(53).- Terminada la Guerra de la Independencia, reinstalado Fernando VII, se establece el absolutismo y la concentración de todos los poderes en sus manos. Aunque en 1.820 vuelven los liberales al poder -al aprovechar Riego una concentración del ejército destinada a sofocar la insurrección de las colonias americanas- éstos desgastan sus fuerzas en formalismos legalistas, y, en seguida Fernando VII da otro golpe de estado restableciendo el absolutismo con la ayuda de los cien mil hijos de S. Luis, enviados por Luis XVIII de Francia.

Por Real Cédula del 25 de Junio de 1.814 se ordena el restablecimiento de juzgados y Audiencias tal y como estaban en 1.808. Esta medida genérica se ve, en los meses y años inmediatamente posteriores, completada por toda una serie de disposiciones que contribuyen a recrear la pluralidad jurisdiccional típica del antiguo régimen. Dichas disposiciones son las siguientes:

- R.D. 21 de Julio 1.814: restablece "el consejo de Inquisición y los demás tribunales del Santo Oficio al ejercicio.
- R.D. 8 de Septiembre 1.814: "restablece el Consejo Real de las Ordenes militares con la jurisdicción y facultades que tenía en 1.808".
- R.O. 25 Enero 1.815: restablece el Juzgado de Caza, Pesca y Veda tal y como estaba en 1.808.
- R.O. 16 de Junio 1.815: restablece la jurisdicción universitaria.

A pesar de todo ello la incorporación a la Nación de los servicios jurisdiccionales no pudo ser desconocida, hasta el punto de que el Estado ya no se desprendió del régimen unitario que había reivindicado para sí. En efecto, cuando por Real Cédula de 15 de Septiembre de 1.814 se reintegró a los antiguos señores de

todos los derechos de que habían sido despojados por las Cortes de Cádiz, el Estado se cuidó muy especialmente de conservar en su poder todo aquello que significara ejercicio de la jurisdicción; y sí se reintegró a los señores sus derechos de caza, pesca, molinos y hornos, aprovechamientos de aguas, etc., el Estado cuidó de reservarse para sí el ejercicio de todo poder jurisdiccional, mediante el conocimiento exclusivo de los pleitos y causas criminales.

Con la invasión de los Cien Mil Hijos de San Luis y la instauración de una regencia provisional se abre en España de nuevo, el proceso de liquidación y del legado liberal de Cádiz.

Esta segunda reacción absolutista introduce una serie de nuevas disposiciones, tendentes todas ellas a consagrar o ampliar la diversidad jurisdiccional.

Sucintamente son:

- R.O. de 17 Enero de 1.828, sobre jurisdicción competente para entender sobre las demandas contra militares por impago de alquileres.
- Circular de 13 de Enero, 1.829: que incluye una Real Declaración, según la cual "el conocimiento de los negocios contenciosos sobre montes y plantíos pertene-

cientes al común, baldíos y realengos de los pueblos, corresponde al Consejo Real y sus dependencias".

- Real Cédula de 22 de Marzo 1.829, "por la cual se establece en el Supremo Consejo de Hacienda.
- R.O. de 8 de Octubre 1.831, "Reproduciendo lo ya mandado para que los tribunales no conozcan de asuntos de suministros" (privativos de la jurisdicción de Hacienda).
- R.O. de 1º de Noviembre de 1.831, que declara vigente el Juzgado de Mostreptos (establecido por R.D. de 27 de Noviembre de 1.875).
- R.O. de 24 de Septiembre de 1.832, disponiendo que -- los tribunales seculares no se entrometan a conocer -- en las causas de exacción de Novenos por corresponder a los eclesiásticos".
- R.O. de 31 de Julio, 1.833, "disponiendo que los Contadores de Maestrazgos continúen ejerciendo la jurisdicción de negocios de su ramo".

Con la desaparición de Fernando VII (1.833) el trono gira hacia los liberales a quienes la reina viuda M^a. Cristina de Brobón abre sus brazos ante la amenaza -- que para ella supone el carlismo que reclama el trono.

A consecuencia del llamado Motín de la Granja o de los Sargentos nace un gobierno más progresista y reúne nuevas Cortes que votan la constitución de 1.837 cuyo título X con seis artículos se dedica al poder judicial y en su artículo 4º se establece un sólo Fuero -- para todos los españoles.

El 9 de Mayo de 1.843 se crea una Comisión General de codificación (54) y en el artículo 4º de su Ley fundamental dice que no se reconocerá en los códigos fuero alguno especial sino por razón de las cosas o de la materia, estableciéndose uno sólo para todos los españoles en los juicios civiles y criminales. Junto a los órganos de la Junta Ordinaria subsisten los Tribunales de Comercio, Juzgados de Rentas, Juzgados de Guerra y Marina y Tribunal Mayor de Cuentas.

La Regencia irá a lo largo de sus diez años de duración, eliminando y suprimiendo jurisdicciones especiales, con una sola excepción: la del fuero especial -- del ramo de Correos y sus agregados, que se ve confirmado por Reales Ordenes de 8 de Marzo de 1.834.

(54).- Crónica de la codificación española. Ministerio de Justicia 1.970.

Brevemente podemos indicar aquí la lista de Ju
risdicciones suprimidas o reducidas:

- R.D. 15 de Julio 1.834: suprime definitivamente el Tri
bunal de la Inquisición.
- R.D. 19 de Noviembre 1.834: ordena que los Corregido--
res políticos y gobernadores militares cesen en el co-
nocimiento de los negocios contenciosos, pasando éstos
a la jurisdicción ordinaria.
- R.D. 16 de Febrero 1.835: suprime la jurisdicción de -
la Nosta.
- R.D. 5 de Marzo 1.835: suprime el fuero de población.
- R.D. 7 de Mayo 1.835: suprime las Santas Reales y vie-
jas Hermandades de Ciudad Real, Talavera y Toledo, así
como los tribunales privilegiados de las mismas.
- R.D. 16 de Mayo 1.835: suprime Juzgado de Mostrencos.
- R.D. 13 de Septiembre 1.835: suprime el Tribunal Supre
mo de Hacienda.
- R.O. de 1º de Noviembre de 1.837: reduce la jurisdic--
ción privativa de los Maestrazgos y Encomiendas a las
cosas, y no a las personas.

- O. del Regente del Reino de 2 de Septiembre de 1841, mandando cesar los tribunales patrimoniales por considerarles inconstitucionales.
- R.D. de 24 de Mayo 1.842, suprime el Fuero de Maestrantes.

En cuanto a las jurisdicciones eclesiásticas y militar, apuntó la Regencia un intento de restricción de su extensión. En tal sentido cabe ver las siguientes disposiciones referentes a las mismas:

- R.D. de 17 de Octubre 1835: "mandando que las justicias ordinarias conozcan, siendo los delitos atroces o graves, en las causas de los eclesiásticos". Se trata, pues, de un cierto intento de seguir los pasos del Decreto de 26 de Septiembre de 1.820.
- R.O. 12 de Mayo 1.837, que dispone, a propósito de la actuación del Juez de Arzúa contra el Arzobispo de Santiago, que facilitaba dinero a los facciosos (carlistas), que "las causas criminales contra los prelados diocesanos corresponden al Tribunal Supremo de Justicia".
- R.O. de 15 de Octubre de 1.839 que dispone que la jurisdicción que debe penar a quienes se mutilen para eludir así el servicio militar es la jurisdicción del fuero que tenían los inculpados cuando se mutilaron y

no la militar. Se trata aquí de un freno a la tendencia expansiva (o al carácter atractivo, por ponerlo técnica- mente) del fuero militar, que tan claramente se pondrá de relieve a finales del siglo XIX.

El Jefe del grupo conservador, Narvaez convo- ca las Cortes Constituyentes que aprueban la nueva cons- titución de 23 de Mayo de 1.845 calificada como acto po- lítico perjudicial, por cuanto indica el funesto prece- dente de anular en cada cambio político la obra legisla- tiva anterior. A la justicia se dedica en esta constitu- ción el título X, cuyo contenido es idéntico al del tex- to fundamental de 1.837. Proclama la exclusividad de -- los Tribunales de Justicia de Fuero General a cuya ju- risdicción "están sujetas todas las personas y todos -- los negocios" agregando que "para que dependan los Fue- ros especiales es preciso que las Leyes particularmente los designen".

Por Real Decreto de 31 de Julio de 1.846 se - suspende la Comisión Codificadora creada en el año 1843 y se crea una nueva comisión que, en un proyecto de ba- ses, reclama la "abolición completa y absoluta del Fue- ro Militar y Civil y se dispone el cese de la jurisdic- ción militar en el conocimiento de los pleitos contra - los extranjeros a quienes corresponde el llamado Fuero

de Extranjería (55).

Por Real Decreto de 11 de Agosto de 1.854 se convocaron Cortes Constituyentes que votaron una constitución largamente discutida (56) pero que no llegó a tener vigencia.

Esta Constitución de 1.856 establece como excepción a la unificación jurisdiccional en materia civil, el mantenimiento de los Tribunales de Comercio para conocer de los pleitos que versan sobre materias mercantiles.

La inestabilidad de los gobiernos que se sucedieron en la década de 1.860 da lugar al debilitamiento de la Corona; y el fallecimiento de los Generales O'Donnell y -- Narvaez; que eran puntales que sostenían a la reina, crea una situación política muy propicia para la unión de los progresistas con los demócratas y republicanos llegando la revolución en Septiembre de 1.868. Desde el primer momento se fijan como objetivo los derechos y libertades humanas y se hace una declaración de unidad de fueros en todas las

(55).- Archivo de la Comisión General de Codificación. Legajo 4 de Organización de Tribunales, carpeta 3, documento 20, folio 28.

(56).- Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes -- 1.856, n^os. 341, 342, 358, 362 a 365.

ramas de la administración de justicia y de la inamovilidad judicial. El 6 de Junio de 1.869 se promulga la nueva Constitución y el título 7 se dedica al Poder Judicial, así denominado por primera vez. Entre sus declaraciones más importantes están la unidad de Código y de Fueros, la inamovilidad de Jueces y el establecimiento del Jurado. Son numerosas las reformas legislativas llevadas a cabo en este período, pudiendo citarse entre ellas el Decreto de unificación de Fuero de 6 de Diciembre de 1.968 y la Ley provisional Orgánica del poder judicial de 15 de Septiembre de 1.870 (57).

Esbozando el problema de la unificación de los Fueros en la tercera de las bases de la Real Orden de -- 10-5-1863 se nombra una Comisión mixta con la participación de la Comisión de Codificación (58) en la que se establecen como bases la supresión completa del Fuero Ci--

(57).- Dispone el art. 267 de la L.O.P.J., que la jurisdicción ordinaria será la única competente para conocer de los negocios civiles que susciten en territorio español. Y el art. 269 encomienda a la jurisdicción ordinaria penal, el conocimiento de todas las causas criminales, sin más excepciones que las señaladas en la Ley. El art. 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ordinaria sería la única competente para conocer de los negocios civiles.

(58).- Revista General de legislación y jurisprudencia de 1871 pág. 8. Memoria de los trabajos de la Comisión de Codificación suprimida por Decreto del regente reino de 1 de Octubre de 1869. Ponente D. -- Francisco Cárdenas.

vil y Militar, con reserva, no obstante, a las jurisdicciones de Guerra y Marina de la prevención de las testamentarias y abintestatos de los que mueren en campaña o durante la navegación. Se limita asimismo la competencia penal al conocimiento de los delitos militares que cometen los militares en activo servicio.

La Ley de 11 de Abril de 1.868 dispone la unificación de Fueros y el Decreto-Ley de 6-12-68 tiene por objeto llevar a cabo la referida unificación suprimiendo los fueros especiales (59). Este Decreto Ley se divide - en cinco títulos: El primero trata "de la refundición de

(59).- En cuyo art. 1º. estableció que "desde la publicación del presente Decreto la jurisdicción ordinaria será la única competente para conocer: 1º. de los negocios civiles y causas criminales por delitos comunes de los eclesiásticos, sin perjuicio - de que el gobierno español concuerde en su día con la Santa Sede lo que ambas potestades crean sobre el particular. 2º.- De los negocios civiles y criminales de los aforados de Guerra y Marina de todas clases retirados del servicio y de los de sus mujeres, hijos y criados, aunque estén en el activo". Los términos en que el Decreto se expresa responden bien a las claras al plan trazado y hondamente sentido en nuestra Patria de unificación de fueros, desapareciendo los llamados fueros privilegiados, y así, en el mismo art. 1º de aquella fundamental disposición, se pregona que la jurisdicción ordinaria será la única competente para conocer: "6º De los negocios civiles y causas criminales de los extranjeros domiciliados o transeuntes. 7º. De los - negocios de Hacienda y de los delitos de contrabando, defraudación y sus anexos, excepto el de resistencia armada a los resguardos de costas. 8º. De los negocios mercantiles".

los fueros especiales en el ordinario". El 2º. trata de la jurisdicción eclesiástica. El 3º. de la jurisdicción de guerra y marina. El 4º. se refiere a la suspensión de los Juzgados especiales de Hacienda; y el 5º. de la supresión de los Tribunales de Comercio y reforma del procedimiento anual en los juicios que pasan ante esta jurisdicción.

2.1.3.- El 30 de Junio de 1.876 fue promulgada la constitución llamada de "Los Notables" porque fue redactada por una comisión integrada por ex-Diputados y ex-Procuradores de las Cortes de los últimos 30 años con el propósito de plasmar un Código fundamental más amplio y duradero que los anteriores. Era más liberal que la de 1.845 y menos avanzada que la constitución de 1.869. Estuvo vigente hasta el año 1.923 en el que al advenimiento de su Dictadura Primo de Rivera la dejó en suspenso.

Dedica el título IX a la administración de justicia, y en el art. 75 se dice: "Unos mismos Códigos regirán en toda la monarquía, sin perjuicio de variaciones que por particulares circunstancias determinan las Leyes. En ellos no se establecerá más que un sólo Fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales.

En este período y por Real Decreto de 30 de Di

ciembre de 1.882 se autoriza al Presidente del Gobierno a presentar a las Cortes un proyecto sobre la jurisdicción contencioso-administrativa con el propósito de organizar esta jurisdicción especial (60).

La Ley de 23 de Marzo de 1.906 llamada "de jurisdicciones", amplía la jurisdicción militar para los delitos contra la Patria e Institutos Armados. Se establecieron los Tribunales Tutelares de Menores por las Leyes de 2 de Agosto y 25 de Noviembre de 1.918 y su reglamento de 10 de Julio de 1.919. Fueron numerosas las disposiciones dictadas durante este período para modificar artículos concretos de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La dictadura del general Primo de Rivera viene a suponer la culminación del proceso que examinamos. La "militarización", por así decirlo, jurisdiccional alcanzada durante la misma, sin lugar a dudas, un punto máximo.

- R.D. de 23 de Diciembre de 1.923 dispone la creación de Tribunales de Trabajo Ferroviario.

- R.D. 25 de Diciembre de 1.925, por su parte, dispone -

(60).- Miguel Moya: Crónica Legislativa Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo 62 pág. 555.

que la jurisdicción de Guerra, y en su caso la de Marina, sean las únicas competentes para conocer de los delitos comprendidos en la Ley de 10 de Julio de 1894 (terrorismo y tendencia de explosivos) y en la sección 1ª. del capítulo 1º del título 2º del libro 2º. del Código Penal (delitos contra el Jefe del Estado).

- R.D. 27 de Febrero de 1.926 pasa a la competencia de la jurisdicción de Guerra las resoluciones dictadas como consecuencia de expedientes gubernativos instruidos a generales.

- R.D. de 16 de Mayo de 1.926 dispone que la Jurisdicción militar será la única competente para juzgar delitos cometidos por militares.

- Por último el R.D. de 3 de Febrero de 1.929 cierra la actividad de la dictadura en el terreno jurisdiccional creando en Madrid un juzgado especial de instrucción para que, en dependencia directa de la Presidencia del Gobierno conozca directamente de los atestados y primeras diligencias practicadas por las Autoridades gubernativas y agentes en averiguación de aquellos hechos delictivos que afecten a la seguridad exterior del Estado o se dirijan contra los poderes constituidos o el orden público.

Con motivo de las elecciones municipales que dieron el triunfo a la coalición republicana-socialista, fue instaurada sin resistencia alguna la segunda república el 14 de Abril de 1.931.

Se dictan una serie de disposiciones como:

- El D. de 17 de Abril de 1.931 deroga la Ley de 23 de Marzo de 1.906 ("Ley de jurisdicciones").
- El D. de 29 de Abril de 1.931 suprime las órdenes militares y disuelve sus tribunales.
- El D. de 11 de Mayo de 1.931 determina cuál ha de ser, en adelante, la jurisdicción de los tribunales de Guerra y Marina, reduciendo su alcance a delitos exclusivamente militares.

Se inicia un período constituyente y el 9 de Diciembre del mismo año fue aprobada la Constitución.

El título VII, artículos 94 a 107, está consagrado a la Justicia que indudablemente fue bien tratada.

El artículo 94 decía: "La justicia se administra en nombre del E. La República asegurará a los litigantes económicamente necesitados la gratitud de la justicia. Los jueces son independientes en su función. Sólo

están sometidos a la Ley. El artículo 95 dice: "La administración de justicia comprenderá todas las jurisdicciones existentes, que serán reguladas por las Leyes. - La jurisdicción penal militar quedará limitada a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los institutos armados. No podrá establecerse fuero alguno por razón de las personas ni de los lugares. Se exceptua el caso de estado de guerra, con arreglo a la Ley de Orden Público, quedan abolidos todos los Tribunales de honor, tanto civiles como militares.

El 18 de Julio de 1.936 se levanta en armas - parte del ejército contra el poder entonces legalmente constituido y provoca una guerra que durará 3 largos -- años al cabo de los cuales, y con el triunfo del General Franco, se establece un régimen autoritario. Los primeros años de este período ven resurgir una forma de jurisdicción especial extinguida de antiguo: la jurisdicción particular o de grupo. En efecto, la Ley de 9 de -- Septiembre de 1.939 establece los cauces jurisdiccionales para las actuaciones contra los afiliados a FET y de las JONS. En esta misma línea, la Ley de 22 de Febrero de 1.941 establece el Fuero de las Jerarquías de FET y de las JONS. En virtud del mismo (art. 1º) las causas -- que se incoen contra miembros del Consejo Nacional de -- FET y de las JONS habrán de ser incoadas y resueltas por la Sala 2ª. del Tribunal Supremo, por el Tribunal Supre-

mo en pleno, por la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar o por el Consejo Superior de Justicia Militar en pleno, según "graduación, destino o mandato del aforado".

La quiebra del principio de unidad jurisdiccional continua con la Ley de 19 de Febrero de 1.939 que crea el Tribunal Nacional de Responsabilidades políticas. La Ley de 1 de Marzo de 1.940 restablece en sus artículos 11 y 12 tribunales especiales para la represión de los delitos de masonería. La Ley de 27 de Septiembre de 1.940 restablece, por su parte, los tribunales de honor.

En los treinta y cuatro años restantes que aquí estudiamos, este proceso no hará sino consolidarse, y así, en 1.970, la Comisión General de Codificación (61) ofrece el siguiente balance de las jurisdicciones especiales vigentes en la actualidad.

- Laboral, creada por D.L. de 13 de Mayo de 1.938.

(61) Comisión General de Codificación, Crónica de la Codificación Española, I: Organización (Ministerio de Justicia 1.970, página 342).

- Militar, cuyas vicisitudes durante este período ahora veremos con más detalle.

- Eclesiástica.

- Tutelar de Menores, regida por el Decreto de 11 de Julio de 1.948.

- Juzgados gubernativos para la recuperación de objetos sustraídos en la guerra civil, creados por D. de 7 de Agosto de 1.939.

- Tribunal Arbitral de Seguros, regido por D. de 17 de Mayo de 1.952.

- Tribunal de Aguas de Valencia, regulado por D. de 5 de Abril de 1.932.

- Consulado de Lonja de Valencia, regido por Ordenes de 21 de Mayo y 18 de Septiembre de 1.952.

- Juntas de Tasas, creadas por Ley de 24 de Junio de 1938.

- Juzgado Especial de Recuperación de bienes de la Iglesia.

- Juzgado de Delitos Monetarios, creado por Ley de 24 de Noviembre de 1.938.

- Tribunal de Defensa de la Competencia, creado por Ley de 20 de Julio de 1.963.

- Jefaturas Piscícolas, a las que atribuyen facultades sancionadoras la Ley de Pesca Fluvial de 20 de Febrero de 1.942.

- Juzgado Especial de Emigración, creado por D. de 3 de Mayo de 1.962.

- Comunidades y Hermandades de Labradores, que asumen -- funciones jurisdiccionales por virtud de los dispuesto en la Ley de 8 de Julio de 1.898, Real Decreto de 23 de Febrero de 1.906 y D. de 23 de Febrero de 1.906 y D. 23 de Marzo de 1.945.

- Tribunal de Contrabando, organizados por D. de 11 de Septiembre de 1.953.

- Tribunal Económico-administrativo, regulado por R.O. de 16 de Junio de 1.924 y DD. de 29-12-1948 y 2-4-1954.

- Tribunal Central de Arbitraje de Espectáculos, creado por Orden de 30 de Diciembre de 1.957.

- Jurisdicción Deportiva, creada por Orden de 7 de Junio de 1.945.

- Tribunal Sindical de Amparo, instituido por D. de 12 de Febrero de 1.944.

Estas jurisdicciones y otras más no señaladas como el Tribunal de Orden Público las iremos estudiando en los capítulos siguientes. Ahora examinaremos brevemente como trata el problema de la unidad jurisdiccional la constitución nominal (62).

El actual régimen no se rige por una constitución cristalizada, sus principios doctrinales están contenidos en la Ley de Principios del Movimiento de 17-5-1.958 y en la Ley Orgánica del Estado de 10 de Enero de 1.967. En estas leyes fundamentales se establece el sistema institucional del Estado Español el cual responde a los principios de unidad de poder y coordinación de funciones, según dispone el artº. 2º. de la Ley Orgánica del Estado (.L.O.E.). Precisamente esta unidad y esta coordinación son las premisas que deben orientar la ordenación de la función jurisdiccional.

Completando deficiencias de las otras Leyes Fundamentales, dedica a la Justicia el título V de la L.O.E. y deja sentado que "La Justicia gozará de completa independencia", es decir, que no depende del gobierno ni de las Cortes. "La función jurisdiccional, juzgando

(62).- Ver diferencia entre Constitución real y nominal de Karl Loewenstein.

y haciendo ejecutar lo juzgado en los juicios civiles, penales, contencioso-administrativos, laborales y demás que establezcan las Leyes, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en la Ley Orgánica de la Justicia, según su diversa competencia".

El artículo 31 de la referida L.O.E. conserva el principio de que la función jurisdiccional corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en la L.O.P.J. Señala el art. 32 como únicas excepciones a este principio las jurisdicciones militar y eclesiástica (63).

Nota esencial que debe adornar a cualquier Tribunal no comprendido en esas excepciones, es la que señala el art. 29 de la referida Ley. "La Justicia gozará de completa independencia. Será administrada en nombre del Jefe del Estado de acuerdo con las Leyes por Jueces y Magistrados independientes, inamovibles y responsables con arreglo a la Ley".

(63).- Para Prieto-Castro este artículo no propugna de forma clara la unidad de jurisdicciones y hasta cierto punto -dice- deja la puerta abierta para la creación de otros tribunales "Comunicación a la 8ª. reunión de Profesores de Derecho Procesal. Separata de R.D.P. 1.972 pág. 13.

Para dar cumplimiento al principio de la unidad jurisdiccional sancionado por los artículos 31 y 32 de la L.O.E. está redactada la base primera del Proyecto de Ley Orgánica de la Justicia (64) "La Justicia es la función única, exclusiva y excluyente de las demás del Estado" y "La potestad de aplicar las Leyes en el ejercicio de su función jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales "atribuyendo a los Tribunales de Justicia el conocimiento de todos los juicios civiles, penales, contencioso-administrativos, laborales y demás que establezcan las Leyes con unidad jurisdiccional, -- exceptuándose únicamente las jurisdicciones militar y -- eclesiástica".

2.2.- A continuación vamos a estudiar cuál -- sea el papel que desempeña la función jurisdiccional, -- operando como garantía real del ejercicio pleno de los derechos fundamentales, como instrumento de realización práctica de la constitución u ordenamiento jurídico básico.

(64).- Boletín de las Cortes Españolas nº 1309 del 20 de Diciembre. Bases para la reforma de la justicia - (1ª. ponencia de la Sección tercera de la Comisión General de Codificación) Publicada la Separata de los nºs. 790, 791 y 792 del Boletín de Información del Ministerio de Justicia". Madrid - - 1.969 página 1-2.

No basta que los derechos fundamentales de la persona sean reconocidos en el ordenamiento constitucional, sino que es preciso que se tutelen los mismos, ofreciendo y asegurando la posibilidad real de su ejercicio. Ello sólo es posible con una eficaz defensa de tales derechos ante el poder jurisdiccional. Reconocerle a un -- ciudadano su libertad sin arbitrar paralelamente la manera de imponer y mantener tal declaración es adorno superfluo e hiriente (65).

La mera consagración formal de los derechos humanos, para ser respetados por autoridades y ciudadanos resulta insuficiente e ineficaz por sí sola. En esta circunstancia, el desbordamiento de aquellos carece de otra "defensa" que la patética denuncia o la acusación sin -- respuesta (cuando no causa de una nueva violación). Es -- por ello que hemos de examinar en primer lugar la situación que se presenta al particular para ejercitar la defensa de sus derechos.

2.2.1.- Ya hemos visto en el capítulo anterior cómo el Estado integra la jurisdicción como una función del mismo, integrada en la unidad de poder. Resaltábamos

(65).- Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de Carlos Ayarragaray, editorial Lavallo, Buenos Aires, 1955, página 19.

igualmente el monopolio que asume el Estado en lo que respecta a la administración de justicia, prohibiendo a los particulares dirimir sus conflictos autónomamente y por mano propia. Superada la ley del talión y la venganza personal como instrumento de justicia, privado el hombre de la posibilidad de hacerse justicia por sí mismo, lo queda en reemplazo el poder jurídico de requerir la colaboración de los poderes constituidos del Estado. Es decir, el titular de un derecho tiene la facultad de ejercer las acciones (66) necesarias para poner en funcionamiento el poder jurisdiccional y todo el aparato coactivo que lleva aparejado el modo que su derecho sea defendido y, en su caso, restaurado. Tal es la idea manifestada por Hugo Alsina (67) al decir que desde que se prohíbe a las personas hacer justicia por mano propia, el Estado asume la obligación de administrarla; lo que implica, como corolario inseparable, el derecho (68)

(66).- Como dice Couture, se acostumbra llamar acción al poder jurídico que tiene el individuo de dirigirse a los órganos jurisdiccionales (las garantías constitucionales del proceso civil. pág. 25. Editorial Buenos Aires, 1948.

(67).- Hugo Alsina.- "Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial". Editorial Ediar, Buenos Aires, 1.957, tomo 2º, página 418.

(68).- Reconocido en el art. 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre...: Toda persona tiene derecho a una acción efectiva ante los Tribunales nacionales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos, por la constitución o la Ley.

de los particulares a pedir esa administración de autoridad en su favor (69).

Si los ciudadanos no estuvieran legitimados activamente para pretender ante los Tribunales la protección de sus derechos, esta garantía sería siempre insuficiente. En realidad (70) las libertades que se conceden son derechos en sentido jurídico, que es tanto como decir eficazmente, tan sólo en el caso de que los súbditos tengan la oportunidad de reclamar frente a los actos, ya provengan del Estado, ya de cualquier ciudadano o institución particular, por los cuales esas prescripciones constitucionales son violadas. Posibilidad de reclamar, como es obvio, con esperanza de que la misma prospere y dichos actos sean anulados, restaurándose la situación previa a la acción dañosa.

De los visto hasta ahora, por tanto, podemos extraer ya dos elementos o condiciones que el llamado "de

(69).- El tema de la conexión del derecho a la jurisdicción con la teoría de la acción y del proceso ha sido magníficamente elaborado por Podetti, S. Ramiro. "Teología y Técnica del Proceso Civil. Ed. Ediar. Buenos Aires, año 1.963, pág. 335 y ss.

(70).- Kelsen.- Teoría General del Derecho y del Estado, página, 280.

recho a la jurisdicción" supone: una norma de derecho - sustantivo, en primer lugar, en que se apoye el derecho subjetivo fundamental, en la que éste es proclamado y - garantizado, en la que existe la última instancia de referencia. Y, en segundo lugar, la potestad del sujeto de iniciar el proceso, pretendiendo la defensa del derecho fundamental de que se trate, con la esperanza cierta de que tal pretensión será justamente oída.

2.2.2.- Es precisamente de este segundo punto de donde se desprende el tercer elemento del tema que nos ocupa. Así como no es suficiente la declaración de un derecho sino que es preciso el poder exigir su cumplimiento, de la misma forma carecería de interés tal derecho sin una serie de garantías y condiciones que deben exigirse al órgano que va a juzgar. El tercer elemento que exige el "derecho a la jurisdicción" es el -- del juez natural.

Según Calamandrei (71).- Por Juez Natural se

(71).- Calamandrei.- "Instituciones de derecho procesal civil". Ed. jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1.962, traducción Santiago Sentís Melendo, - página 47.

entiende el órgano judicial preconstituido, es decir, - pre-existente a la causa que deba ser juzgada y cuyos - componentes han sido elegidos sobre la base de crite- - rios abstractos y generales, previos e independientes - de los asuntos de que se trate, y anteriores a momento alguno en que pudiera preverse cuáles habían de ser en concreto las causas que serían sometidas a su considera- ción y juicio.

Efectivamente, el derecho a la jurisdicción - (o de libre acceso a los Tribunales), debe entenderse - como el derecho de los individuos a formular sus preten- siones ante jueces preexistente, establecidos de acuer- do con las leyes de forma objetiva y con carácter perma- nente, en contraposición a los jueces "ad hoc" o comi- siones especiales.

No haya necesidad de largos razonamientos para comprender la importancia que esta garantía tiene para el recto funcionamiento de la justicia y para la defen- sa de la libertad jurídica real de los ciudadanos, Según Calamandrei (72), el Juez Natural constituye una necesi-

(72).- Calamandrei.- "Instituciones de derecho procesal civil". Ed. jurídicas Europa-América, Buenos Ai- res 1.962, traducción Santiago Sentis Melendo "Op. cit".

ria integración a la irretroactividad de la Ley. Así como la norma no puede aplicarse a hechos a ella anteriores, no es posible nombrar un juez especial con la misión de conceptuar acontecimientos previos a tal designación.

El principio de la abstracción de las leyes, que asegura a los ciudadanos la certeza del derecho y la posibilidad de conocer en todo momento y con plena seguridad los límites de la propia libertad, no tendría prácticamente sentido mientras no fuere acompañada de esta paralela abstracción del ordenamiento jurídico en favor del llamado Juez Natural. En otro caso, queda la puerta abierta a la arbitrariedad, permitiendo que el gobierno elija en cada caso, como jueces, a personas de su confianza especialmente predisuestas con anterioridad. Se utiliza la farsa encubridora de un juicio aparente, para condenar actuaciones perfectamente legítimas, pero indeseables para la clase política en el poder. Se aparenta legalidad para encubrir actos de la clase dominante contrarios a las exigencias de los derechos humanos. Se destruye, en una palabra, la independencia e imparcialidad de los jueces, que es tanto como aniquilar en sus mismas raíces el derecho y la justicia.

Como dice Almagro (73) sólo con referencia a -

(73).- Almagro Nosete.- "Protección procesal de los Derechos Humanos". Revista de Derecho Procesal Iberoamericana. Año 1.973, nº 1, página 14.

órganos jurisdiccionales idóneos puede empezar a hablarse de protección procesal de los derechos humanos. No debe existir un sólo derecho sin tutela jurisdiccional. Y la única tutela procesal que puede evitar las desviaciones de los órganos del poder es la creación de jueces independientes de los mismos, ajenos al ejecutivo.

Contra la agresión que el poder legislativo pueda llevar a cabo al vulnerar la justicia constitucional, no existe en España más posibilidad que la del recurso de contrafuero, creado por la Ley Orgánica del Estado de 10 de Enero de 1.967 y desarrollado por Ley de 5 de Abril de 1.968. Tal recurso sólo puede ser promovido por órganos públicos, para ser resuelto, en definitiva, por el Jefe de Estado. El sistema es, a todas luces, insuficiente. Para subsanar sus deficiencias, el profesor Almagro propone que se establezca, incluso con carácter paralelo al contrafuero, un tribunal independiente de amparo de los derechos fundamentales.

2.2.3.- Un cuarto elemento necesario para la existencia de una efectiva protección judicial de los derechos reconocidos en la constitución, y como complemento del derecho a la jurisdicción, es un procedimiento --

que organice procesalmente dicho derecho a la jurisdicción, con todas sus fases probatorias y aleatorias (74).

Hemos de coincidir con Juan Francisco Linares (75) cuando defiende que nadie puede ser privado, judicial ni administrativamente, de su libertad, sin que se cumplan ciertos procedimientos establecidos en la Ley. Todo individuo tiene derecho a ser oído antes de emitirse condena alguna contra él. Debe, pues, posibilitársele, exponer las razones de su defensa, intentar probar estas razones con cuantos medios legítimos disponga y, en última instancia, esperar una sentencia fundada.

Esta garantía suele denominarse, atendiendo a la precedente expresión norteamericana ("due process of law"), como derecho al "debido proceso". Que, de acuerdo

(74).- Ver "Derechos Fundamentales", Teoría General", - Gregorio Peces Barba. Ed. Guadiana de Publicaciones, 1.973, página 244.

(75).- Juan Francisco Linares.- "El debido proceso como garantía innominada de la constitución Argentina. "Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Civiles de la Unibersidad de la Plata, tomo XIV, -- año 1.943, páginas 256 y siguientes.

con lo dicho , podríamos definir con Couturé (76) como el derecho o la condición de no ser privado de la vida, libertad o propiedad (nosotros añadiríamos, ni de derecho alguno), sin la garantía que supone la tramitación de un proceso desarrollado en la forma que establece la Ley, una Ley dotada de todas las garantías del proceso parlamentaria: una Ley en ambos sentidos, formal y material.

De esta forma, el proceso, que es en sí mismo solamente un medio de realización de la justicia, viene a constituirse en un derecho de rango fundamental -- (77). Porque la forma en que se garantiza un derecho requiere, en la mayoría de los casos, tanta importancia -- como el derecho material que la sustenta.

(76).- Couturé.- Estudios de Derecho Procesal Civil, tomo I, página 51, año 1.948. Editorial Buenos Aires.

(77).- Couturé.- "Las garantías constitucionales del proceso Civil" en "Estudios de derecho procesal civil". Tomo I, La Constitución y el Proceso Civil. Buenos Aires, 1.948, tomo I, página 19.

La Ley orgánica de los Tribunales resulta, así, en cuanto que desenvuelve los principios de independencia, autoridad y responsabilidad de los jueces, la Ley reglamentaria de la función jurisdiccional misma. Es en ella - donde deben plasmarse las garantías que hemos visto exige el llamado "derecho a la jurisdicción".

2.3.- Trataremos de ver, seguidamente, el cuadro de garantías existentes en nuestra jurisdicción ordinaria, para pasar después a realizar una comparación de las mismas con las ofrecidas por jurisdicciones especiales. Este enfrentamiento nos permitirá mostrar las deficiencias que éstas presentan con respecto a aquélla.

Pero, como sea que compartimos el juicio del -- profesor Almagro (78) de que la protección jurídica que -- actualmente se presta a los derechos fundamentales, in- -- cluso en la jurisdicción ordinaria, es inadecuada, pare--

(78).- Almagro Nosete.- Garantía jurisdiccional de los -- derechos fundamentales. Madrid 1.971, página 29.

cería lógico y necesario que previamente examináramos - las principales garantías ideales que debe poseer la jurisdicción. Esta forma de proceder ha sido utilizada, en el terreno sociológico, por Max Weber, siguiendo la teoría de los tipos ideales. Incluso algunos juristas, como Fenech (79), han preferido este método en cuanto - permite una mayor denuncia de las desviaciones observadas en relación con un modelo utópico.

Pero nosotros desistimos de principio de hacer ese intento. Por una parte, porque consideramos imposible la realización de una justicia pantómica, es decir, una justicia donde se tengan en cuenta todos los - condicionamientos de la vida lo cual, como dice Viada - (80), sólo Dios puede hacerlo. Por otra parte, una solución como ésta exigiría unas tomas de postura previas, unas aclaraciones anteriores al trabajo previamente di-

(79).- Fenech.- "La posición del Juez en el nuevo Estado", Ed. Espasa-Calpe, año 1.941, páginas 21 y ss.

(80).- Carlos Viada.- "Curso de derecho procesal penal". Tomo I, página 3. Madrid 1.962.

cho... más amplias incluso que el núcleo del mismo.

Efectivamente, nos parece, por ejemplo, imprescindible para juzgar, tener independencia de los condicionamientos sociológicos (81), sin que los sistemas políticos repercutan en los conflictos de intereses. Lo cual, empíricamente, no es posible: si el derecho está basado en una concepción del bien común, desde el momento en que caben muy diversas visiones, la toma de postura inicial nace necesariamente politizada. Para muchos puede ser condenable la apropiación de los bienes de producción... lo que otros favorecen: la forma de juzgar de unos y otros sería radicalmente distinta.

(81).- Recordamos la anécdota recogida por Manuel Jiménez de Parga ocurrida en el T.O.P., ante el que comparecían como acusados un grupo de obreros, a los cuales se les imputaba haber tomado parte en una manifestación no autorizada. El Fiscal pretendía convencer a los Magistrados que los procesados sabían que el acto, que tuvo lugar a media mañana, había sido prohibido por la autoridad competente y remata su razonamiento acusatorio con estas palabras: "Tenían que saberlo porque el mismo día - el A.B.C. publicó una nota de la Dirección General de Seguridad prohibiendo la manifestación anunciada". Pensó el Fiscal, sin duda con buena fé, que aquellos obreros leían todas las mañanas mientras desayunaban, el A.B.C.- El Fiscal lo hacía y sus amigos también. Se olvidó sin embargo, de que a las seis de la mañana, cuando los obreros salen de sus casas para el trabajo, los periódicos aún no están en la calle. Lo que es vehículo de noticias para un sector social, puede no serlo para los restantes.

Por ello, si permaneciésemos en el terreno de las ideas, sería preciso concretar la noción que tenemos del orden social. Lo que excede de los límites del presente estudio, hasta el punto de poder ser objeto de otro - nuevo por su solo peso y entidad.

Nos hemos de conformar, por tanto, con partir de las garantías que actualmente ofrece la jurisdicción ordinaria. Sin que ello signifique renunciar a hacer un análisis crítico de las mismas. Sobre esa base y ese modelo pasaremos, posteriormente, a la comparación pormenorizada, igualmente crítica, de las jurisdicciones especiales.

Para el establecimiento y descripción del cuadro de garantías que adornan la jurisdicción ordinaria, nos servirán de apoyatura los estudios del Profesor - - Prieto Castro (82).

2.3.1.- - GARANTIAS EN CUANTO AL ORGANISMO -

2.3.1.1.- Como garantía técnica:

(82).- El Profesor Prieto Castro ha tratado reiteradas veces este tema pero señalamos especialmente el último libro hecho en colaboración con G. de Cabiedes, Almagro y Gomales Deleito con el título de Tribunales Españoles, organización y funcionamiento. Ed. Tecnos, Madrid 1.973, y la comunicación a la octava reunión de profesores de derecho procesal.

La consecución de la justicia, su implantación y realización en cualquier ordenamiento jurídico, se halla estrechamente relacionada con el sistema y procedimientos de relación y promoción de las personas que han de impartirla. Por tal razón, en todo tiempo, la forma de reclutar los jueces ha sido causa de preocupación.

Varios sistemas se han empleado a través de la Historia, siendo de destacar como más significativos por su frecuencia y repetición en los distintos países, los tres siguientes: el de elección por el pueblo, el de designación por la Magistratura (autogobierno) y el de nombramiento por el ejecutivo.

En España rige este último sistema, el cual, en sí mismo considerado, es el que más expone a la erosión de la independencia judicial. Sin embargo, se ha reforzado con ciertas garantías que patentizan en el Legislador la conciencia del riesgo y su propósito de suprimirlo, y aunque no se consiga en todas las instancias, podemos estar en el camino de la consecución de la independencia judicial con las convenientes purificaciones del sistema al igual que el sistema norteamericano y anglosajón.

Un sistema adecuado sería el ingreso en el - - Cuerpo de jueces a través de oposiciones que se celebren objetivamente para todos aquellos que tengan el nivel y

la competencia establecida. Y por los tribunales superiores debe arbitrarse un sistema especial que aumente por un grado la objetividad -evitando la libre designación gubernamental- y que permite el acceso directo de hombres procedentes de otras actividades jurídicas: abogados, profesores, universitarios, etc.

Nuestro ordenamiento sigue el principio de la judicatura técnica y profesional, exigiendo previamente en los jueces los títulos que acreditan el conocimiento del Derecho. Tienen el carácter de funcionarios del Estado y su nombramiento está reglado (83).

El sistema de selección en España se hace mediante una valoración objetiva de conocimientos, basándose en pruebas y exámenes que persiguen la elección de los más aptos. No obstante, el sistema no es general, y así, para cubrir los puestos del Tribunal Supremo, los Magistrados correspondientes no son seleccionados por concurso de méritos u otros sistemas objetivos, sino -- que son designados con la intervención directa del Gobierno, de la Administración, olvidándose de que si el

(83).- Después de ser sometidos a un examen de ingreso en la Escuela Judicial han de permanecer en -- ella realizando estudios complementario.- La Escuela Judicial es creada por la Ley de 26-3-44.

poder ejecutivo no actúa separadamente del judicial y de alguna manera se confunden, se llegará inevitablemente a la pérdida de la independencia que todos deben disfrutar, y como dice Montesquieu Tout vrai perdu ("todo se pierde"), Il n'y a point encore de liberté ("No hay libertad"). El Proyecto de Bases para una Ley Orgánica de la Justicia publicado en el Boletín Oficial de las Cortes establece en su base 14 un nuevo sistema de ascenso al Tribunal Supremo: la especialización y su especial calificación aumentando así en cierto modo la intervención del Gobierno.

A título meramente enunciativo, señalaremos algunos supuestos en donde se mezclan los dos poderes: 1º. el Ministro de Justicia, a propuesta de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo (a su vez integrada por Magistrados que han recibido su nombramiento del poder ejecutivo), puede acordar el traslado de los Magistrados de una sala a otra.- 2º.- El Gobierno designa libremente a los Presidentes de la Sala del Tribunal Supremo.- 3º.- El Gobierno designa, también libremente, entre los Magistrados del Tribunal Supremo de procedencia judicial, a los Presidentes de las Audiencias Territoriales de Madrid y Barcelona, e igual se puede afirmar de los Presidentes de las restantes Audiencias Territoriales y Provinciales, ya que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia, los nombra de entre los Magistrados que reunan de-

terminados requisitos, pudiendo acordar libremente su -
remoción e cese.

2.3.1.2.- Como garantía jurídica:

El reconocimiento en nuestro ordenamiento ju-
rídico de los principios de monopolio jurisdiccional del
Estado y del Juez legal o Juez natural, supone una esti-
mable garantía por las derivaciones y propiedades que de-
vienen de tales principios. Veamoslos brevemente.

1º.- Principio del monopolio jurisdiccional --
del Estado: Como dice Guasp, "la especificidad de la ju-
risdicción", comporta de un lado el que la potestad de -
juzgar y ejecutar lo juzgado corresponde privativamente
a los órganos jurisdiccionales (art. 2 de la L.O.P.J.) y
determina de otro, el que los órganos no pueden entender
de tareas distintas al no estarles atribuidas expresamen-
te por una Ley. (art. 3 de la L.O.P.J.). La jurisdicción
se perfila así, como única y exclusiva realidad, cuyos -
caracteres garantizan su especial ejemplaridad. Consecuen-
cia de este principio es el derecho de los particulares -
al libre acceso a los Tribunales de Justicia, es decir, -
el derecho de interponer pretensiones ante el órgano ju-
risdiccional. Y como reverso o cara opuesta de este prin-
cipio puede considerarse, en cierto modo, la garantía que
supone el "principio de contradicción", por el cual se -

reconoce a la parte contraria el derecho a hacer las alegaciones que quiera. Esta ambivalencia del principio no constituye solamente un instrumento eficaz que utiliza el derecho positivo para descubrir la verdad y certeza de los hechos, sino que es una exigencia esencia de la justicia que ningún sistema puede omitir. Por ello, no parece discutible la vigencia de esta máxima, de este derecho, reconocidos de una forma u otra en casi todos los ordenamientos jurídicos.

2º.- Principio del Juez legal o del Juez natural: Este importantísimo principio presupone el que los Juzgados y Tribunales han de estar preestablecidos con anterioridad a las causas concretas que se sometan a su juicio, siendo caracteres propios de las personas que los desempeñan, jueces y Magistrados, los siguientes:

a').- Inamovilidad: Como dice Becaña (84), la inamovilidad es en definitiva una garantía no para el Juez sino para el justiciable, que solo puede esperar justicia cum

(84).- Francisco Becaña.- "Magistratura y Justicia" Año 1.928 pág. 407.

plida de un juez jerárquicamente libre y en cuya conducta no puedan influir circunstancias que lo aparten de la resolución estrictamente legal y justa. En este sentido, el art. 4º. de la L.O.P.J. prohíbe a los Tribunales dictar disposiciones que critiquen la actuación del inferior en el ejercicio de sus funciones (art. 9, 21 y ss. de la L.O.P.J.). Se establece asimismo la prohibición de modificar la organización judicial (art. 6 de la L.O.P.J.); y la invariabilidad de las reglas de competencia territorial y de los criterios de competencia en el repartimiento de los negocios. No se admite, por supuesto, ninguna forma de creación de Tribunales de excepción o excepcionales.

b').- Imparcialidad: El Juez es imparcial y ajeno a las partes, estableciendo la Ley medios para evitar que por debilidades humanas se pueda influir en sus resoluciones, imponiendo sanciones y penas por cohecho y prevaricación. Consecuentemente, las partes tienen el derecho de poder recusar a los Jueces cuando en ellos concurre alguna causa que haga dudar de su imparcialidad, como es el parentesco de una de las partes, la enemistad manifiesta, etc. En nuestro ordenamiento no existen causas de exclusión de pleno derecho, sino de simple abstención del juicio por parte del mismo Juez al que se le otorga la facultad u oportunidad de apartarse del conocimiento del asunto,

pero si esta abstención se ha decidido por el Juez para eludir el cumplimiento de sus deberes, puede sufrir una corrección disciplinaria.

c').- Independencia: Los Jueces y Magistrados están sujetos únicamente a la norma preestablecida (art. 2º de la L.O.P.J. y art. 29 de la L.O.E.). Como dice Rubio (85), juzgar sin independencia no es verdaderamente juzgar.

Castán señala como condiciones que pueden crear un clima adecuado para que germine en todo su esplendor - la independencia de los Tribunales, las siguientes:

1º.- Sistema apolítico, rigurosamente técnico, de ingreso en la carrera judicial, el cual asegure la adecuada selección del personal, tanto desde el punto de vista de su capacidad y competencia, como de su formación moral.

2º.- Sistema de escalafón, de ascensos y provisión de vacantes, libre totalmente de influencias gubernativas.

(85).- Rubio.- La Inspección de los Tribunales, Madrid - 1.950, página 71.

3º.- Garantías indispensables de inamovilidad, acompañadas, por supuesto, del contrapeso de una responsabilidad judicial efectiva.

4º.- Régimen de autogobierno de la Magistratura, bajo la dirección, control y exclusiva competencia del más alto Tribunal y de sus órganos inspectores.

5º.- Retribución holgada a los Jueces que asegure la independencia económica.

La Ley debe otorgar a la Magistratura un estatuto de derechos y una situación de independencia para que pueda ejercer con absoluta libertad la función jurisdiccional. Todo ello conferirá a los Jueces un gran poder, pero los excesos que pudiera cometer, pueden evitarse y, en caso, resarcir los perjuicios causados, mediante un sistema de:

d').- Responsabilidades (art. 2, 4, 5 y ss y 260 de L. O.P.J.; 903 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 757 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Responsabilidades de tipo administrativo o disciplinario, penales, y civiles, indemnizando a los perjudicados. Como afirma Guasp (86), la inamovilidad es la garantía de los Jueces,

(86).- Guasp.- Administración de justicia y derechos de la personalidad, pág. 85.

el sistema de responsabilidades es la garantía de los justiciables (87).

2.3.2.- GARANTIAS EN CUANTO A LA FUNCION:

La igualdad de derechos de las partes, de los litigantes, ante la Magistratura en la realización de la justicia, es el principio supremo que ha de regir el ordenamiento procesal, la igualdad de todos los hombres. Para que se cumpla tal postulado es preciso que las partes sean iguales.

Según Guasp (88), se trata de una norma, prácticamente de un axioma, impuesta por criterios estrictamente jusnaturalistas. Si el proceso requiere la existencia de dos partes enfrentadas en sus pretensiones y la existencia, a la vez, de un tercero a ellos supraordenado que decida de forma imparcial, es necesario establecer un sistema jurídico que lo garantice: el debido -

(87).- En el proyecto de bases para una Ley orgánica de justicia publicado en el B.O. de las Cortes Españolas el 20 de Diciembre de 1.973 es en este punto, como en tantos otros, desafortunado al incurrir en la indeterminación de la base 12, 56, 2.

(88).- Guasp.- Administración de justicia y derechos de la personalidad, Revista de Estudios Políticos, volumen 9º. año 1.944, pág. 75 y ss.

proceso, en donde las armas procesales de los contendientes sean iguales en cuanto a su eficacia al menos teórica.

La igualdad que postula el ordenamiento procesal se consigue mediante el fortalecimiento de los individuos, por una parte, y mediante el debilitamiento del Estado, por otra. El fortalecimiento de los particulares se alcanza estableciendo un sistema de derechos fundamentales: Como ya hemos apuntado, el Profesor Couture (89) sostiene que las instituciones esenciales del Derecho Procesal han llegado a adquirir el rango de derechos cívicos o fundamentales, constituyendo auténticas garantías.

El debilitamiento del Estado se logra a través de dos mecanismos, consistiendo el primero de ellos en la división de poderes o funciones del Estado, y el segundo en la autonomía de cada órgano judicial. En este sentido se asegura la imparcialidad de cada Juez en concreto, mediante el principio de autonomía judicial. Consecuencia de este principio es la norma de que los órga-

(89).- Couture.- Garantías constitucionales del proceso civil. Buenos Aires 1.948, tomo I, página 19 y siguientes.

nos superiores en jerarquía judicial no pueden imponer al inferior un criterio para resolver.

2.3.3.- GARANTIAS EN EL PROCESO:

a). En los actos de iniciación procesal: Rige el principio de "nemo iudex sine actore", es decir, la iniciación del proceso corresponde a la parte y no al órgano jurisdiccional. Una pretensión procedente del mismo órgano que luego ha de decidirla, quebrantaría el principio de derecho natural, de que nadie puede ser Juez y parte a la vez.

b). En el desarrollo del proceso: Lo que pretende el Juzgador es el esclarecimiento de la verdad. En la Jurisdicción ordinaria, ya que permite e impone al Juez cierta participación. Especialmente esta carga recae sobre el Juez instructor; a nosotros nos parecería más correcta que recayese sobre la figura del Fiscal todos los actos de averiguación y comprobación de la realidad.

Pero en el esclarecimiento de la verdad no pueden ser válidos todos los métodos: es evidente por ejemplo la prohibición del empleo de la tortura. En consecuencia, el juzgador, en la finalidad legítima de esclarecer la verdad, está limitado en la aplicación de

medida intimatorias. El hombre, cualquiera que sea el papel que desempeñe en el proceso, no puede ser considerado nunca como objeto y sí como sujeto de la actividad procesal (90).

El principio general que rige en la jurisdicción ordinaria es que estas medidas intimatorias, como es la privación de libertad, han de ser determinadas legalmente. Así, por lo que respecta a la libertad personal, se comprueba que el Juez tiene facultad para privar de ella, como medida precautoria procesal, pero en casos y con requisitos, sobre todo el del tiempo, bien determinados, en su aspecto de inviolabilidad, la facultad judicial de privar de este derecho se reconoce legalmente, pero con determinadas e importantes limitaciones en cuanto al modo de penetrar en una residencia, de practicar un registro y demás hipótesis imaginables. La libertad de correspondencia nos muestra igualmente - un ejemplo del mismo género, el Juez, en el proceso civil, o penal, puede dejar si efecto la garantía de este derecho, pero sujetándose a prescripciones determinadas que delimitan cuidadosamente la correspondiente facultad.

(90).- Jaime Guasp.- Administración de Justicia y Derechos de la Personalidad, pág. 127.

En España, el proceso penal ordinario por delitos está informado en la fase oral por los principios de oralidad, concentración, inmediación y publicidad (art. 680 L.E.C.) Se establece todo un sistema de garantías que están magistralmente recogidas por Almagro en su trabajo "protección Procesal de los Derechos Humanos". Entre estas garantías deben destacarse: el principio contradictorio (91), que juntamente con el dispositivo son la base sobre la que descansa el principio supremo de imparcialidad; el principio de presunción de inocencia (art. 741 y 142 de la L.E.C.); las limitaciones de la prisión preventiva y sus recursos (art. 503, 504 y 517 de la L.E.C.); las audiencias del acusado (art. 19 Fuero de los Españoles, 834 a 846 de la L.E.C.; la defensa letrada (652 L.E.C.); las garantías en los interrogatorios de testigo (656 L.E.C); etc., etc.

2.3.4.- Garantías en la terminación del proceso.

La decisión judicial, como acto por el cual el Juzgador resuelve la cuestión de fondo del proceso, cuenta igualmente con su regulación legal. El principio fun-

(91).- El principio contradictorio ha sido interpretado por Alsina tomo I, página 457 a 459, como la oportunidad de intervenir en el procedimiento.

damental que rige en la jurisdicción ordinaria, como garantía, es que el Juez, en su decisión ha de limitarse a aplicar las normas substantivas, preestablecidas, que se refieren a la pretensión ante él planteada.

El Juez no puede apartarse de los preceptos - del derecho substantivo, sino atenerse a las "normas jurídicas que no se puedan tergiversar con abusivas apelaciones a un supuesto sentimiento popular o con meras razones de utilidad" (92).

2.4.- Jurisdicción ordinaria y Jurisdicción - especial.

2.4.1.- La jurisdicción es una y única - como poder y como función (93), es una, puesto que se -- trata de un concepto (94) que no puede escindirse en no- distintas sin poner en riesgo su propia esencia. Por - - otra parte la organización judicial debe ser única rever- tiendo a sus órganos cuanto desempeña de sus funciones - judiciales (95). Y como ya se ha afirmado, la justicia -

(92).- Según ya advirtió Pío XII en su mensaje de la Navidad de 1.942 sobre el nuevo orden del mundo".

(93).- Prieto Castro.- Derecho Procesal Civil, Madrid. Ed. Revista de Derecho Privado 1.964, tomo I, pág. 99.

(94).- Función estatal para: la aplicación del derecho, la satisfacción de pretensiones, administración de jus ticia, etc., etc.

(95).- Así lo dice el proyecto de Ley Orgánica de junta - de 1.973.

tiene que ser íntegra para ser independiente, siendo el principio de unidad de jurisdicción al anhelo general - sin casi contradictores. Pero esta unidad no impide que para ejercer esa función jurisdiccional se confíe a diversos organismos (jueces, tribunales) y en este sentido puede hablarse de diferentes clases de jurisdicción (96).

2.4.2.- Distinguimos dos clases de jurisdicción: (97) la ordinaria y las jurisdicciones especiales

(96).- Ya expusimos en la página 4 de esta tesis que -- también aceptábamos hablar de jurisdicción en este sentido.

(97).- Como dice Jaime Guasp: "Derecho Procesal Civil" - Madrid 1.956. Inst. de Estudios Políticos, pág. - 114 la correlación que existe entre jurisdicción y proceso impone que la determinación de las clases jurisdiccionales se haga teniendo en cuenta - los tipos de proceso reconocidos.

a).- Se desconoce este principio cuando, por un criterio demasiado amplio, se agrupan las órdenes jurisdiccionales incluyendo algunas categorías -- que no tienen verdadera significación procesal; - así, cuando se divide la jurisdicción en contenciosa y voluntaria, pues la jurisdicción voluntaria no es una figura procesal auténtica, sino una figura administrativa que, por razones de diversa índole, se confía a órganos judiciales.

b).- Se vulnera asimismo aquella norma cuando, -- por un criterio demasiado restringido, se señalan como clases de la jurisdicción distintos atributos o notas particulares que caracterizan el modo de su funcionamiento; así, cuando se habla de jurisdicción propia, delegada o prorrogada, de jurisdicción permanente o accidental; de jurisdicción superior o inferior, a quo o adquem, de instancia o de casación pues todos estos términos no se refieren sino a especialidades secundarias de la materia que se les atribuye o de los actos que realizan.

Dentro de la jurisdicción ordinaria y por meras razones de reparto del trabajo se manifiesta de tres formas: jurisdicción civil, jurisdicción penal y jurisdicción contencioso-administrativa. Dentro de la jurisdicción especial distinguimos los tribunales (98) especializados de los especiales y de los excepcionales. A continuación trataremos de dar una definición de cada uno de los conceptos anteriormente señalados:

1º.- El calificativo de pertenecer a la jurisdicción ordinaria la reciben los tribunales por -- dos conceptos: cuando por la regularidad en cuanto a los jueces que lo integran; al nombramiento de ellos y al territorio jurisdiccional y a la competencia -- asignados, es decir, por sujetarse todo ello a reglas de la Ley Orgánica y de sus disposiciones complementarias podemos afirmar que el justiciable tiene en ellos su auténtico juez legal o natural y cuando, precisamente por reunir estas características se les asigna el conocimiento de la generalidad de los asuntos correspondientes al orden de que se trate (99).

(98).- Empleamos la denominación de Tribunales como genericamente para cualquier otro título como el de Juzgado, Comisión, Junta, Jurado, etc.

(99).- Tribunales Españoles Organización y Funcionamiento compuesto por Leonardo Prieto Castro con la colaboración de Eduardo García de Caviedes, Almagro Nosete y Nicolás González Deleito, Ed. Tecnos. Madrid 1.973, pág. 28.

2º.- Por Jurisdicción Especial se entiende la compuesta por aquellos tribunales a los que singularmente se les asigna un grupo de asuntos o de personas fuera de la generalidad de los asuntos del orden civil, penal y contencioso-administrativo (100).

Kisch (101) decía que son tribunales especiales aquellos que se instituyen para conocer de asuntos - en determinados círculos y de cosas.

Dentro de esta Jurisdicción Especial, podemos distinguir entre los Tribunales Especializados que son aquellos que tienen alguna particularidad estrictamente procesal pero sus órganos pertenecen al estamento común, de aquellos otros que cuentan con un orden jerárquico - propio y se hallan organizados con total independencia de la jurisdicción común, llamando a estos últimos Tribunales Especiales propiamente dichos.

No podemos admitir como Tribunales Especializados, aquellos que sean especiales, por el sólo hecho de que en la expresión de motivos de su Ley creadora se

(100).- En el mismo sentido Fenech: Derecho Procesal Penal, tercera edición, Barcelona. Editorial Labor, S.A., tomo I, página 170.

(101).- Kisch.- Unsere Gerichte und ihre Reform Leipzig 1908 pág. 36:

diga que pertenecen a la jurisdicción común. Y decimos éstos porque como hoy día cualquier quiebra a la unidad jurisdiccional no está "bien vista" se intenta encubrir y disimular en la práctica o negar y confundir en la teoría el carácter especial de un determinado -- Juzgado, tratando de atribuir, pero sólo en apariencia, las características inherentes de la jurisdicción común.

Por otra parte creemos compartir la tendencia doctrinal (102) cuando defendemos que es preciso restringir al máximo la existencia de los Tribunales especializados. Pues el concepto unitario de la jurisdicción y de sus fines reclama también un sistema unitario de órganos uniformes en su modo de funcionar, en cuanto sea posible (103).

Los Tribunales especiales se caracterizan (104) por las notas siguientes:

- a).- Orgánicamente se atribuye su ejercicio a organismos distintos del cuerpo judicial genuino del Estado.
- b).- Posee Leyes sustantivas propias, aunque accidentalmente aplique las comunes.
- c).- Actúa según sistema procesal adecuado a su materia y,
- d).- Acota para sí un sector concreto de personas sustrayéndolas a los principios de igualdad y universalidad de todos ante las Leyes.

(102).- Prieto Castro "Principios políticos y técnicos - para una Ley uniforme en Revista de Derecho Procesal 1956 pág. 220. También en sus trabajos y orientaciones de Derecho Procesal, Madrid 1964 - 6ª 657.

(103).- Conclusión del Profesor Prieto Castro en el I Congreso Iberoamericano y Filipino de Derecho Procesal, Madrid 1.955.

(104).- Según Jiménez Asenjo.

Dentro de esta jurisdicción especial distinguimos otro grupo de Tribunales que llamamos extraordinarios o excepcionales, los cuales actúan por tiempo limitado y para asuntos concretos. Como dice Orbaneja (105), los Jueces Especiales no son en tal sentido... excepcionales, - en cuanto no están investidos para un asunto o para una persona concreta o para un grupo circunscrito de personas o asuntos, sino por la Ley y con carácter general... para una clase de asuntos o personas no especificadas concretamente.

También llamamos Tribunales excepcionales a -- aquellos que no presentan "strepitus et figure" de jurisdiccionales (106) pero que mediante su actuación constituyen obligaciones o establecen sanciones que deberían ser conocidas por el poder judicial.

Estas jurisdicciones extraordinarias nacen de la extralimitación que la administración ha hecho de sus facultades llegando a invadir el campo de lo jurisdiccional en una clara desviación de poder, pues aunque esta actuación de la administración reciba una forma procesa-

(105).- Orbaneja.- Comentarios de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Editorial Bosch, Barcelona 1.951, - página 280.

(106).- En el libro de Tribunales Españoles Organización y funcionamiento, prefieren llamar a éstos, "Tribunales no jurisdiccionales".

lizada y adopte el nombre de Tribunales, en realidad está enmascarando un tanto farisaicamente una solución unilateral, pues en todo caso la administración es juez y parte.

Estos organismos que intervienen para decidir no están investidos de la imparcialidad necesaria para ser considerados como jurisdiccionales, no obstante, repetimos que preferimos clasificarlos como jurisdicciones especiales ya que establecen funciones que son propias de una actuación judicial. Cuando decimos que no son órganos imparciales no negamos que exista la parcialidad entendida como una especie determinada de motivación, en forma tal que el móvil de la declaración sea el deseo de resolver justa o legalmente, poniendo entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas de los juzgadores - pero lo que es innegable que no existe es la garantía de imparcialidad, pues el tercer decisor es parte del conflicto y por lo tanto, tiene interés en él.

La progresiva multiplicidad de las jurisdicciones especiales (107) no ha respondido nunca a un programa previa

(107).- Hedemann. Ha calificado esta legislación con el nombre de Derecho Circunstancial Bélico y Postbélico.

mente establecido (108). Han sido las contingencias históricas del momento las que han ido motivando la creación de jurisdicciones especiales. Son razones de carácter político o histórico ocasionales, difíciles de explicar a unos años vista, las que han justificado la continua desmembración de la jurisdicción común.

Los argumentos para sustraer ciertas causas de la jurisdicción común han sido fundamentalmente para -- crear un procedimiento especial más rápido, para componer los órganos juzgadores con personas con conocimiento técnico o de más confianza para el poder ejecutivo. En cualquier caso son síntomas denunciadores de una crisis de legalidad y de desconfianza al poder judicial. Por -- ello mismo estas jurisdicciones especiales suelen aparecer en la historia en los períodos de crisis del Estado. El propio Estado ha perdido la fé en sus propias estructuras normales de justicia, por lo tanto, estamos de -- acuerdo con Guasp (109) cuando dice que cualquier fraccionamiento de la jurisdicción es un mal, aunque sea a veces un mal necesario.

(108).- En este sentido Juan Tour Bretons "Revista de Derecho Judicial, año 11, nº 4, Enero-Marzo 1.970, pág. 120" dice que la desmedida proliferación o multiplicación de las jurisdicciones especiales conseguida y lograda a consta de sucesivas y continuas mutilaciones y desmembraciones de la jurisdicción común se observará que su razón de -- ser no obedece a un principio constante y uniforme, sino que responde más bien a simples razones de oportunidad política la más de las veces no -- justificadas.

(109).- Guasp.- Comentario de la Ley de Enjuiciamiento - Civil, pág. 276.

CAPITULO - III -

JURISDICCIONES ESPECIALES.

=====

3.- Vamos a estudiar en el presente capítulo - aquellas jurisdicciones especiales que tanto histórica-- mente como hoy nuestras leyes fundamentales han conside-- rado deben existir con independencia de la jurisdicción ordinaria. Estas son las jurisdicciones canónica y la mi-- litar.

3.1.- Jurisdicción Eclesiástica.- La palabra - jurisdicción sufre un cambio profundo al pasar del uso - común al ámbito eclesiástico, pues en este ámbito la ju-- risdicción no se entiende como una de las funciones, la judicial, que el Estado tiene que cumplir, sino más bien en aquellas materias que están sujetas a su potestad. - (110).

El Estado Español en el art. 2º del vigente - concordato de 1.953, reconoce a la Iglesia católica el carácter de sociedad perfecta y le garantiza el libre y pleno ejercicio de su poder espiritual y su jurisdicción.

(110).- Así por ejemplo en el Canon 196 se habla de la - potestad de jurisdicción o de gobierno.

Con la concepción de que la Iglesia es una sociedad perfecta se saca como consecuencia que debe tener un ordenamiento jurídico similar al Estado y por ello, potestad ejecutiva, legislativa y judicial.

Este planteamiento tradicional ha sido superado por el Concilio Vaticano II, que promulga su constitución sobre la Iglesia silenciando la noción de sociedad perfecta y substituyéndolo por presentar a la Iglesia de Cristo como una institución que requiere un cierto orden y unos medios para cumplir su misión de anunciar el Evangelio. En este sentido la Iglesia tiene una potestad sobre los actos meramente internos pero que no puede llamarse potestad jurídica sino que es mera potestad moral y así reconoce la Iglesia que todos los hombres han de ser inmunes a toda coacción por parte de cualquier potestad humana, de forma que no pueda obligarse a nadie en materia religiosa a obrar contra su conciencia.

En este sentido se dice (111) que el derecho canónico ha de ser profundamente religioso y se concibe no como una autoridad que se justifica por sí misma sino

(111).- Echevarría.- Teología del Derecho Canónico en - Concilium Vaticano 28 pág. 200.

como una técnica al servicio de las finalidades trascen-
dentes de la Iglesia. Y esta técnica si es evangélica no
puede ser otra que al servicio y la pobreza, desplazan--
do el rigor y la censura de los cánones por la sencillez,
el respeto y la comprensión hacia la libertad humana. En
cualquier caso y sea como fuere el derecho canónico, sólo
puede y debe ejercitarse sobre el pueblo creyente y en --
consecuencia debería estar fuera de la legislación de un
país y por tanto, no sería objeto de estudio del presen-
te trabajo . No obstante y como quiera que el Estado Es-
pañol reconoce la competencia exclusiva de los tribuna--
les y dicasterios eclesiásticos en las causas matrimonia-
les, es preciso que analicemos aquí esta jurisdicción es-
pecial.

Efectivamente en el todavía vigente concorda-
to español entre el estado vaticano y el estado español
existen dos instituciones que inciden en la función judi-
cial: el privilegio del fuero y el reconocimiento de que
en las causas matrimoniales las resoluciones dictadas --
por la autoridad eclesiástica son recibidas con la misma
validez que las dictadas por los propios órganos juris-
diccionales.

3.1.1.- El privilegio del fuero es precisamen-
te el cumplimiento de la condición de procebilidad, con-
sistente en la obtención del consentimiento del ordinario

del lugar para procesar por delitos comunes a los clérigos y religiosos (112). Este extraño privilegio se ha -- tratado de justificar por la dignidad del estado clerical y religioso, justificación difícilmente compatible para un creyente en Cristo, donde todas las personas son iguales, y totalmente inadmisibles desde el punto de vista de la dignidad de la persona humana (113). No obstante ello continúan aún en vigor y su eficacia se extiende no sólo a las causas criminales sino también a pleitos civiles -- aunque el Código de Derecho Canónico modera esa extensión al prevenir que el ordinario no negará la licencia que pida el demandante si éste es laico salvo que medie grave causa. Este privilegio se extiende al cumplimiento de las penas de privación de libertad que deben cumplirse en casas religiosas, o en lugares distintos destinados a los seculares. (114).

(112).- El art. nº 4 de Concordato establece que la Santa Sede consiente en que las causas criminales contra los clérigos y religiosos por delitos -- sean juzgadas por los Tribunales del Estado. -- Sin embargo, la autoridad judicial antes de proceder debe obtener el consentimiento. Este consentimiento en caso de no otorgarse conduce a -- la impunidad del delito.

(113).- Además como señala Villar Arregui, en su trabajo dedicado a la jurisdicción eclesiástica, publicado en la Revista Cuadernos para el Diálogo, privilegio e independencia son ideas antinómicas y la Iglesia necesita de independencia para el ejercicio de su misión.

(114).- Actualmente los religiosos condenados a privación de libertad cumplen sus condenas en la cárcel concordatoria de Zamora, actualmente se ha abogado -- por la jerarquía eclesiástica su supresión.

3.1.2.- En relación con las causas matrimoniales que son juzgadas por esta jurisdicción especial se establece en el art. 24 del Concordato que el Estado Español reconoce la competencia exclusiva de los tribunales y dicasterios eclesiásticos en las causas referentes a la nulidad del matrimonio canónico y a la separación de los cónyuges, a la dispensa del matrimonio rato y no consumado y en el procedimiento relativo al privilegio paulino. Se reconoce en el mismo art. del concordato que las sentencias y resoluciones de que se trata cuando sean firmes y ejecutivas serán comunicadas por el Tribunal Eclesiástico al Tribunal Civil competente, el cual decretará lo necesario para su ejecución en cuanto a efectos. Con lo cual la jurisdicción eclesiástica ejerce su potestad sobre todos y no solamente sobre sus súbditos como establece el canon 201 con carácter general.

Esta jurisdicción podría existir con cierto fundamento para aquellas personas que acepten considerar el matrimonio como un sacramento y por ello sólo a la Iglesia compete juzgar sobre la validez o nulidad del sa cr am en to (115). Pero ello no quiere decir que esas mis-

(115).- El Concilio de Trento dice que si alguien dijere que las causas matrimoniales no pertenecen a jueces eclesiásticos sea anatema.

mas personas no se sometan a los tribunales ordinarios -- de justicia que con arreglo a sus Leyes juzguen o nó convenientemente la separación de los cónyuges o la nulidad del matrimonio.

En esta jurisdicción especial tanto el Provi-- sor que conoce de los juicios contenciosos y criminales como los demás Tribunales no gozan de verdadera independencia e inamovilidad (116), por ello a pesar de que ha sido tradicionalmente reconocida y así lo establece la -- Ley orgánica del Estado, quizá por la resistencia misma que ofrece la inercia de estructuras seculares, consideramos nosotros que se está privando al justiciable de su juez natural, y causas tan importantes como las matrimoniales son conocidas por tribunales que no tienen las garantías constitucionales de la jurisdicción ordinaria. -- Por todo lo cual abogamos por la supresión de nuestro ordenamiento, de esta jurisdicción especial y, en su caso, aceptamos su existencia sólo para los que profesen la religión católica, en aquellas causas que sean de su competencia.

(116).- Víctor Sebastián Irauzo "Lo judicial y lo administrativo principalmente en el Derecho de la -- Iglesia "Revista General de Derecho, año 21 n^o 252 (septiembre.1.965) pág. 733.

3.2.- Jurisdicción Militar.-

3.2.1.- Desde que han existido fuerzas armadas regulares y organizadas, ha funcionado la justicia de carácter militar, así afirma Maggiore que "la existencia de una jurisdicción militar pertenece a la más remota antigüedad (117).

Las fragmentarias noticias históricas referidas a la edad antigua inducen a admitir la institución de jefes militares como especiales jueces. En el derecho romano existe como jurisdicción separada de la común, manteniendo un carácter de foro privilegiado con competencia en materia civil y penal que conoce en todo tiempo de los delitos militares y en tiempo de guerra incluso de los delitos comunes. Durante toda la edad media la organización entera de la vida civil estuvo influida por el tono militar y se consagran los privilegios de los militares en materia de justicia. El cuerpo legislativo de los "Siete Partidos" ya contiene normas que fijan los ámbitos de la jurisdicción militar. La legislación militar fue durante muchos siglos muy amplia, hasta que Carlos III en 1.768 en sus Reales Ordenanzas recoge en el tratado VIII "De las materias de justicia", a modo de legislación codificada,

(117).- Renato Maggiore.- *Jurisdizione Penale Militare*, Enciclopedia del Diritto, XIX Giuntaigi, Giuffrè Editore, Varese, pág. 405.

todas las disposiciones anteriores de interés.

Tras las Ordenanzas vuelve la diversidad legislativa de fueros unida a un riguroso criterio penal siendo las principales causas de esta disgregación a juicio de Muga López la abundancia de personas con derecho a -- fuero y la mentalidad de la época excesivamente celosa -- en la defensa de privilegios. En este estado de cosas se llega a la primera Constitución Española en cuya exposición de motivos se dice que el abuso de los fueros privilegiados ha introducido la ruina de la libertad civil; -- pero a pesar de su tendencia unificadora mantiene el fuero militar en los términos permitidos por las Leyes (art. 249). Este principio se remite a lo largo de los textos constitucionales en términos similares pero siempre reduciendo a la J.M. a sus justos límites declarándose que -- la jurisdicción ordinaria es la única competente para conocer de los negocios comunes, civiles y criminales de -- los aforados de Guerra y Marina; de los delitos contra -- la seguridad interior del Estado y contra el Orden Público. Solamente en algún período como en el de vigencia de la Ley 23 de Marzo de 1.906 "de jurisdicciones" (derogada por D-11-V-1931) la jurisdicción militar es la competente para conocer delitos que atenten a la seguridad -- del Estado. Pero en términos generales podemos afirmar -- que en todas las Constituciones la Jurisdicción Militar es reconocida, pero enormemente reducida en sus atribu--

ciones y competencias pues había llegado a tener un carácter notoriamente privilegiado "que la había hecho odiosa como toda justicia de clase" palabras de Rafael de Pina (118).

Con el régimen nacido el 18 de Julio de 1.936, se derogó toda legislación de la República de 1.931 y se restablecieron los códigos castrenses, se crea la Jurisdicción del Aire (1 de Septiembre de 1.939) y finalmente por la Ley de 17 de Julio de 1.945 se promulgó el nuevo código de jurisdicción militar para los tres ejércitos.

3.2.2.- Pasemos a examinar las razones principales en que se ha tratado de justificar la existencia de esta Jurisdicción Especial.

"La Jurisdicción Militar ha existido tradicionalmente", sin embargo, podemos afirmar que no lo pide la tradición, pues como hemos visto se ha modificado y suprimido varias veces. Si la duración de las cosas fuera su absoluta justificación sería también su perpetua defensa y jamás hallaríamos motivo para alterar nada en

(118).- Rafael de Pina.- Manual de Derecho Procesal Penal.- primera edición Madrid 1.938, página 298.

La existente con tal de que tuviese a su favor cierto número de años y como afirma Isaac Núñez de Arenas (119), en este mismo título podríamos alegar en pro de la conservación del tormento como medio de prueba del hierro candente como forma de castigo y continuaríamos llamando al uniforme librea y salario al sueldo de un Capitán General.

Con argumentos parecidos trata de justificar la Jurisdicción Militar en base a los datos históricos y comparados. Sin embargo, ni histórica ni comparadamente la existencia de la Jurisdicción Militar es una realidad total y absoluta, pues por ejemplo, actualmente en Dinamarca, Noruega y Alemania Occidental, la Jurisdicción Militar es desconocida.

Otro argumento utilizado en defensa de esta Jurisdicción Especial es aquel que se basa en la sustantividad propia del Derecho Militar. (120). Sin embargo, la

(119).- Isaac Núñez de Arenas.- Bases y motivos en que funda la reforma del tratado de Justicia para la nueva ordenanza militar, Madrid 1.856, citado por Emilio Bravo, pág. 399.

(120).- Salcedo Ruiz.- Sustantividad y fundamento de Derecho Militar, Madrid 1.913 y también G. Carlos Colombo.- Sustantividad del Derecho Penal Militar. Revista Española Derecho Militar, nº 17, Madrid Enero-Junio 1.974.

sustantividad de una determinada rama de Derecho no puede ni debe justificar la existencia de una Jurisdicción Especial, puesto que si así fuera, casi todas las ramas del Derecho estarían desligadas de la Jurisdicción Común.

Otros tratadistas proponen como justificación de la Jurisdicción Militar la especialidad de las infracciones criminosas o el tecnicismo necesario para juzgar los delitos militares. Así lo afirma Bentham, cuando mantiene que para juzgar con el necesario conocimiento los delitos de esta especie hace falta ser un perito en la profesión y únicamente los militares son los que se hallan en estado de formar un juicio pronto e ilustrado. - El argumento no es admisible porque si es cierto que los Jueces y Magistrados de la justicia ordinaria no poseen amplios conocimientos de las materias técnico-militares, también es cierto que los militares no poseen suficientes conocimientos sobre las materias técnico-jurídicas y la insuficiencia militar se puede suplir con cualquier perito.

Son las razones en orden al interés del ejército y el mantenimiento de la jerarquización y las disciplinas las únicas convincentes, pues efectivamente la disciplina descansa en la docilidad de los soldados que saben que el jefe que los manda es un Juez que puede castigarlos y es posible que sin esta jurisdicción especial el man

tenimiento y la seguridad del ejército se vería resquebrajado. Por todo lo cual podemos concluir, que si bien la jurisdicción no es necesaria ni tampoco conveniente para el logro de la justicia, sí lo es para la permanencia de la institución del ejército. En consecuencia, y partiendo de la necesidad de la existencia del ejército (121), los Tribunales Militares se deberían limitar a juzgar únicamente a los militares en todos los delitos o faltas que no estén penados en el ordenamiento común, pero por la misma exigencia de las características del ejército sean punibles como delitos militares (122) o falta de disciplina.

3.2.3.- La jurisdicción castrense tiene actualmente dos clases de cometidos: el ordinario y permanente, constituido por la competencia asignada a los tribunales militares por el Código de Justicia Militar; y el extraordinario, emergente o transitorio, integrado por aquella competencia asignada a los propios tribunales en virtud de leyes especiales, en concreto, por el D.L. 16 de Agosto.

(121).- No es este el lugar adecuado para examinar esta necesidad --la cual dudamos-- pues en nuestro estudio debemos partir del ordenamiento jurídico vigente.

(122).- Son delitos militares según Querol y Durán "los actos u omisiones que en alguna forma atentan al prestigio e intereses del ejército o introducen en su desenvolvimiento trastornos o dificultades que pueden inutilizar o dañar su objetivo y sus fines".- Sobre el concepto y características del delito militar es interesante examinar la tesis doctoral sin publicar de Manuel Gómez-Castillo, titulada Fundamento y Jurisdicción Militar, pág. 489 y ss.

to 1.969 en relación con el D. 21 de Septiembre 1.960 y el D. 26 de Agosto 1.975 en materia de delitos de terrorismo, secuestro, bandidaje, etc.- En relación con el cometido que hemos llamado ordinario son tres criterios los que establecen los límites de esta jurisdicción militar por razón del delito, por razón del lugar en que se cometa y por razón de la persona responsable.

Por razón del tipo de infracción la jurisdicción militar conoce de los delitos a que se refiere el art. 6 del (C.J.M.), o sea: 1º.- Los que produzcan detrimento patrimonial a la Hacienda Militar. 2º.- Los atentados, desacatos o injurias y calumnias a las autoridades militares y a las diversas corporaciones, institutos, armas, cuerpos o insignias militares. 3º.- Los ultrajes u ofensas a la Nación, su bandera o himno o a los emblemas o insignias militares. 4º.- La falsificación de documentos militares. 5º.- La adulteración de víveres o fraudes en los suministros para el ejército. 6º.- Los comprendidos en los bandos militares. 7º.- Los robos, hurtos y daños de los buques, aeronaves o material cogido al enemigo, apresado, encontrado en el mar o convoyado por buques o aparatos de guerra. 8º.- Los de piratería, abordaje, naufragio, arribada y además consignados en las Leyes de Marina, así como los que se cometen con ocasión de represalia. 9º.- Los realizados por personas

civiles al servicio del ejército con motivo del trabajo que prestan. 10º.- Los hechos definidos como delitos militares. 11º.- Los delitos cometidos en dicho Código. 12º.- Los que las Leyes Especiales atribuyen a la Jurisdicción Militar.- Este es el cometido extraordinario de esta jurisdicción especial a que anteriormente nos referimos. En este sentido son de especial interés los Decretos sobre Rebelión Militar, bandidaje y terrorismo - (123). Con este Decreto y especialmente a partir del De

(123).- Decreto de 21 de Septiembre de 1.960 es un texto refundido que sustituye a la Ley de 2-3-43 (que es una condensación de los bandos de guerra) y al Decreto Ley 18-4-47 que en el preámbulo lo justifica hablando de situación de post-guerra. El art. 2 del referido Decreto, restablecido por D. 16 de Agosto 1.968 dice literalmente: "Serán considerados reos del delito de rebelión militar, de acuerdo con el nº 5 del art. 286 del Código de Justicia Militar y penados conforme a lo dispuesto en ese código: 1º.- Los que difundan noticias falsas o tendenciosas con el fin de causar trastornos de orden público interior, conflictos internacionales o desprestigios del Estado, sus Instituciones, Gobierno, Ejército o Autoridades. 2º. Los que por cualquier medio se unan, conspiren o tomen parte en reuniones, conferencias o manifestaciones con los mismos fines expresados en el número anterior. Podrán tener también tal carácter los plantes, huelgas, sabotajes y demás actos análogos cuando persigan un fin político o causen graves trastornos al orden público

El precepto asimila la rebelión militar, es decir, el alzamiento armado, a hechos tales como la difusión de noticias, conferencias, manifestaciones, huelgas, etc. cuando se efectúan con una finalidad que podemos llamar de oposición política. Los reos de un delito de rebelión militar son castigados (art. 286 y ss. del C.J.M.) con la pena de muerte y de seis meses y un día de prisión a 20 años de reclusión según su participación en la rebelión. Y sin embargo, los actos referidos integran lo que en el sistema democrático constituye el derecho a la libre expresión, derecho de asociación, derecho de reunión, de manifestación, etc.

creto de 16 de Agosto de 1.936 en el que se restablece su artículo 2 que había sido derogado por la Ley de 2-12-63, todo acto de oposición política vuelve a caer - bajo la competencia militar. La jurisdicción especial de orden público sólo conocerá en los casos en que se inhiba, discrecionalmente, la jurisdicción militar. En consecuencia, extiende el derecho militar su fuero de guerra a los hombres civiles, con lo cual se juzga por ejemplo, al ciudadano que injuria a los institutos armados y para nosotros estos es una figura semejante a la "faida germánica" (venganza privada), consistente en entregar al ofensor a la familia de la víctima del delito.

Por razón del lugar la jurisdicción militar conoce de los delitos y faltas que sin estar comprendidos en el art. 16 del (C.J.M.) se cometen en los sitios a que se refieren los artículos 9, 10 y 11 del referido Código, o sea: delitos que hayan sido realizados en --- cuarteles, campamentos, campos de concentración o de - maniobra, buques de guerra, arsenales, maestranzas, -- aeródromos, obras militares, almacenes, fábricas y edi- ficios destinados a servicios militares o a alojamiento de fuerzas, en el mar, ríos navegables o embarcaciones mercantes nacionales o extranjeras que se hallen dentro de la zona marítima española, en el espacio aéreo - nacional o a bordo de las aeronaves españolas tanto esta

cionados como en vuelo, siempre en este caso que aterri-
cen en España o produzcan daño a personas o cosas espa-
ñolas (si bien para estos delitos hay que tener presen-
te lo dispuesto en la Ley de 24 de Diciembre de 1964),
en las fortalezas o plazas sitiadas o bloqueadas si los
hechos delictivos afectan a su seguridad o defensa o al
teral al orden público y los cometidos en territorios -
declarados en estado de guerra y que hayan sido inclui-
dos en los bandos militares (124).

En nuestra opinión los delitos comunes, come-
tidos en los lugares que sean, deben ser juzgados por la
jurisdicción común y no nos parece argumento suficiente
para extraer a una persona de su juez natural el hecho de
que la convivencia en edificios militares exige que cual-
quier infracción de orden pueda ser ejemplarmente reprimi-
da como sostiene Querol y Durán, o cualquiera otras razo-
nes análogas todas ellas a nuestro entender insuficien- -
tes.

Por razón de la persona, la jurisdicción militar
conoce de las causas que se instruyan para toda clase de -
delitos, salvo los exceptuados a favor de otras jurisdic-
ciones: contra los militares en servicio activo o reser-
va, cualquiera que sea su situación o destino; contra per

(124).-- Carlos Viada López Puigcever y Pedro Aragonese
Alonso, curso de Derecho Procesal Penal, segunda
edición, Madrid 1.968 tomo 1º páginas 75 y 76.

sonas movilizadas o militarizadas o contra los individuos que extingan condena en establecimientos militares; contra prisioneros de guerra o rehenes; igualmente contra -- las personas que en campaña sigan al ejército de tierra o a las fuerzas navales o aéreas y, en general, contra cualquier persona que leyes o disposiciones especiales some--tan a la jurisdicción militar.

Desde nuestro punto de vista y como norma general afirmamos que los delitos y las faltas comunes deben ser simple objeto de enjuiciamiento por la jurisdicción --ordinario y no por la militar cualquiera que sea la persona que lo cometa. Consecuentemente negamos que la persona sea fuente de competencia de la jurisdicción castrense. - En este sentido Mario Dean Guelbenzu (125) dice: "todavía más erróneo e insostenible sería pretender justificar el fuero personal militar en el espíritu de cuerpo, y más -- aún, en el de clase o casta; como si, quienes visten el -- honroso uniforme marcial, pertenecieran a un mundo cerrado y distinto al de las restantes instituciones, corporaciones y estructuras sociales; dentro de su peculiar estilo, carácter, mentalidad, disciplina, etc., (cosa pareci-

(125).- Mario Dean Guelbenzu "Sobre el problema de la unidad jurisdiccional" Revista de Derecho Judicial - nº 2 Octubre-Diciembre 1.962, páginas 148 y si--guientes.

da sucede en los demás, salidos del seno de las mismas - familias...; por tanto no puede haber razón alguna para... recibir trato distinto en el aspecto penal..." ¿Por qué - un accidente automovilístico ha de ser juzgado por un Tribunal Militar?

Por otra parte del Código de Justicia Militar deberán desaparecer aquellas figuras que sólo sirven para proteger ciertos intereses de casta como por ejemplo el art. 709, párrafo 2º, después de la reforma de la Ley de 17 de Julio de 1.955 en donde se establece que no podrán ser objeto de embargo los haberes profesionales de los militares para hacer efectivas responsabilidades procedentes de contratos celebrados con particulares o de - las costas producidas para su reclamación.

3.2.4.- Examinaremos a continuación una serie de especialidades que esta jurisdicción especial tiene - en relación con la jurisdicción común:

- a).- Son Tribunales de Escabinos constituyendo una de las excepciones al principio general de la judicatura -- técnica, consagrando en nuestra organización judicial. Sólo uno de los miembros del Tribunal es Jurista (art, 63 y 929 del Código de Justicia Militar).
- b).- Desde el punto de vista orgánico las personas que -- juzgan están sujetas a sus superiores por una disci-

plina y obediencia ciega lo cual nos lleva al fundamental problema de la independencia judicial y sus garantías. Constituyendo un auténtico obstáculo para una recta administración de justicia.

- c).- El procedimiento sumarísimo tiene insuficiente garantías procesales básicas como son: la asistencia letrada desde el momento del procesamiento; la posibilidad de recurso de reforma contra la inculpación; la intervención en proposición y realización de pruebas. Asimismo se aplica sin excepción la medida de prisión preventiva; no existe un verdadero recurso que permita discutir las pruebas, su apreciación y el derecho aplicado; se limita el derecho de defensa, por el escaso tiempo para la preparación de ésta, -- etc. (126).

(126).- El Colegio de Abogados de Madrid con motivo de la promulgación del D.L. 10/75, conocido como Decreto antiterrorista, hizo un estudio crítico del mismo encargando el examen de la parte procesal al abogado Gerardo Viada Fernández-Velilla. En la elaboración del procedimiento sumarísimo, Alfonso Viada y Fernández-Velilla colaboró activamente y dada su relación con el tema que nos ocupa lo transcribimos íntegramente a continuación (aunque parece que pronto va a ser reformado).

PROCEDIMIENTO SUMARISIMO.

a). Establecido para delitos flagrantes.

El procedimiento sumarísimo, regulado en el artículo XVIII del Código de Justicia Militar, fue creado para el enjuiciamiento de los reos de flagrante delito militar. Este procedimiento cuya --

principal característica es la rapidez y celeridad, podría ser justificable únicamente porque los presuntos culpables hayan sido habidos "infraganti", lo que permite obtener de modo inmediato las pruebas, piezas de convicción, etc., siendo innecesario una más amplia investigación. Hay que tener bien presente, sin embargo, que la flagrancia es una circunstancia excepcional, y que precisamente en base, a esa excepcionalidad podría justificarse la disminución de las garantías procesales que ofrece el procedimiento ordinario. Sin embargo el Decreto-Ley 10/75 establece en su artículo 12, con carácter general, que todos los procedimientos correspondientes a la jurisdicción militar se sustanciarán por el procedimiento sumarísimo. De esta manera, unas normas que pueden tener justificación plena en virtud de esa circunstancia excepcional de la flagrancia del hecho, pasan a regular casos que pueden estar absolutamente desprovistos de flagrancia, hechos muy anteriores, confusos o complejos. Lo excepcional se convierte en general violando principios esenciales del proceso y eliminando posibilidades de esclarecimiento de los hechos.

En efecto: en la instrucción preliminar del procedimiento ordinario, el órgano instructor averigua y comprueba las circunstancias contenidas en la "noticia criminis" así como las personas que puedan resultar responsables. Esta función de comprobación se encamina a dotar de cierta verosimilitud a los hechos (pruebas) pero el procedimiento sumarísimo, como consecuencia de la tramitación a que ha de ajustarse, hace imposible la suficiente averiguación y comprobación de los hechos, pudiendo ocasionar errores judiciales irreparables.

b). Limitaciones que entraña para la defensa.

Tanto el Decreto Ley, por sí mismo, como con la introducción de nuevas normas procesales, como la tramitación establecida para el procedimiento sumarísimo en el Código de Justicia Militar, limitan gravísimamente las garantías del procesado y dificultan la defensa.

Cabría destacar las siguientes:

- Recusación.- El derecho de recusación según lo dispuesto en el artículo 929 del Código de Justicia Militar ha de ejercitarse en el momento en que se designan las personas que hayan de constituir el Consejo de Guerra, lo que impide el ejercicio normal de este derecho, ya que no

hay plazo material para estudiar las causas de la recusación, y practicar su prueba. No conviene olvidar que para demostrar estas causas habrán de practicarse las diligencias necesarias para conocer y demostrar los motivos de recusación.

- Práctica de prueba.- La defensa únicamente podrá proponer prueba en el momento que se le pase la causa para el escrito de defensa (artículo 927 del Código de Justicia Militar); -- por consiguiente se llega a la fase de plenario sin la intervención de los Abogados defensores, con las consiguientes limitaciones al ejercicio de la defensa que ello lleva aparejado. Existe, por tanto, una absoluta imposibilidad de practicar las pruebas que exigen la inmediatez en el tiempo o aquellas que sean de larga duración (busca de testigos, etc.).

- Ausencia de recursos.- En el capítulo del Código de Justicia Militar dedicado al procedimiento sumarísimo, en su artículo 922, regla 7ª, se establece que contra las resoluciones del Juez Instructor no se dará recurso alguno. De esta forma se anula una de las más importantes garantías del procesado contra los posibles errores judiciales. La Ley de Enjuiciamiento Criminal en el Título X, prevé los recursos contra las resoluciones de los Jueces de Instrucción, disponiéndose concretamente en el artículo 217 que el recurso de reforma podrá interponerse contra todos los autos del Juez de Instrucción.

Siendo factibles las decisiones del Juez, sobre todo en procesos rápidos, no se puede santificar tales decisiones, eliminando los recursos, toda vez que atenta contra los principios generales del proceso penal reconocidos en todos los países occidentales.

Este defecto se agrava aún más, si cabe, en las sentencias dictadas por Consejos de Guerra en procedimientos sumarísimos, ya que el Fiscal y la Defensa podrán alegar lo que a su derecho convenga únicamente durante el término de dos horas, pasado el cual el Auditor propondrá a la Autoridad Judicial la resolución que proceda, suprimiendo las alegaciones ante el Consejo Supremo de Justicia Militar.

- Falta de tiempo para instruirse.- Según lo dispuesto en el art. 927 del Código de Justicia

Militar, el defensor dispondrá de cuatro horas para formular el escrito de defensa y -- proposición de prueba. Este plazo es a todas luces insuficiente, habida cuenta de que al ser obligada la entrevista con el procesado, no hay tiempo material para trasladarse al -- centro de detención, para instruirse del -- sumario, calificar y proponer prueba.

c). Creación de un Tribunal "ad hoc".

Una de las garantías del procesado recogidas unánimemente por los tratadistas es el -- derecho al Juez Natural. Se entiende por Juez Natural el órgano judicial preconstituido, -- es decir, preexistente a la causa que deba -- ser juzgada y cuyos componentes han sido ele -- gidos sobre la base de criterios abstractos y generales, previos e independientes de los asuntos que se trate. El Juez "ad hoc" es, -- por el contrario, el Juez designado para una causa concreta y determinada y posterior en su creación a los hechos que van a ser sometidos a su consideración.

No hay necesidad de largos razonamientos para comprender la importancia que la garantía del Juez Natural tiene para el recto funciona -- miento de la justicia y para la defensa de la libertad jurídica real de los ciudadanos. -- Así como la norma no puede aplicarse a hechos a ella anteriores, no es posible nombrar un -- juez especial con la misión de conceptuar -- acontecimientos previos a tal designación.

En otro caso, se está expuesto a la arbitrariedad, permitiendo que se elija en cada caso a personas especialmente predispuestas con anterioridad. Se destruye la independencia -- y la imparcialidad de los jueces, que es tanto como aniquilar en sus mismas raíces el derecho y la justicia.

Esto es especialmente grave, cuando los "Tribunales ad hoc" son militares y formados por el sistema de escabinato, constituyendo una -- excepción al principio general de la judicatu -- ra técnica, consagrado en nuestra organiza -- ción judicial.

Además, desde el punto de vista orgánico las personas que juzgan están sujetas a superiores

por una disciplina y obediencia ciega lo -
que nos lleva al fundamental problema de -
la independencia judicial y sus garantías.

INTRODUCCION DE NUEVAS PRACTICAS PROCESALES

A.- Respecto del procesado.

1.- Prisión preventiva en todo caso (art.15)

El Juez Instructor no podrá conceder la libertad provisional a los procesados; sólo -
excepcionalmente podrá concederse previo in-
forme del Ministerio Fiscal. Esta disposi-
ción es contraria a lo establecido en los -
artículos 526 y 529 de la Ley de Enjuicia-
miento Criminal que garantizan la plena in-
dependencia del Juez en esta materia, así -
como a la Real Orden de 20 de Marzo de 1.916
en la que se consideraba excepcional la pre-
via privación de libertad.

Hay que señalar que la prisión provisional
se aplica a todos los delitos tipificados -
en el Decreto-Ley, incluidos los que no son
estrictamente de "terrorismo". Por tanto, -
el artículo 15 del mencionado Decreto-Ley -
atenta contra la independencia de la Admi-
nistración de Justicia, garantizada en la -
Ley de Principios del Movimiento Nacional -
de 17 de Mayo de 1.958 (punto IX).

2.- Incomunicación.

Las normas contenidas en el Decreto-Ley so-
bre incomunicación, suponen una excepción -
desmesurada a las normas generales sobre in-
comunicación de detenidos y presos conveni-
das en los artículos 506 y siguientes de la
Ley de Enjuiciamiento Criminal, suponiendo
un grave atentado contra los derechos funda-
mentales de la persona humana.

3.- Dificultad para nombrar defensor.

La dificultad para nombrar defensor es deri-
vada precisamente de la incomunicación a la
que es sometido el preso, porque no todas -
las personas tienen en su memoria el nombre
de dos abogados. No cabe olvidarse que el -
procesado tendrá que nombrar un defensor ti-
tular y un suplente sin haber tenido ningún

contacto previo, y por lo tanto sin saber - si los abogados que designa aceptarán la de fensa.

B.- Respecto del procedimiento.

1.- Instrucción por fotocopia.

El artículo 17 del Decreto establece que la entrega de la causa se hará mediante fotocopia, lo que es contrario a lo dispuesto en los artículos 652 y 654 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los que se ordena se entregue la causa. Asimismo el artículo 654 de la Ley Procesal dispone que las partes - podrán examinar la correspondencia, libros, papeles y demás piezas de convicción, siendo ésto imposible mediante fotocopia.

2.- Simultaneidad del plazo.

Supone también de hecho una limitación de - los medios de defensa en los casos de va- - rios procesados cuyas defensas pueden coordinarse o estar enfrentados. Es una práctica inherente a la colaboración entre abogados el ponerse en contacto para evitar los problemas que pudieran surgir, práctica que queda anulada con esta disposición evitando la colaboración de los defensores que es habitual. Es un atentado no contra normas procesales sino contra las normas éticas de la Abogacía.

3.- Necesidad de tres defensores. Privación del derecho del procesado a designar -- siempre un defensor de su conformidad. (art. 18).

El artículo 18 al establecer que el Tribunal nombrará a un defensor suplente de Oficio, - priva al procesado del derecho a la defensa a su elección, sobre todo si se tiene en - - cuenta que no existe posibilidad de recurso de los defensores contra las resoluciones -- que dicten los Jueces o Tribunales en uso de sus facultades disciplinarias. Puede darse - el caso - como de hecho ya ha ocurrido en el

Sumarísimo 1/75 que al ser sustituidos los dos defensores designados por el procesado, éste se vea en la situación de ser defendido por un Letrado al que no se otorga su confianza, con la correspondiente indefensión que esta situación lleva aparejada.

4.- Presencia obligatoria de los tres defensores.

En este caso se produce una violación a la necesaria intimidad entre el Abogado defensor y el procesado. La confianza y el secreto, principios que deben regir la relación entre ambos, se ven seriamente afectados con la intruducción de un elemento ajeno del reo.

5.- Relevo del Defensor (art. 18,2).

El sistema de sustituciones y relevos está establecido en el artículo dieciocho, números 2 a 4, del Decreto-Ley, además de rebajar la función y dignidad del defensor, somete su misión al arbitrio decisivo del Presidente del Tribunal, sin prever cuando no son "oportunas" las advertencias de éste y, por tanto, sin proporcionar medio alguno de defensa frente a la posible inoportunidad, ya que el recurso de audiencia en justicia se refiere únicamente al acuerdo sobre la inhabilitación del Letrado y además no suspende la efectividad de dicho acuerdo.

Esta inhabilitación supone la implantación de una norma sustantiva penal, absolutamente excepcional, dirigida contra los Abogados en su ejercicio profesional, cuya importancia no puede pasar inadvertida.

Pugna, por último, con la norma hasta ahora constantemente observada, que atribuye a la Presidencia, la salvaguarda más eficaz de los derechos del defensor.

- d).- Podemos unir a estas graves deficiencias la eliminación del principio acusatorio, pues las personas sometidas a esta jurisdicción pueden resultar condenadas por delitos de los que no han sido inculpadas y de los que lógicamente no han podido ser defendidas.
- e).- La duplicidad de tratamiento de unas mismas figuras delictivas en dos textos: El Código Penal Común Español y el Decreto sobre Rebelión Militar, Bandidaje y Terrorismo, si bien con perfiles más definidos y jurídicos en el Código Penal, así como penas de inferior rigor que la jurisdicción militar. La Jurisdicción Militar tiene carácter absorbente sobre la jurisdicción común (127) pero el problema estriba que como las dos jurisdicciones son competentes para conocer de los mismos delitos, para elegir en cada supuesto concreto qué jurisdicción debe conocer esta delimitación la realiza la policía que determina la competencia remitiendo directamente a los detenidos según convenga a una y otra jurisdicción (128).

(127).- Según establece el Decreto 21 de Agosto de 1.960 - en contradicción con la regla común establecida en el art. 10 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(128).- Los conflictos entre ambas jurisdicciones son resueltos a través de la Ley de 17 de Julio de 1.968 que instaura en el art. 2 una Sala especial de conflictos compuesta por el Presidente y un Magistrado de la Sala 2ª del Tribunal Supremo y un Consejero togado del Consejo Supremo de Justicia Militar.

Como sostiene Fairén (129). Desde el punto de vista procesal el "tono" del Código de Justicia Militar nos indica que los Tribunales Militares están concebidos para servir a los instrumentos de guerra, y es lógico -- que en tan siniestras condiciones tienen que actuar con la necesaria rudeza pues los derechos individuales han quedado reducidos en espera de que la guerra termine, -- más no es este el caso de la España actual en donde nos hallamos en un estado de derecho y de paz --según se predica incluso en normas jurídicas vigentes--.

La misión de los ejércitos es garantizar la -- paz nacional y defender a la Patria frente a las agresiones y conflictos exteriores e incluso interiores cuando se agoten todas las posibilidades de orden y concordia establecidas legalmente, por ser impotentes los resortes -- institucionales creados para ello (130). Así pues, sólo en caso de convulsión general y suficientemente peligrosa puede intervenir el Ejército y sus Tribunales Militares.

3.2.5.- Únicamente para los desdichados casos

(129).- Víctor Fairén Guillén.- Notas sobre las jurisdicciones especiales, Revista de Derecho Procesal, - año 1.971 nº 1 pág. 19.

(130).- Luis Portero García: "La Jurisdicción Militar" en la Revista General de Derecho, Marzo 1.968 pág. - 196 y ss.

de guerra se puede mantener esta jurisdicción especial, sin embargo, su actual extensión en período de paz tanto por razón del delito, como de las personas, como del lugar nos parece desacertada. En todo caso, es preciso reducir esta jurisdicción a sus justos límites. (131).

(131).- En este sentido es muy interesante el examen de las medidas legislativa que se propugnan en las conclusiones del 10º Congreso Nacional de la -- Abogacía Española en León, Junio 1.970. Se proponen como modificaciones al C.J.M. las siguientes:

Entendemos que la Jurisdicción Militar debe restringir su competencia, tanto por razón de delito, como por razón de lugar, como por razón de persona.

1º.- Por razón de delito.

a). En los delitos comprendidos en el Decreto 21 de Septiembre de 1.960, que revisió y unificó la Ley de 2 de Marzo de 1.943 y el Decreto-Ley de 18 de Abril de 1.947; en los delitos de la Ley Penal de la Marina Mercante de 22 de diciembre de 1.955 y en los de la Ley de Navegación Aérea de 24 de Diciembre de 1.964.

b). Debe desaparecer igualmente la competencia en los casos recogidos en el número 1º del art. 6º del Código de Justicia Militar, o sea, en caso de incendio, daños, robo, hurto, estafa apropiación indebida y malversación de caudales, material, armas, pertrechos, municiones y demás efectos y enseres pertenecientes a la hacienda militar, salvo que se realizaren dentro de lugar militar, o bien que el móvil del apoderamiento fuera el de atentar contra los intereses de la nación, cuya protección está encomendada a los ejércitos.

c). Igualmente, debe modificarse el apartado segundo del art. 6º, fundamentalmente en el párrafo segundo de este apartado segundo, que considera Autoridad Militar a "los militares que, por

por razón de su cargo o destino militar, ejerzan mando superior o tengan jurisdicción o atribuciones gubernativas o administrativas en el lugar o unidad de su destino, aunque funcionen con dependencia de otras autoridades militares principales"

La modificación debe ser en el sentido de que -- cuando estas fuerzas militares actúen en cometidos meramente gubernativos deben de tener la misma protección penal que las demás autoridades ordinarias.

Consecuentemente con esta reforma, se impone también el del art. 312 del Código de Justicia Militar en sus párrafos primero y segundo en relación con el núm. 1º. del art. 256; no haciendo aplicables en estos casos las prescripciones de los artículos 308 a 311, en cuanto trata sobre "fuerza armada", aplicándose, por el contrario, la normativa del Código Penal Ordinario relativas a los atentados, desobediencias, etc., a la Autoridad y Agentes de la Autoridad.

d). Igualmente debe desaparecer la normativa contenida en los números 10 y 11 del artículo 6º del Código de Justicia Militar.

e). Asimismo, proponemos debe la Jurisdicción Militar dejar de conocer de las siguientes faltas, modificándose al efecto el art. 7º. del Código de Justicia Militar:

- Las señaladas en el párrafo primero, en cuanto hace referencia a las Leyes especiales.
- Las comprendidas en el apartado segundo, es decir, las comunes cometidas por militares.
- Las comprendidas en el apartado quinto, en su totalidad.

Este apartado tiene un especial interés, en su última parte, al tratar sobre la "leve desobediencia o ligera irrespetuosidad", pues es la calificación que viene dándose actualmente a los pequeños incidentes derivados del tráfico, con la Policía de -- Tráfico, Guardia Civil, etc., que juzgan y castigan por la Jurisdicción Militar por ser de su competencia. Debe matizarse el párrafo, y quedar ex--

cluido del mismo esos supuestos de actuación de autoridades o agentes en cometidos no específicamente militares; manteniendo la competencia únicamente para los otros casos en que se tratase de infracciones propiamente militares.

2º. Por razón de lugar.

Debe modificarse muy ampliamente la competencia, siendo de destacar lo siguiente en relación con el art. 9º. del Código de Justicia Militar.

- Apartado primero a). Debe modificarse, pues si bien aparece claro y lógico el mantenimiento de la competencia militar para los delitos cometidos en cuarteles, campamentos, lugares de guerra, etc., e incluso en almacenes fábricas o edificios públicos o particulares destinados al alojamiento de fuerzas o servicios militares, parece que ello sólo debe serlo por razón de su función, es decir, cuando estuvieren ocupados militarmente o adscritos a su función militar, apareciendo lógico que la competencia sea de la jurisdicción ordinaria cuando en estos edificios no se encuentren tropas ni estén ocupados militarmente.

- Debe desaparecer el apartado c) del número primero, en cuanto a la competencia por delitos cometidos en el espacio aéreo, o en lugares sujetos a la jurisdicción aérea.

- Debe desaparecer el apartado b) del número primero del art. 9º en su totalidad, en cuanto a competencia por delitos acaecidos en aguas del mar, ríos, etc.

- Debe desaparecer el apartado cuarto en cuanto a los delitos comunes cometidos en posesiones o zonas de protectorado, pues no se ve la razón para que no sea competente también la jurisdicción ordinaria.

3º. Por razón de persona.

Debe desaparecer la competencia a que se refiere el art. 13 del Código de Justicia Militar; y consiguientemente de dicha desaparición, debe desaparecer el art. 16 del propio texto legal, ya que si conoce la jurisdicción ordinaria en general, sobra el último artículo referido.

Dada la especialidad del ejército puede justificarse la existencia de estos Tribunales legos en derecho pero especializados en materia militar para que juzguen en el ámbito interno la actuación profesional del militar en donde la imagen del honor puede despiazar la función y garantía del derecho. De este mismo pensar, parece que son las declaraciones del entonces Director de la Academia Militar en el año 1.935, el Gral Francisco Franco Bahamonde, que declararían en uno de los procesos (132) "La justicia militar no es ni ha sido nunca fuero; ha sido una necesidad que los delitos militares de esencia puramente militar y cometidos por militares, fuesen juzgados por personal preparado militarmente para esta misión". Pero en cualquier caso y con independencia de la deseabilidad de conseguir llegar a la unificación jurisdiccional penal en la ordinaria con limitadísimas excepciones, puede resultar también interesante el abordar la problemática de ir consiguiendo una unificación a través de la consecución de que en todos los distintos ordenamientos jurídico-penales que subsistan se integran unas mismas garantías para los justiciables, que permitan llegar a un mismo nivel en todas las jurisdicciones.

(132).- Proceso ante el Tribunal Supremo con motivo de los alzamientos de los Capitanes Galán y García Hernández, folios 210 y 213.

Circunscribiéndonos al campo de la jurisdicción militar, es decir, para delitos de esencia puramente militar y cometidos por militares, es preciso -- también hacer una serie de modificaciones en el Código de Justicia Militar, que permitan que dicho texto legal tenga una normativa similar a la Ley de Enjuiciamiento Criminal en cuanto a la materia de garantías para el justiciable. En este sentido el Congreso de la Abogacía de León, estableció unas propuestas sobre las que creía se impone la introducción de una rápida reforma en el referido Código, para llevarla a ese mayor grado de perfección por el que venimos abogando.

Dichos extremos son los siguientes:

Admisión de acción privada en la jurisdicción militar.-
Admisión de defensa por Letrados en toda clase de delito.- Vinculación del Tribunal por el planteamiento de las partes, principio acusatorio.- Recurribilidad de los fallos.- Modificación del procedimiento en las vistas ante el Consejo Supremo de Justicia Militar, permitiendo a las partes emitir un auténtico informe forense.- Modificación de la normativa aplicable al procedimiento sumarísimo, desapareciendo sus excesivas limitaciones para una necesaria garantía de los enjuiciados.- Que no sea posible seguir procedimiento contra personas desconocidas o muertas.- Modificación de prohibición de embargos militares, haciendo desaparecer tal trato de privilegio.- Limitación de antecedentes penales a los delitos comunes.-
Desaparición del art. 194 del Código de Justicia Militar,

para evitar un diferente trato de dureza injustificada para los procesados militares.- Admisión de condena -- condicional en los delitos militares.- Modificación de la cuantía en los delitos de fraude, equiparándola a la del Código Penal Común.- Desaparición de la figura Fiscal Militar.- Vinculación de la Autoridad Judicial a la calificación jurídica comúnmente aceptada por el Ministerio Fiscal y la Defensa del procesado.- La modificación del art. 255, admitiendo la rehabilitación en delitos militares.- Exigibilidad de formación técnico-jurídica en los Jueces Instructores y Tribunales Militares.

CAPITULO - IV -

JURISDICCION PENAL.

4.-1.- Dentro de la jurisdicción estatal distinguamos como manifestaciones de la misma y por meras razones de especialización en el trabajo tres jurisdicciones comunes u ordinarias: la civil, la penal y la contencioso administrativa. La distinción entre las tres jurisdicciones resulta sencilla atendiendo al objeto de cada una. La jurisdicción penal es para determinar la existencia de un delito o falta y la imposición de una pena; tiene esta jurisdicción un efecto atractivo respecto de las restantes que quedan en suspenso hasta tanto no se haya resuelto el proceso penal correspondiente.

La nota característica de la jurisdicción penal estriba en su carácter necesario, a diferencia de la jurisdicción civil que actúa únicamente a petición de parte; en esta última los particulares pueden regular entre sí sus relaciones o incluso acudir a una vía arbitral. En cambio, en la jurisdicción penal sólo a través de su ejercicio puede declararse la existencia del delito.

El Estado para ejercer la función jurisdiccional en materia penal lo realiza a través de diversos tri-

bunales: los juzgados de paz, municipales y comerciales - conocen en primera instancia de los hechos punibles que las leyes penales califican de faltas; los juzgados de instrucción conocen y fallan los recursos de apelación - sobre las faltas, instruyen sumario por delitos graves y conocen y fallan sobre delitos menos graves (art. 14, 3º L.E. C.); las Audiencias conocen de los delitos graves - y la apelación de los delitos menos graves. La Sala 2ª del Tribunal Supremo conoce de los recursos de casación. Estos órganos jurisdiccionales comunes conocerán, según su distinta competencia, de todos los delitos que no estén - expresamente sometidos a una jurisdicción especial.

4.2.- A continuación examinaremos una por una las jurisdicciones especiales, partiendo de sus antecedentes históricos y los motivos por los cuales se creó. Seguidamente analizaremos en cada jurisdicción su funcionamiento y las diferencias más esenciales en relación con la jurisdicción común.

4.2.1.- Empezaremos por el Tribunal y los Juzgados de Orden Público. Esta jurisdicción especial surgió con la Ley de 2 de Diciembre de 1.963 (133) con base

(133).- Por Decreto de 13 de Abril de 1.972, se crea nuevo juzgado de orden público.

en la disposición transitoria segunda de la Ley de Orden Público de 30 de Julio de 1.959. Se crea para enjuiciar lo que la doctrina llama delitos públicos en sus diversos aspectos (134).

La motivación oficial para la creación de esta jurisdicción especial, según explica la exposición de motivos de la Ley creadora, se basa de un lado en la unificación de criterios para el enjuiciamiento de los hechos punibles sometidos a su conocimiento y de otro lado en la seguridad de una pronta y justa resolución, por la atención exclusiva que a ella han de prestar el Tribunal y el Juzgado especial.

En cuanto al primer extremo, y en una buena técnica jurídica, hemos de sostener que la unificación de criterios la realiza el Tribunal Supremo, pues es precisamente esta unificación de criterios una de las funciones fundamentales del más alto tribunal. En cuanto a la pre-

(134).- El Tribunal de Orden Público sustituye a los Tribunales Militares y al Tribunal Especial de Masonería y Comunismo creados por Decreto 1-3-1940 y así la nueva jurisdicción especial creada por esa Ley 154/63 a la que antes nos referíamos se convierte a partir de ese momento en la jurisdicción de la justicia política hasta el restablecimiento, en todo su vigor, en Agosto de 1.968, del decreto de 21 de Septiembre 1.960 sobre rebelión militar, bandidaje y terrorismo que reintroduce como principal la competencia de tribunales militares y residual la de orden público.

tendida rapidez en la resolución de las causas sometidas a su resolución no puede lograrse ya que teniendo el órgano jurisdiccional su sede en Madrid, la fase sumarial se realiza o bien mediante el desplazamiento del Juzgado especial de orden público al lugar de los hechos o bien, a través del auxilio judicial de los artículos 183 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Las declaraciones de los testigos, las indagatorias de los procesados, los informes de la policía y guardia civil, los certificados, etc., producen un retraso en las diligencias que no existiría si la competencia de estos hechos fuera la ordinaria territorial de jueces de instrucción y audiencias provinciales y no la centralizada de orden público.

Por todo lo cual, más que motivos que justifiquen la creación de una jurisdicción especial, parecen pretexto para la creación de un tribunal que pueda interesar al poder ejecutivo su existencia. (135).

(135).-El Proyecto de Bases de la Ley Orgánica de Justicia de 20-12-73 tiene la preocupación de perpetuar este Tribunal de Orden Público como hacen constatar en la Exposición al Gobierno e informe de profesores de derecho procesal de universidades españolas respecto del proyecto pendiente de Ley de Bases de L.O.J. publicado en la Revista de Derecho Procesal año 1.974 nº 1 página 11.

Las singularidades fundamentales de esta jurisdicción especial se nos muestran en una quintuple vertiente:

a).- Jurisdicción en todo el territorio nacional. De ello se deriva que la inmediación, es decir, el conocimiento directo del asunto por el Juez, el contacto con el autor de los hechos considerados como delictivos, no existe sino para casos cometidos en Madrid. Pues salvo muy raras excepciones no se produce el desplazamiento del juzgado al lugar de los hechos. Los exhortos, mandamientos o suplicatorias, sustituyen a las diligencias directamente realizadas por el Juez de instrucción tal y como la Ley de enjuiciamiento criminal pretende. Las reglas para la averiguación y comprobación de los delitos no son pues las mismas que la Ley de enjuiciamiento criminal establece. La especialidad pues es evidente. Por otra parte, si los procesados están en libertad, los gastos de desplazamiento corren a su cuenta así como los de testigo de descargo siendo todo ello una carga suplementaria y un perjuicio motivado por esta especialidad.

b).- Frente al sistema normal de nombramiento, en esta jurisdicción especial, la designación se efectúa por el Gobierno por medio de un Decreto. Aunque tanto los magistrados del tribunal como los jueces de los juz-

gados de Orden Público sean funcionarios de la carrera judicial, se puede afirmar (136) que al justiciable se le priva del juez legal. Por otra parte la inamovilidad de los jueces, de lo que depende en gran medida su independencia, no está asegurada pudiendo ser libremente removidos a su cargo.

c).- En relación con la prisión preventiva como medida cautelar, existe en esta jurisdicción especial un incremento de posibilidades de la prisión que nos introduce aún más en el sistema inquisitivo. Frente al carácter restrictivo la prisión provisional tiene en los delitos comunes, para el tipo de delitos políticos que juzga el Tribunal de Orden Público, la prisión provisional se convierte en regla común. A pesar de que es un principio general de derecho que todo inculcado es presumido inocente, en el campo que no ocupa se invierten los conceptos ya que se hace responsables a los procesados de la alteración pública que se pudiera producir.

Esa especie de "responsabilidad objetiva a priori" es razón suficiente para mantener la prisión pro

(136).- Así lo afirma en el libro: Tribunales de España, organización y funcionamiento, los profesores -- Leonarno Prieto Castro y Ferrándiz, Eduardo García de Cavedes, José Almagro Nosete y Nicolás -- González-Deleito, páginas nºs. 30 y 31.

visional . En efecto el art. 9 apartado a) de la Ley de Orden Público sostiene que "en todas las causas por los delitos que esta Ley atribuye al Juzgado y Tribunal de Orden Público, y mientras la situación alterada por -- aquéllos no haya sido completamente normalizada, se decretará la prisión incondicional, sin que en ningún caso puede exceder ésta de la duración de la pena señalada al delito que la motive".

Fairén (137) dice que por lo ambiguo de la norma sobre la prisión incondicional esta norma de la Ley de 2-12-63 bien puede ser inconstitucional. Este texto plantea y no resuelve un grave problema: ¿Qué significa la expresión completamente normalizada?, ¿hay que entender que la "situación" del lugar de los hechos, o la situación general de la comarca, región o nacional en globo?, según la interpretación que se de a la frase, el resultado en cuanto a la duración de la prisión preventiva puede ser muy diferente.

d).- Otra de las especialidades de esta jurisdicción especial es la posibilidad de ser condenado en rebeldía ya que según el régimen procesal penal ordinario español para los delitos graves es necesaria la pre-

(137).- Víctor Fairén Guillén, notas sobre jurisdicciones especiales, revista Derecho Procesal Ibero-Americana, año 1.971, nº 1, páginas 9 y siguientes.

sencia del acusado siguiendo el principio general de - que "nadie puede ser condenado sin ser previamente oído y vencido en juicio". Aunque la Ley de 8-4-67, que reformó la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé la posibilidad de ser condenado en rebeldía en delitos, esta Ley es para los "delitos leves" pues como dice Viada (138): en los delitos leves la presencia del acusado en el juicio puede serle a éste más gravosa (por el necesario -- desplazamiento a otra ciudad) que una posible pena pecuniaria. Pero repetimos esta reforma está pensada para los "delitos leves" y de ninguna forma debe ser aplicable a un proceso, como el del Tribunal de Orden Público en el que se pueden imponer penas tan graves, incluso - la máxima de muerte.

e).- El Tribunal de Orden Público no admite - que se le promuevan conflictos de competencia, y si en su propio seno surgiere la idea de la necesidad de inhibirse en favor de un juez o tribunal de la jurisdicción ordinaria, no puede hacerlo según las normas generales sino por un medio especial. Todo lo cual indica que el -

(138).- Carlos Viada; la ausencia del acusado en el proceso penal en Revista Derecho Procesal 1.962 - nº 3, página 575 y siguientes.

TOP no se halla dentro sino fuera de la jurisdicción ordinaria pese a que la Exposición de Motivos de la citada Ley de 2-12-63 diga lo contrario.

Por otra parte, existen una serie de especialidades que proceden de la práctica forense pero motivada sin duda por la especialidad de los delitos que se someten a conocimiento de esta jurisdicción especial. En el Tribunal de Orden Público está siendo frecuentemente utilizada la facultad que el artículo 680 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal concede al Presidente del Tribunal, para decretar la celebración del juicio oral a puerta cerrada. La intención del legislador es valorar como una gran garantía la publicidad ya que sanciona la falta injustificada de este requisito, con la nulidad del juicio, exigiendo por otra parte, que la resolución de restringir esta garantía, esté absolutamente fundada.

Asimismo el art. 683 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ordena al Presidente del Tribunal que impida toda discusión injustificada que no conduzca al esclarecimiento de la verdad, pero sin que éste le faculte para coartar a los defensores la necesaria libertad para la defensa pues en este tipo de delitos políticos los defensores se ven necesariamente obligados a

referirse a las intenciones ideológicas de sus patrocinados, e incluso tener que criticar en aras a ese derecho de defensa ciertas desigualdades e injusticias.

Por todo ello consideramos que esta jurisdicción especial debe desaparecer y que los delitos contra el orden público sean conocidos por la jurisdicción ordinaria (139).

Pero al postular por la supresión de esta jurisdicción abogamos también por la supresión de todos los delitos artificiales que ésta enjuicia: propagandas ilegales, reuniones, asociaciones ilícitas, etc. (140).

(139).- Aunque en el desafortunado proyecto de las bases para una L.O. de justicia publicado en el B.O. de las Cortes Españolas el día 20-12-73 se cree un nuevo tribunal llamado Tribunal Central de lo Penal (base 8, 32, 1), que analizado en sus competencias no es otra cosa que el Tribunal de Orden Público, como se deja de manifiesto en el artículo publicado en el diario Ya, el día 12-11-74, -- por el grupo que firma con el seudónimo de Tacito. En dicho artículo se dice además que hoy el Tribunal de Orden Público, es un órgano innecesario que solamente ha contribuido a crear una imagen no precisamente afortunada de la justicia española, una verdadera unidad de jurisdicción exige la asunción por la jurisdicción ordinaria de aquellos cometidos.

(140).- En tal sentido Gregorio Peces Barba Martínez, dice que los delitos artificiales que el Tribunal de Orden Público enjuicia, son la mayor parte y sólo -- quedarían algunos delitos permanentes que existen todas las legislaciones, como los de traición, piratería o contra el derecho de gentes, delitos contra el Jefe del Estado, etc. Estos llamados delitos permanentes no son comunmente enjuiciados. La mayor parte de ellos nunca han sido vistos por el Tribunal de Orden Público. Son prácticamente reliquias que nadie infringe. En cambio los delitos -- más comunmente juzgados son de los que llamamos, -- siguiendo a la mayor parte de la doctrina "artificiales": propagandas ilegales, reuniones o manifestaciones no pacíficas y asociaciones ilícitas.- En realidad, la configuración de estos tipos penales, supone una limitación al ejercicio de derechos fundamentales como el de reunión, asociación o expresión.

4.2.2.- Son también jurisdicciones especiales aquellas que han sido denominadas como Tribunales Correccionales: Juzgados de Peligrosidad Social, Tribunal Tutelar de Menores y Patronato de Protección a la Mujer que a continuación analizamos:

4.2.2.1.- Peligrosidad y rehabilitación social. El día 4 de Agosto de 1.970 fue promulgada la "Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social" que deroga y sustituye de forma expresa a la Ley de vagos y maleantes aprobada en 1.933.

La Ley tiene una doble finalidad: respecto a la sociedad, libertarla de elementos peligrosos y como medio de garantizar un nivel de seguridad en la convivencia. Respecto a los sujetos directamente afectados por la Ley su regeneración "rehabilitación" capacitándoles para su incorporación a la Sociedad de la que naturalmente forman parte.

El título segundo de la mencionada Ley crea un procedimiento especial por los sujetos por ella contemplados. El conocimiento de éstos es atribuido a los jueces de instrucción, creándose para ellos juzgados especiales. Uno al menos de éstos debe existir en cada provincia con tal cometido único y especializado. Sus jueces tienen competencia exclusiva y excluyente para estos asuntos y son a la vez instructores y sentenciadores.

Cuatro son las especialidades procesales de esta jurisdicción especial que merecen comentario específico en cuanto que atentatorias en mayor o menor medida, - de las garantías ordinarias reconocidas en las jurisdicción común:

a).- Mientras en la jurisdicción ordinaria - - existe y se acuerda corrientemente la libertad bajo fianza, tal posibilidad se niega en esta jurisdicción especial. Esta medida puede aparecer como lógica si se tiene en cuenta que se aplica a individuos "peligrosos" para - la sociedad, cuyo estado de libertad podría ocasionar graves e irreparables perjuicios. Sin embargo, la tipificación del delincuente a quien es aplicable esta Ley no resulta la más adecuada para aceptar el razonamiento anterior; pues el estafador por ejemplo, cuyo perjuicio para la Sociedad puede ser, y lo es de hecho normalmente, mucho mayor cuantitativamente que el de una simple prostituta, tiene posibilidad de conseguir una libertad de movimientos que a ésta se le niegan. No parece lógica ni justa tal discriminación.

b).- Los jueces especiales son designados por - las Salas de Gobierno, de la Audiencia Territorial o del Tribunal Supremo, sino por libre nombramiento gubernativo del Ministerio de Justicia. Ello hace que los sometidos a estos Juzgados estén privados del juez natural con lo que conlleva de atentatorio a los principios de garantías procesales.

c).- Aunque en el apartado nº 7 de la Exposición de motivos se diga que se acentúan los principios de contradicción ofreciendo así mayores garantías, tal afirmación no es exacta. Efectivamente el Juez puede decretar, antes de resolver la aplicación de medidas de seguridad, la detención y prisión del encausado como medida cautelar, y el presunto peligroso no tiene más posibilidad de defensa que recurrir en forma contra el auto de prisión, ante el mismo órgano judicial que lo dictó.

Llegado el momento en que al presunto peligroso se da vista de lo actuado, puede proponer las pruebas de descargo tendentes a demostrar la inexactitud de los hechos que se le atribuyen. Ello significa que realmente se invierte la carga de la prueba y en lugar de acreditarse por el Ministerio Fiscal los extremos en que basa su peligrosidad debiendo limitarse el acusado a su negativa, se ve obligado éste a probar su inocencia con la enorme dificultad que esto entraña. Esto supone una flagrante violación del tradicional aforismo de que la inocencia se presume en tanto en cuanto no se demuestre lo contrario.

d).- Una última puerta abierta a la posible arbitrariedad de esta jurisdicción especial se deriva de la redacción y forma de la repetida Ley. Todas las figuras que, como situaciones de peligrosidad social, se contie--

nen en ella, adolecen de inconcreción. La utilización frecuente de términos como "buenas costumbres" (141) "trato asiduo" (142) "inclinación al delito" (143), "respeto debido" (144), "situación presumible" (145), supone un atentado evidente al principio de legalidad como garantía de los derechos de la persona reconocidos en nuestra legislación. Puede considerarse tipificado un delito cuando su definición es no sólo de amplitud ilimitada, sino además de significado diverso según las situaciones ideológicas, incluso la mentalidad del juez concreto?. La respuesta negativa a esta pregunta implica necesariamente la condena de las expresiones mencionadas.

De la crítica que hemos efectuado sobre la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, deducimos en -- primer lugar la necesidad de desaparición de los tribuna

(141).- Art. 1 nº 9 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

(142).- Art. 1 nº 15 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

(143).- Art. 6 nº 11 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

(144).- Art. 1 nº 9 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

(145).- Art. 4 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

los especiales que enjuician estos hechos debiendo pasar su conocimiento a las jurisdicción ordinaria.

En segundo lugar es preciso que el sistema de recuperación de los elementos asociales se base en normas reeducatorias y médicas, más que en preceptos, cuando su conducta es más reacción sicopática que tendencia delictiva. Pero si se acepta hablar de peligrosidad social es necesario añadir otras categorías tan peligrosas para la sociedad como son los especuladores con bienes elementales y los habituales de delitos económicos, pues éstos inciden con mayor profundidad y daño a la convivencia.

Por otra parte, es interesante recoger las mejoras que se proponen en el acuerdo tomado por los asistentes a la octava reunión de profesores de derecho procesal propuesto por el Profesor Fairén (146), "elevar al gobierno la unánime petición de los Profesores en el sentido de que se pongan a disposición de la Administración Penitenciaria y de los organismos encargados de la ejecución de medidas de seguridad, con mayor generosidad que en el momento presente, los medios económicos y de toda índole necesarios para la instalación y mantenimiento de los Cen--

(146).- Fairén "Conclusiones sobre la peligrosidad Social"
Editorial Tecnos 1.972.

tros de todo tipo que requieran para la ejecución de penas y medidas de seguridad en condiciones adecuadas a los tiempos y consonantes con la competencia y dedicación de los funcionarios correspondientes".

Asimismo son de interés las reformas propuestas también con motivo de la citada reunión por Andrés de la Oliva Santos (147). Entre otras merece realzar su propuesta de introducción de un recurso de casación por quebrantamiento de forma con el cual se aumentarían las garantías procesales.

4.2.4.2.- Otra jurisdicción especial es el Tribunal Tutelar de Menores: Dicho Tribunal fue creado (148) por Ley de 3 de Febrero de 1.929 y en su artículo 15 dice que los Tribunales tutelares no se sujetarán a las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones. El texto refundido de la legislación de tribunales de menores, fue aprobado por Decreto de 11 de Junio de 1.948. El carácter de jurisdicción especial lo proclama asimismo el art. 8º

(147).- Andrés de la Oliva Santos.- Aspectos procesales de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y su reglamento publicado en la Revista de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de Navarra, a la octava reunión de Profesores de Derecho Procesal (Valencia 3 a 5 de Mayo de 1.972).

(148).- Los Tribunales Tutelares de Menores aparecen en la Ley de bases que los creó el dos de Agosto de 1918 cuando en la base primera dice "se organizará un Tribunal especial para niños" y se regula en la Ley de 25-11-1918 y el reglamento de 10 de Julio de 1.919.

2 al decir: "cuando el menor que no haya cumplido esta edad ejecuta un hecho castigado por la Ley será entregado a la jurisdicción especial del Tribunal Tutelar de Menores".

Los fallos de los Tribunales Tutelares de Menores son reformables, revisables y recurribles, pero por ser una jurisdicción especial siempre ante los mismos Organismos que integran dicha jurisdicción, la reforma y revisión tiene lugar ante el mismo Tribunal que dictó el fallo, y la apelación para ante el Tribunal de Apelación de los Tribunales Tutelares de Menores, órgano superior de la jurisdicción, que está integrado por Magistrados del Tribunal Supremo. Y si examinamos el art. 22 de la Ley y 44 del Reglamento apreciaremos que contra los fallos de estos Tribunales, una vez firmes, no se dá ulterior recurso (149).

Vamos a considerar ahora como se manifiesta esta jurisdicción especial en las tres facultades que le son propias:

(149).- Carlos de Miguel en su artículo: La Unidad de Jurisdicciones en materia penal página 62 cree que estos Tribunales son de carácter administrativo. Por el contrario la jurisprudencia del T.S., en su Sentencia de fecha 29 de Septiembre de 1.960, declara no haber lugar al recurso de casación, al hacer el recurrente caso omiso de la existencia de la jurisdicción especial ordenadora de la suspensión.- En dicho recurso, sostenía el recurrente que el acuerdo del Tribunal de Menores, confirmado por el de Apelación, estaba dictado en unas actuaciones que venían a ser un expediente administrativo y por tanto susceptible de revisión ante la jurisdicción ordinaria de lo civil.

a).- Facultad de enjuiciamiento de mayores, por faltas comprendidas en el art. 584 del Código Penal realizados contra los menores por emplearlos en representaciones públicas, como botones en salas de fiestas, permitirles la entrada en salas de baile, etc., etc. Esta facultad de carácter represivo, no tiene fundamento para que no sea conocida por los jueces municipales de las jurisdicción ordinaria.

b).- Facultad reformadora.- En ella no hay publicidad, contradicción, ni partes propiamente dichas, -- fundado en las características que le son propias, nacidas de la lógica consecuencia de que los menores no cometen delitos ni faltas, pues de las infracciones de orden jurídico cometidas por los mismos, no nace la acción penal.

c).- Facultad protectora.- En virtud de ella, tienen atribuidos estos Organismos, con carácter exclusivo, el poder de suspender los derechos personales de la patria potestad, es decir: los de guarda y educación.

El procedimiento para el ejercicio de esta facultad presenta dos fases. Una primera, en la que predomina el principio de "instrucción oficial" porque en ella, el Tribunal aporta los elementos o medios de conocimiento de los hechos, por su iniciativa propia sin intervención de los interesados, para averiguar lo que constituye el principio de la "verdad material". Al finalizar esta fase

informativa, de no haber resultado desvirtuados los extremos de la denuncia es cuando quedan, en principio, - definidos, determinados o concretados los hechos y las imputaciones relativos a la presunta dignidad en el - - ejercicio de los derechos de la guarda y educación.

Es en este momento, cuando se entra en la segunda fase del procedimiento en la que sobresale el - - principio de "contradicción o aportación de parte" con indudable aspecto "dispositivo", que se perfila en el - art. 80 del Reglamento.

Efectivamente, como requisito esencial previo al acuerdo, a los padres o tutores afectados se les formulan los cargos que contra ellos resultan, para que -- puedan argumentar su defensa y proponer la prueba que - estimen oportuna, mediante el empleo de los medios probatorios que establece la Ley Adjetiva.

En esta fase no se permite la intervención de Letrados.

Por lo expuesto esta jurisdicción especial - enjuicia conductas, valora jurídicamente y aplica medidas de índole personal y todo ello es indudable que debe quedar sometido a unos jueces técnicos inamovibles e independientes y su tramitación debe gozar de toda - clase de garantías de defensa propias de la jurisdic--

ción ordinaria.

4.2.4.3.- Patronato de protección a la mujer.

Por último estudiamos en este apartado de de Tribunales Correccionales el patronato de protección a la mujer. - En realidad este Patronato entra de lleno en lo que hemos llamado jurisdicción extraordinaria, puesto que aun que no tiene "strictus et figure" de verdadera jurisdicción realiza funciones que son propias de un organo judicial.

El repetido Patronato fue creado por Decreto de 6 de Noviembre de 1.941. Depende del Ministerio de Justicia y 10 vocales del mismo son de libre designación ministerial, con lo cual se quiebra el principio de independencia.

Por otra parte, tampoco existe principio en la garantía técnica, ya que son vocales natos de este Patronato el Obispo de Madrid-Alcalá, el Representante de la Sección Femenina de la Falange Española Tradicionalista y de las JONS, el Presidente de la rama de mujeres de Acción Católica, el Capitan General de la Primera Región, etc., etc.

La finalidad de este Patronato según establece el art. 4º es: "dignificación moral de la mujer", -- "apartarles del vicio", "educarlas con arreglo a las enseñanzas de la religión católica".

Este Patronato además de proponer al Gobierno reformas legislativas, fomentar, velar, denunciar, etc., tiene una misión propiamente jurisdiccional al permitirle entre otras funciones la de recogida, tratamiento e internamiento (art. 4 Decreto 6 de Noviembre de 1.941, art. 19 y siguientes de la Ley de 25 de Diciembre de 1.952 por el que se reorganiza el Patronato). Estas medidas de internamiento no se suspenden por la incoación de procedimiento ante los tribunales (art. 21, Ley 20 de Diciembre de 1.952).

En el expediente que se abre para adoptar ciertas medidas como el internamiento no tiene las garantías necesarias del debido proceso.

Consideramos que cualquier acto delictivo que realice la mujer debe corresponder su conocimiento a la jurisdicción ordinaria por lo que debe desaparecer esta jurisdicción especial.

4.3.- A continuación examinaremos las jurisdicciones especiales que hemos llamado excepcionales.

4.3.1.- Comenzaremos por la Jurisdicción Especial de Delitos Monetarios.- Esta jurisdicción especial nació con la Ley de Delitos Monetarios, del 24 de Noviembre de 1.938 en plena Guerra Civil (150). Según dice el -

(150).- Podemos encontrar el antecedente de esta jurisdicción especial en el denominado Juzgado de Evasión de Capitales, creado por la Ley de 17 de Diciembre 1.932.

propio preámbulo de la Ley, nace para evitar que la economía quedase descapitalizada y con el fin de conseguir las divisas necesarias para la compra de materiales: cañones, petróleo, medios de transporte, municiones y cuantos elementos lleva consigo un ejército en guerra. En consecuencia parecía lógico que en esta especial situación y con vistas a una victoria militar se crease un tribunal especial que quedase en manos del poder ejecutivo. Pero esta jurisdicción hoy ya no es aceptable.

Parece no sólo justo y legítimo, sino obligado, que la economía de la Nación continúe teniendo un sistema que evite que las conductas antisociales pongan en peligro un bien común, cual es la estabilidad económica nacional; pero lo que ya carece de sentido es que el órgano juzgador de estos delitos pertenezca a una jurisdicción especial al considerar que para el enjuiciamiento de estos hechos exige una especial formación y conocimientos muy técnicos, lo cual supone una suspicacia a la capacidad intelectual y preparación de nuestros magistrados que con la ayuda de los informes periciales como en tantos otros asuntos, podrán juzgar las conductas antisociales.

Es el artículo 15 de la referida Ley de 14 de Noviembre de 1.938 en donde se crea esta jurisdicción especial cuando establece que "se crea por la presente Ley el Juzgado de delitos monetarios, con la facultad exclu-

siva y excluyente de conocer y fallar los expedientes, - que refiriéndose a los actos definidos en los artículos 1 y 3, remitan a su competencia la administración del - Comité de Moneda o el Ministerio de Orden Público; dicho Juzgado se compondrá de un Juez, un Secretario y el personal auxiliar necesario dependiendo en lo gubernativo - del Ministerio de Hacienda" (151) "El nombramiento de -- Juez se acordará libremente por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Hacienda". Con lo cual de saparece el consagrado principio de que los Jueces y Ma gistrados son independientes, inamovibles y responsables con arreglo a la Ley.

Como dice James Goldschmidt (152) sólo los - - Tribunales Ordinarios tienen el derecho y el deber de -- desoir en el ejercicio de su potestad judicial las indi caciones que les hagan los órganos gubernativos (lo - -- cual supone la prohibición de la llamada justicia minis terial).

(151).- Al Ministerio de Hacienda compete la condonación de multas.

(152).- James Goldschmidt.- Derecho Procesal Civil.- Trad. Prieto-Castro con adiciones de Doctrina y Legisla ción Española por Alcalá Zamora. Edición Labor -- 1.936 página 120.

Por otra parte, esta jurisdicción especial tiene un procedimiento que tampoco es el ordinario, pues en él, entre otras cosas no existe la intervención de abogado hasta que no se produce la resolución condenatoria, - pudiendo sólo entonces, apelar ante el Tribunal Superior de Contrabando y Defraudación (153).

Por todo lo cual concluimos con el Profesor del Rosal (155) que el Juzgado Especial de Delitos Monetarios debe desaparecer como tal y su materia debe incorporar a la jurisdicción penal, ya que se trata del enjuiciamiento de personas con penas punitivas de privación de libertad. En el mismo sentido el Profesor García de Enterría considera que esta materia de la jurisdicción espe-

(153).- Con arreglo al Decreto de 16 de Julio de 1.964 que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contrabando, se establece en su artículo 116 nº 4 que contra las resoluciones que dicte el Tribunal Superior de Contrabando no se dé recurso alguno. Hasta que se llega al Decreto de 11 de Enero de 1.968 por el cual se lleva a cabo la restauración del Tribunal Económico Administrativo Central en su artículo -- 10º se dice: la competencia y funciones legalmente encomendadas al Tribunal Superior de Contrabando - quedan atribuidas al Tribunal Económico Administrativo Central, cuyo funcionamiento en las materias que hasta ahora correspondían al primero, continuarán regulándose con la vigente Ley de Contrabando.

(154).- Juan del Rosal en el ciclo de conferencia llevado a cabo por el "Círculo de Estudios Jurídico" sobre el tema de los delitos monetarios.

cial de Delitos Monetarios debe estar total y absolutamente excluida del cauce de la vida administrativa, aunque - ésta fuera la ordinaria, para pasar en toda su integridad a la jurisdicción ordinaria penal.

4.3.2.- Tribunal de Contrabando y Defraudación.

El antecedente más inmediato (155) de esta jurisdicción - especial es la Ley de 1.953 (11 de Septiembre) que marca un importante hito en la materia que nos ocupa, puesto - que hasta esa fecha, de los delitos de contrabando y de- fraudación, conocía la jurisdicción ordinaria y común, y tan sólo las faltas sancionadas con multas eran atribui- das a las juntas administrativas de Hacienda.

En 1.953 desaparecen las tipificaciones delic- tivas, pero pese a la nueva denominación de infracciones, el orden represivo aparece claro, pues aún cuando la nue- va ley suprime la pena de privación de libertad, ésta vie- ne restablecida desde el momento en que castigándose la - infracción con la pena de multa, el impago de la misma --

(155).- Los antecedentes anteriores son muy interesantes - pues incluso el artículo 9 del Decreto de unifica- ción de fueros de 1.868, respetó la atribución de la persecución del contrabando a las juntas admi- nistrativas de hacienda según la ordenación de BRA VO MURILLO de 20 de Junio de 1.852 con los antece- dentes, muy severos, por cierto, de la Ley penal sobre delitos de fraude contra Hacienda Pública de 2 de Mayo de 1.830. También son de interés citar - la Ley de 3 de Septiembre de 1.904 y disposiciones posteriores.

abre las puertas del arresto sustitutorio (instaurado en la Ley de 3 de Septiembre de 1.904, a 5 pesetas por día y como máximo un año) con una desmedida extensión en su aplicación, como ha manifestado el Magistrado LATOUR BROTONS desde el momento en que esa privación de libertad - se puede alargar hasta un máximo de cuatro años, incluso con la nueva redacción del texto de 16 de Julio de 1964 en la que se computa por día la base del jornal mínimo - legal, pero se mantiene el tope de cuatro años. Este Tribunal está compuesto por 7 vocales de los cuales cinco dependen del Ministerio de Hacienda y el Presidente es el propio Delegado de Hacienda (156) con lo cual se quiebra la imparcialidad necesaria de un órgano jurisdiccional - al ser el propio Ministerio de Hacienda Juez y parte. Sin duda que este Tribunal especial, en el móvil de sus declaraciones es imparcial pero también es indudable que no -- existe la garantía de la imparcialidad. Por otra parte, - los jueces no son inamovibles ni independientes ya que en cualquier momento el Ministerio de Hacienda puede revocar sus nombramientos y sustituirlos según las necesidades -- y directrices ministeriales.

Aun cuando puede imponerse recurso contencioso-

(156).- Artículo 52 y 54 del Decreto de 16 de Julio de -- 1964.

administrativo contra las resoluciones de este Tribunal no se suspende la ejecución de los fallos pronunciados, el embargo de los bienes, su subasta e incluso la prisión por insolvencia.

Como vemos esta jurisdicción especial compuesta por tribunales de carácter eminentemente administrativo en realidad pueden imponer verdaderas penas, y por consiguiente el enjuiciamiento de estos delitos (157) debe pasar a ser competencia de la jurisdicción penal ordinaria.

4.3.3.- Tribunal de defensa de la Competencia.

Por la Ley de 20 de Junio de 1.963 de represión de prácticas restrictivas de la competencia o Ley antimonopolio y su Reglamento de 4 de Marzo de 1.965 se crea el Tribu-

(157).- Pues no podemos poner en duda la necesidad de que una sociedad, organizada conforme a los elementales principios de un Estado de Derecho tenga especial interés en la represión de delitos que afecten a la economía nacional, a los recursos en moneda extranjera del propio Estado, o que suponga la descapitalización y privación del país de sus propios recursos nacionales, que representan el gruto del esfuerzo y el trabajo de toda la comunidad. Es, por tanto, no sólo justo y legítimo, sino obligado que la economía de la Nación que es la economía de la Sociedad, tenga un sistema de protección que evite el que conductas antisociales, en búsqueda de la satisfacción de su propio egoísmo, pongan en peligro un bien común cual es la estabilidad económica nacional. Y de este punto ha de arrancar la tipificación de los delitos que podemos denominar socio-económicos.

nal de Defensa de la Competencia (158).

El objeto y finalidad de la Ley de Defensa de la Competencia es impedir las prácticas restrictivas y abusivas de la misma y los acuerdos colusorios que atentan contra la libertad del mercado (159). Estos conceptos se encuentran definidos en los artículos 1º y 2º del texto legal. En el preámbulo de la Ley se habla de la inoportunidad actual de la tipificación penal de las prácticas restrictivas.

La Ley articula un mecanismo bastante complejo para llevar a efectividad el objeto y fines que se propone (160). Este mecanismo se compone de cuatro órganos.

a). El Servicio de Defensa de la competencia - que es un verdadero órgano instructor y ejecutor del Tribunal. En la instrucción del expediente del Servicio oye

(158).- Ver Mendizábal Allende "El Tribunal de la Competencia" Revista de Derecho Judicial 1965 pág. 71"

(159).- Nicolás González-Deleito desarrolla detalladamente las atribuciones de este tribunal en su artículo - "Tribunal de Defensa de la Competencia" publicado en la Revista nº 1 de 1975 del Colegio de Abogados pág. 37 y ss.

(160).- Pedrol Rius: Un abogado frente a la Ley Antimonopolio, Madrid 1.963 página 18.

a los presuntos infractores (art. 22-3) y eleva al Tribunal un informe propuesta.

b).- El registro de Prácticas Restrictivas de la competencia que consta de dos secciones.

c).- Consejo de Defensa de la Competencia órgano consultivo.

d).- El Tribunal de Defensa de la Competencia.

El Tribunal de Defensa de la Competencia radica en Madrid con competencia en todo el territorio nacional (art. 1). Se compone de un Presidente y ocho Vocales. El Presidente es nombrado por el Jefe del Estado y los Vocales a propuesta del Ministro de Comercio. No es condición necesaria pertenecer a la carrera judicial para ser miembro de este tribunal especial. Aunque en el artículo 12 se consagra el principio de inamovilidad para asegurar la independencia y en los artículos 11 y 13 se establecen incompatibilidades, con ello no se consiguen todas las garantías que imponen los jueces de carreras, el juez natural. El art. 10 de la Ley (3º del Reglamento) establece que su competencia estatal tiene facultad para conocer de estos asuntos, con lo cual se le concede el rango de cosa juzgada. Por el contrario las consecuencias civiles, penales o laborales que de ellas se derivan serán deducidas en cada caso por la jurisdicción que corresponda. Es de-

cir, que si se desobedece el mandato del Tribunal, no será él quien juzgue y castigue dicha desobediencia - sino que habrá que hacerlo el Tribunal Ordinario Penal. No tiene este Tribunal ius puniendi nada más que para imponer multas de 5.000 a 100.000 Ptas; en el resulto de las cosas tiene facultad para proponerlas al Gobierno.

Por otra parte, además de ser un Tribunal especial con las consiguientes faltas de garantías, el -- mismo procedimiento tiene un cierto matiz inquisitivo, al exigirse por ejemplo que el interesado conteste a -- las preguntas que le haga el Tribunal y la falta de vinculación a toda petición con la consiguiente libertad - del Tribunal.

Los artículos 29 y 31 de la Ley 131 y 132 del Reglamento regulan los recursos y excluyen el acceso a la vía contenciosa limitándolo a determinados extremos, como dice Villar y Romero (161) en un contrasentido - -

(161).- Villar Romero: El Tribunal de defensa de la competencia: Jurisdicción y Procedimiento.- Revista de Derecho Procesal nº 3 año 1965 pág. 141.

afirmar por un lado que se trata de un tribunal jurisdiccional como afirma el preámbulo de la Ley (IV-2; IV-3) y por otro lado que sus fallos o mejor dicho, una parte de los mismos, o sea, la relativa a las multas, puede ser - revisada ante la jurisdicción contenciosa-administrativa.

Por lo cual podemos concluir que el sistema jurisdiccional implantado por la Ley sobre Defensa de la Competencia hay que reputarlo desafortunado desde el punto de vista de los principios jurídicos por no ser un -- tribunal judicial y desgarrar una vez más la jurisdicción ordinaria. Pero es que además, es de muy dudosa utilidad dadas las pocas transgresiones que se producen (162).

4.3.4.- Comisión Mixta de Competencia U.S.A.-
Establece por Decreto Ley de 23 de Diciembre de 1.954 - (163) supone un fuero o privilegio especial para los --

(162).- Como el que fue Ministro de Comercio D. Enrique Fontana Codina, declaró al Diario YA el día 25 de Febrero de 1.973 en el discurso de toma de posesión de un nuevo vocal del Tribunal.

(163).- El artículo 1 dice que es con el fin de dar cumplimiento a las normas jurisdiccionales que en materia criminal establece el correspondiente - acuerdo Hispano Norteamericano de 26 de Septiembre de 1.953.

ciudadanos norteamericanos empleados en las bases arrendadas en nuestra península. Esta jurisdicción especial recorta la soberanía del Estado Español pues a pesar -- del principio que proclama el artículo 8, del Derecho - Civil, por el cual las Leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que habitan en territorio español, por ello se propugna que des aparezca totalmente la comisión mixta y los ciudadanos norteamericanos sujetos a dicho decreto sean enjuiciados por la jurisdicción ordinaria.

4.3.5.- Por otra parte existe una serie de ju risdicciones especiales nacidas de la extralimitación - que la Administración ha hecho de sus facultades, llegando a invadir el campo de la jurisdicción en una clara -- desviación de poder. Pues toda actuación de la Adminis-- tración que establezca sanciones que recaigan sobre una persona, aunque para ello adopte el nombre de Tribunales y la de una forma procesalizada no es más que enmascarar un tanto farisaicamente una solución unilateral, pues en todo caso la Administración es juez y parte. En este sen tido consideramos jurisdicciones extraordinarias a la -- del Ministerio de Gobernación con la Ley de Orden Público. Tribunales de Prensa: jurado de ética profesional y jurado de apelación. Jefaturas Piscícolas, jurisdicción - disciplinaria académica, Tribunales de Honor, etc., y en

general todas aquellas funciones que son propias de la --
jurisdicción y que se ha ido apoderando de ellas la Admi-
nistración (164).

A continuación examinaremos alguna de estas ju-
risdicciones extraordinarias:

4.3.5.1.- El Ministerio de Gobernación tiene la
facultad jurisdiccional sancionadora que se deduce de la
propia Ley de orden público y de las disposiciones sobre
policía y costumbres. El art. 2 (165) de dicha Ley sancio

(164).- La facultad que establece el Decreto 10 de Octu-
bre de 1.958 en su art. 1º.: los procedimientos
que den lugar a los actos en ejercicio de la fun-
ción de policía sobre la prensa, radio, cinemato-
grafía y teatro, así como los actos de policía en
materia turística. En estos procedimientos se re-
gulan pues la imposición de multas, etc. constitu-
yendo una serie de jurisdicciones especiales.

En lo relativo al procedimiento sancionador del -
Ministerio de Información y Turismo, ver el traba-
jo del Doctor Jesús-Agustín Pellicer Valreo, en la
Revista General del Derecho. Julio-Agosto nº 268/
87 página 606 y siguientes.

(165).- Artículo 2 de la Ley de Orden Público sanciona: a)
los que perturben o intenten perturbar el ejerci-
cio de los derechos reconocidos en el Fuero de los
Españoles, y demás Leyes fundamentales de la Na-
ción, o que atenten a la unidad espiritual nacio-
nal, política y social de España.- b).- Los que al-
teren o intenten alterar la seguridad pública, el
normal funcionamiento de los servicios públicos y
la regularidad de los abastecimientos o de los pre-
cios, prevaleándose abusivamente de las circunstan-
cias. c). Los paros colectivos y los cierren o sus-
pensiones ilegales de Empresas, así como provocar
o dar ocasión a que se produzcan unos y otros.- d)
Los que originen tumultos en la vía pública y cua-
lesquiera otros en que se emplee coacción, amenaza
o fuerza, o se cometan o intenten cometer con car-
mas o explosivos. e). Las manifestaciones y las --
reuniones públicas ilegales o que produzcan desór-
denes o violencias y la celebración de espectácu-
los públicos en iguales circunstancias. f). Todos
aquellos por los cuales se propague, recomiende o
provoque la subversión o se haga la apología de la
violencia o de cualquier otro medio para llegar a
ella. g). Los atentados contra la salubridad públi-
ca y la transgresión de las disposiciones sanita-
rias dictadas para evitar epidemias y contagios co-
lectivos.

na verdaderas figuras delictivas. Esta jurisdicción gubernativa tiene facultad para imponer sanciones de hasta 500.000 Ptas., o el arresto sustitutorio de tres meses de cárcel. Esta jurisdicción gubernativa además de suponer una duplicidad en el trato punitivo de figuras que han de ser juzgadas por los tribunales ordinarios, supone un quebrantamiento al Fuero de los Españoles que establece que nadie puede ser condenado sino por los -- tribunales establecidos.

4.3.5.2.- Jurado de ética profesional y en materia de infracciones de prensa al amparo de la Ley de prensa de 1.966.- El artículo 49 del Estatuto de la Profesión periodística (166) establece que: "toda infracción de las normas contenidas en el artículo 10 ó de -- las que afectan a la ética profesional en los principios generales de la profesión periodística, que se publican como anexo a este Decreto, será enjuiciada por un Jurado de Etica Profesional designado por el Ministro de Información y Turismo y compuesto: como presidente por -- un miembro de la carrera judicial con categoría de ma--

(166).- Aprobado por el Decreto 13 de Abril de 1.967. - El Reglamento aprobado por la O. de 3 de Noviembre de 1.964 en relación con el anterior estatuto de 6 de Mayo de 1.964 sigue en vigor.

gistrado, nombrado a propuesta del Ministro de Justicia, y como vocales, por dos miembros de la Federación Nacional de Asociaciones de la Prensa que sean periodistas en activo, propuesto por su consejo directivo, y dos representantes del Ministerio de Información y Turismo que sean funcionarios del mismo".

Este jurado es un Tribunal designado por el - Ministro de Información y Turismo con funciones judiciales, en el que participan minoritariamente dos periodistas profesionales y que pueden imponer las siguientes - sanciones de una suma gravedad: "a).- Amonestación privada o pública. b).- Suspensión temporal del ejercicio de la - profesión y c).- Inhabilitación definitiva para dicho - - ejercicio". (167)

Estas sanciones pueden ser impuestas por hechos perseguibles ante otras jurisdicciones, como en la jurisdicción anteriormente examinada y tipificados además con una gran amplitud ¿Qué ha de entenderse por: "respeto a

(167).- Si tenemos en cuenta que según el artículo 36 de la Ley de Prensa y el art. 22 del Estatuto, una de las incapacidades para ser director de un medio informativo la constituye el haber sido sancionado - "tres o más veces por el Jurado de Ética Profesional en grado superior al de amonestación pública", resulta un nuevo tipo de sanción indirecta: la inhabilitación para ejercer el cargo de director.

la rectitud de intención" o por "servir a la opinión nacional?".

Contra las resoluciones de este Jurado tan sólo cabe un recurso ante un Jurado de Apelación, designado asimismo por el Ministro de Información y Turismo (art. 50 del Estatuto) y compuesto, como presidente por un magistrado del Tribunal Supremo, nombrado a propuesta del Ministro de Justicia, y como vocales, por un miembro de la Federación Nacional de Asociaciones de la Prensa en quien concorra la condición de periodista de Honor, propuesto por dicha Federación y por un representante del Ministerio de Información y Turismo, que deberá ser funcionario del mismo, con una antigüedad mínima de diez años de Servicio. Este Jurado, con sede en Madrid, es único para todo el territorio nacional al igual que el que actúa en primera instancia.

Se trata en definitiva de otra jurisdicción especial más en materia de infracciones de prensa, a la que cabe, por tanto, atribuir uno de sus defectos esenciales, el de ser juez y parte (168).

(168).- Es evidente, por ejemplo, que no pocos de los expedientes administrativos incoados hasta el momento lo han sido por supuesta falta de respeto en la crítica de la acción política y administrativa. En algunas ocasiones las sanciones impuestas por el Ministerio de Información y Turismo lo han sido por presuntas faltas de respeto a la acción política y administrativa desarrollada precisamente por dicho departamento. Que en estos casos la Administración y más en concreto el propio Ministerio del ramo, es juez y parte es evidente. Esto no quiere decir con ello que necesariamente haya de ser parcial en el enjuiciamiento y resolución de los expedientes, sino que como anteriormente hemos visto se es parcial y por tanto se quebrante una elemental garantía jurídica.

4.3.5.3.- Jurisdicción penal universitaria.-

Es una verdadera jurisdicción extraordinaria cuyas san
ciones si bien se pretenden configurar como puramente
disciplinarias, son absolutamente penales. Pues una pe
na es la pérdida de los derechos inherentes a una ma--
trícula, asimismo es pena la inhabilitación para todas
las Universidades Españolas.

La imposición de estas sanciones no está ja--
más amparada en la independencia de un poder judicial,
que pueda instruir y pueda aplicar unas normas claras
y concretas. Sentados unos hechos, instruido un expedien--
te, se produce el traslado a efectos del puro descargo y
se imponen las sanciones sin otro recurso que el de alza
da ante el Ministerio de Educación.

En esta Jurisdicción cabe la posibilidad de --
que se instruyan expedientes colectivos, presumiendo la
culpabilidad, y obligando al expedientado a que cargue -
con la prueba difícil de la inocencia.

Ha de destacarse que tanto la tramitación del
posible recurso de alzada ante el Ministerio, y la del -
posible recurso contencioso administrativo no supone la
suspensión de la ejecución de la resolución sancionadora
académica.

4.3.5.4.- Jefaturas Piscícolas.- Cuya facultad sancionadora le fue atribuida por la Ley reguladora del Derecho de Pesca Fluvial de 20 de Febrero de 1.942 en cuyo artículo 53 puede leerse que corresponde exclusivamente a las Jefaturas Piscícolas el conocimiento y resolución de los expedientes instruidos por infracciones de los preceptos de esta Ley, con la sóla excepción de los definidos como delitos cuyo conocimiento corresponde a los -- Tribunales ordinarios de Justicia.

La Ley clasifica las faltas en leves, menos graves y muy graves, en estas dos últimas la sanción no es sólo de multa sino que en el primer caso llega hasta cinco días de arresto y en el segundo hasta diez, lo cual es base y motivo sobrado para que el enjuiciamiento de las mismas corresponda a la autoridad judicial por el procedimiento ordinario de sanción de las faltas, lo que exigirá una mayor depuración técnica en las infracciones castigadas para su posterior inclusión en el Libro correspondiente del Código Penal. .

4.3.5.5.- Jurisdicción Deportiva.- Esta Jurisdicción desenvuelta a través de las simples normas estatutarias y reglamentarias de régimen interno establecidas por las distintas Federaciones Deportivas, encuentra su fundamento legal y punto de partida en la Orden de 7 de Junio de 1.945 de la Secretaría General del Movimien-

miento, aprobatoria del Estatuto Orgánico de la Delegación Nacional de Deportes, y concretamente en su art. 2º que entre otras funciones concede a referida Delegación la siguiente: "Resolver en última e inapelable instancia las controversias y diferencias que surjan entre entidades y organismos deportivos o entre éstos y una tercera persona, siempre que se refieran al campo de la educación física y de deportes o se relacionen con las finalidades propias de la Delegación". Al propio tiempo el art. 7º. dice: "Queda rigurosamente prohibido a todo deportista o sociedad deportiva acudir, para resolver sus problemas, a otra disciplina o poder distinto de la Delegación Nacional de Deportes" y, por último, esa facultad suprema de resolver conferida a la Delegación Nacional, la extiende el art. 86 a: "todos los casos que pudieran presentarse y que no hubieran sido previstos en los mismos -los Estatutos-, con excepción, naturalmente, de las leyes vigentes y de los reglamentos de Policía de Espectáculos en todo lo que sea de su peculiar esfera de acción o competencia.

Pese a la amplitud y generalidad de tales atribuciones, éstas se refieren de modo exclusivo al campo puramente deportivo, pero nunca a aquel género de relaciones y controversias jurídicas que, en sí, nada tienen -- que ver con el deporte, aunque hayan surgido con ocasión del

mismo, como son las de origen laboral y las de carácter contractual civil, aunque como dice Mario Dean Guelbenzu (169): Las federaciones deportivas han desbordado el alcance de esta jurisdicción deportiva. Por último y como lo más importante en las funciones de esta delegación es la penal que establece el art. 76 al atribuirse la función sancionadora y disciplinaria de todos los deportistas.

(169).- Mario Dean Guelbenzu.- "Sobre el problema de la - unidad jurisdiccional" pág. 127 dice: la exclu- - sión de este tipo de relaciones en el ordenamien- - to deportivo es tan clara que la propia Orden Mi- - nisterial sólo la menciona para darla por supues- - ta -art. 86-, pero lo cierto es que las diversas Federaciones Deportivas, dando la citada Orden una interpretación y alcance que jamás tuvo ni podría haber tenido, e incluso desbordando e infringiendo su literal contenido, no sólo han creado su propia y singularísima regulación procesal y hasta sustan- - tiva, sino que han autoatribuido, por sí y ante sí, el pleno conocimiento y decisión de materias tales como las indicadas, y lo que es todavía más sorpren- - dente y anómalo: han cerrado prácticamente el paso a cualquier simultánea o ulterior intervención de toda otra Autoridad -léase judicial ordinario o la- - boral- para enjuiciamiento y resolución de todas - las posibles controversias, garantizando férreamen- - te la efectividad de tan arbitraria prohibición me- - diante contratos en los que impresos o nó oficial- - mente según los casos, deberá constar obligatoria- - mente una cláusula de sometimiento expreso e incon- - dicional a la jurisdicción deportiva, cuyo incum- - plimiento dará lugar a sanciones que pueden llegar hasta la separación total y definitiva de la orga- - nización deportiva correspondiente. Citamos como - ejemplo más típico y desde luego el más importante el de la Real Federación Española de Fútbol, con- - forme a las vigentes normas estatutarias aprobadas con fecha 3 de Julio de 1.961 y sus Reglamentos, - tanto orgánico como de Jugadores y Entrenadores.

4.3.6.- Tribunales de Honor.- La Ley de 17 de Octubre de 1.961 estableció las bases de organización y procedimiento de los Tribunales de Honor. Estos Tribunales están formados por siete miembros designados por -- sorteo que pertenezcan a la misma clase profesional y -- categoría que el enjuiciado. Las resoluciones de los -- Tribunales de Honor nunca son susceptibles de recurso -- contencioso-administrativo, aunque en caso de condena -- que entrañe separación del servicio la resolución no es ejecutable sin previo informe del Consejo de Estado.

El Tribunal de Honor es competente para conocer y sancionar los actos deshonorosos cometidos por individuos pertenecientes a colectividades civiles que -- les hagan desmerecer en el concepto público e indignos de desempeñar las funciones que les están atribuidas -- por causar desprestigio al Cuerpo u organismo de pertenencia.

Los Tribunales de Honor en el ámbito militar se regulan por el C.J.M. artículo 1025 al 1046 la competencia de estos Tribunales es para conocer de los actos contrarios al honor o dignidad. (170)

(170). Nicolás González Deleito "Tribunales de Honor" Revista del Colegio de Abogados, primer trimestre.

4.4.- Por último examinaremos brevemente aquellas jurisdicciones que por haber surgido en circunstancias de emergencia han dejado de existir actualmente, ya sea por derogación expresa o por falta de funcionamiento. Son las siguientes:

4.4.1.- Jurisdicción de régimen de tasas y ventas clandestinas 30 de Septiembre de 1.940.- Se crea dependiente de la Presidencia del Gobierno la Fiscalía Superior de Tasas para perseguir la venta clandestina. Puede establecer además de multas otras sanciones como la prohibición de ejercer el comercio o clausura del establecimiento, etc.

4.4.2.- Tribunal Central sobre contratación en zona roja, Ley 5-11-40, pues la "contratación en el territorio que desgraciadamente estuvo sometido a la dominación marxista suscita problemas que requieren una solución extraordinaria".

4.4.3.- Tribunal Especial de Represión de la masonería y el comunismo Ley 1 de Marzo de 1.940 creada con el fin de atajar "la terrible campaña atea materialista, antimilitarista y antiespañola que se propuso hacer de nuestra España satélite y esclava de la criminal tiranía soviética".

Como quiera que la Ley de 1 de Marzo de 1.940 -

que crea este tribunal tiene el carácter retroactivo pues se puede condenar a personas por hechos cometidos con anterioridad a la publicación de la Ley, se admite en el --plazo de dos meses la presentación de excusa absolutoria (art. 8) y para ello se crea otro Tribunal especial (art. 12) "presidido por quien libremente designe el Jefe del --Estado y constituido además por un General del Ejército, --un Jerarca de la Falange Española Tradicionalista y de --las JONS y dos Letrados nombrados todos del mismo modo".

4.4.4.- Tribunal Especial de Responsabilidades Políticas Ley 9 Febrero 1.939 por el cual quedan incur--sos en responsabilidad los que se hubieran opuesto al Mo--vimiento Nacional (art. 4) creándose para ello un Tribu--nal dependiente de la Vice-Presidencia del Gobierno inte--grado por un Presidente, dos Generales, dos Consejeros --Nacionales de Falange Tradicionalista y de las JONS que --sean Abogados y dos Magistrados, todos ellos de libre nom--bramiento del Gobierno (art. 19). Asimismo se crea un pro--cedimiento especial.

"Cumplida ya en su esencia la finalidad atribui--da a la jurisdicción especial" con fecha 13 de Abril de -1.945 se dcita un decreto por el que se declara caducada la anterior Ley.

4.4.5.- Tribunal Especial sobre derogación de -

la Ley de divorcio (Ley de 23-9-39, Ley 26-10-39, Decreto 2-12-39, Decreto 7-1-41, Decreto 21-6-40 y Decreto 1-1-42).

4.4.6.- Juzgado especial en materia de emigración. Este Juzgado no ha llevado la función a la práctica, fue creado por el Decreto de 3 de Mayo de 1.962 del Ministerio de Trabajo que aprobó el texto articulado de la Ley de Ordenación de la emigración, derogando expresamente la anterior Ley de 20 de Diciembre de 1.924.

En su artículo 71 dispone que "de los delitos y faltas en materia de emigración, conocerá un juzgado especial, con jurisdicción en todo el territorio nacional... aplicándose el procedimiento de urgencia..."

Afortunadamente esta disposición no se ha llevado a la práctica pues hasta la fecha continúan conociendo de estos delitos de emigración los tribunales ordinarios comunes. Este Juzgado dependería del Ministerio de Trabajo, órgano del que depende toda la materia de emigración, con lo cual no existe la independencia judicial de la jurisdicción ordinaria.

CAPITULO - V -
=====

5.1.- Jurisdicción Ordinaria Civil.

Como ya hemos dicho anteriormente la unidad de la jurisdicción no es incompatible con la distinción de diferentes aspectos funcionales y así podemos hablar de jurisdicción civil ordinaria.

Estimamos como jurisdicción ordinaria aquella - en que la función de determinación del derecho en el caso concreto viene atribuída al Juez o Tribunal legal que con carácter general tiene asignado el conocimiento de todos los negocios civiles.

La delimitación viene dada por nuestra legislación por el art. 267 de la Ley orgánica del poder judicial bajo el título "De la extensión de la jurisdicción ordinaria". Capítulo I Tít. VI y los artículos 51 y 52 de la - - L.E.C. merced a la fijación de tres tipos de elementos: el territorial, objetivo y subjetivo. Dice así la función jurisdicción ordinaria se extiende a "los negocios civiles" que se susciten en "territorio especial" "entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros".

La jurisdicción ordinaria civil se ejercita por los tribunales ordinarios interviniendo en un proceso nor

malmente y como regla general mientras que las jurisdicciones especiales son aquéllas que intervienen en casos singulares sustrayéndoles del conocimiento de la jurisdicción ordinaria. Por ello conociendo qué materias le vienen sustraídas por obra de las normas reguladoras de la jurisdicción especial, es como será posible fijar residualmente la serie de atribuciones que constituyen su contenido.

5.2.- A continuación haremos un recorrido por todas y cada una de las jurisdicciones especiales y, una vez conocidas sus respectivas materias, se puede lograr, mediante un proceso de exclusión, el perfil de la jurisdicción ordinaria determinando negativamente su contenido.

5.2.1.- Jurisdicción laboral.- Haremos en primer lugar un breve examen de los antecedentes de esta jurisdicción tan importante.

En 1.908 se crearon los Tribunales Industriales, suspendidos dos años más tarde y restablecidos por la Ley de 22 de Julio de 1.912 que fue recogida en el Código de Trabajo de 1.926 (171). Los tribunales se componían de un Presidente funcionario de la carrera judicial y de seis jurados (3 patronales y 3 obreros).

(171).- Ver el artículo de Enrique Barón. Los obreros ante la Magistratura, publicado en la revista "Cuadernos para el diálogo, de Febrero de 1.973.

Durante el período de la dictadura de Primo de Rivera, se crearon los Comités Paritarios concebidos como instituciones de derecho público para regular la vida de la profesión y asimismo, con la competencia jurisdiccional para resolver de las diferencias individuales y colectivas que les someterán patronos y obreros.

Con la Ley de 27-11-1.931 nacen los Jurados -- Mixtos que vienen a sustituir a los Comités Paritarios y se crea el Ministerio de Trabajo como organismos independiente. La estructura de estos jurados mixtos es de: un - Presidente, un Secretario, e igual número de Vocales, tan to por la parte trabajadora, como por la empresarial.

Por decreto de 13-5-1.938 se crea la Magistratura de Trabajo encomendándola en principio al Ministerio de Organización y acción Sindical y llevando al mismo las funciones de los jurados mixtos y tribunales industriales salvo las funciones disciplinarias, consultivas y de estadística que pasaban a depender de las recién creadas delegaciones de trabajo creándose además un tribunal central de trabajo (172).

(172).- Se estructuran las Magistraturas por Leyes de 17-10-1940, 22-12-1949, decreto de 27-12-1951, 4-8-1952, 14-11-1958, 21-4-1966. Son las Magistraturas de -- Trabajo, órganos judiciales de ámbito provincial - cuyos trámites se seleccionan por concurso entre - Jueces y Fiscales.

El no reconocimiento de organizaciones sindicales autónomas, obreras y patronales, así como de otros -- sistemas de resolución de conflictos (derecho de huelga, arbitraje, comités paritarios...) dá una excepcional relevancia a esta jurisdicción especial. (173)

Actualmente a la Magistratura de Trabajo se -- atribuye la jurisdicción exclusiva para conocer, resolver y ejecutar sus decisiones de los conflictos individuales que se produzcan en la rama social del derecho determinándose su jurisdicción por la calidad de las personas y la materia del asunto (174). Se trata de una verdadera jurisdicción creada con la finalidad de sustraer a los Tribunales ordinarios una serie de problemas que al entender del Legislador requieren ser tratados con una mayor rapidez, eficacia y economía que en la jurisdicción ordinaria.

Las especialidades de esta jurisdicción residen en que sus magistrados y demás funcionarios dependen del Ministerio de Trabajo. Tal sistema no parece correcto, -- pues ni la Magistratura de Trabajo la forman parte de la

(173).-- Al haberse añadido la contratación colectiva después de 1.958 hace que la carga de la Magistratura haya ido creciendo. Por ejemplo, en Madrid un Magistrado tiene que conocer cada día de vista -- una media de 13 a 16 expedientes.

(174).-- Artículo 1 de la Ley de 28 de Diciembre de 1.966.

común organización judicial ni se encuentran bajo disciplina, inspección y subordinación jerárquica del Tribunal Supremo, inspección de tribunales y restantes tribunales judiciales, constituyendo un compartimento separado que hace que para ingresar en el cuerpo, nombramiento para los cargos más importantes, etc., tenga una evidente mengua de su independencia. (175).

En cuanto al procedimiento se establecen unos trámites previos y necesarios como es conciliación sindical, que es hoy absolutamente formalista. Actos que debería desaparecer subsistiendo únicamente el de conciliación a verificar ante la propia Magistratura, actualmente establecido.

Existen además otra serie de especialidades, -- procedimentales como son la no existencia de contestación escrita a la demanda, etc.

El único argumento serio que ha podido esgrimirse a favor de la existencia de esta jurisdicción laboral

(175).- Estos tribunales pueden sentirse en cierto modo - desligados de su jurisdicción. Prieto Castro sobre el concepto y delimitación del derecho procesal - en "Estudios y comentario para la teoría y práctica procesal civil" Madrid 1.950, tomo 2 pág. 632 y siguientes.

es la sustantividad del derecho del trabajo frente al civil. Pero sin negar la exactitud de la premisa, no es lógico, en absoluto la consecuencia, pues del mismo modo que nadie niega la sustantividad al derecho mercantil o al hipotecario -- frente al civil propiamente dicho, a nadie se le ocurre establecer una jurisdicción hipotecaria o una jurisdicción mercantil especiales. Por eso la innegable sustantividad del derecho laborar debe dar lugar a tipos de procesos distintos - (176) pero nunca a sustraer el concepto de la jurisdicción ordinaria cuestiones que, por su naturaleza, le corresponden - de un modo pleno.

Por todo ello nuestra conclusión es que la Jurisdicción Laboral debe desaparecer con su actual carácter de jurisdicción especial. Pero precisamente por las especiales modalidades del derecho social, material o sustantivo y los -- que como reflejo deben corresponder al proceso laboral se -- propugna que al lado de jueces separados civiles, penales y contencioso-administrativo, existan los jueces laborales como órganos especializados de una justicia única, como ramas -

(176).- Como ocurre en el Codice di Procedura Civile Italiano que en sus artículos 419 al 458 señala las especialidades procedimentales de las relaciones de trabajo.

en fin de la robusta y unificada jurisdicción común.

5.3.- A continuación examinaremos las jurisdicciones especiales que hemos llamado excepcionales.

5.3.1.- Comenzaremos por los Tribunales de -- Aguas de Valencia, que ha sido sin duda la jurisdicción especial más defendida en cuanto a su mantenimiento por -- motivos históricos, como más adelante veremos.

Fue creada esta jurisdicción especial por Decreto de 5 de Abril de 1.932, pero sus orígenes son remotísimos y se afirma que es la institución de justicia más antigua de Europa.

Sus jueces son 8 labradores elegidos cada dos años por los Regantes de la Huerta de Valencia, labradores que han de ser cultivadores directos, quedando excluidos aquellos que no trabajen sus tierras. Corresponde conocer a este Tribunal de las demandas que se formulen por sustracción de agua, rotura de canales, arrojar agua a un campo vecino para dañar su cosecha, alterar el curso de riego, tomando el agua el día que no le corresponda, comprobada la demanda se sigue un procedimiento absolutamente verbal y se puede condenar a la "pena" (177) de multa y pago de --

(177).- Las llamadas "penas" por las ordenanzas no son tales, sino imposiciones económicas sin obligaciones de hacer o no hacer.

./.



costas. La decisión no es susceptible de recurso alguno ni de nuevo examen de la cuestión controvertida en juicio ordinario. En este tribunal juzgador no existe la garantía de los jueces técnicos, aunque los juzgadores conozcan perfectamente el derecho de Riesgos de la Huerta de Valencia. Tampoco existe la garantía del debido proceso pues a pesar de la oralidad, concentración. etc., de este procedimiento, adolece de otra serie de defectos como el de que la defensa la realice el mismo labrador que puede, por ignorancia, perder un asunto en el que llevaba razón y no hay posibilidad de recurrir, etc., etc.

A pesar de sus innumerables defensores (178) por la antigüedad y autoridad de este tribunal ya que se dice que ningún infractor se ha negado a acudir ante la presencia de este tribunal, nosotros abogamos no por su supresión, sino por la desaparición como una jurisdicción especial y conservando este multiseccular Tribunal para aquellos justiciables que deseen recurrir a él a modo de arbitraje.

5.3.2.- Las Juntas de detasas.- Nacen, por primera vez a la vida jurídica, con la Ley de 18 de Julio de --

(178).- Entre ellos el prestigioso procesalista Víctor Fairén Guillén.

1.932, concibiéndose entonces como meros organismos administrativos que se encargan de procurar la aveniencia entre las partes en los litigios derivados del contrato de transporte por ferrocarril y constituyéndose trámite obligado para formular la reclamación ante los Tribunales ordinarios de justicia, si no se había logrado la conciliación. No tenían, pues, estas juntas de detasas facultad contenciosa o juzgadora.

Es en la Ley de 24 de Junio de 1.938, Ley orgánica de las juntas de detasas, y en su reglamento de 28 de Diciembre del mismo año cuando adquieren su forma actual (179), viniendo a crear una fase especial de carácter mercantil, cuya misión primordial consiste en resolver, las reclamaciones que se susciten entre los porteadores y usuarios.

Una de las razones que motivaron la creación de estas juntas fue con miras a dar mayor rapidez que la que se conseguiría acudiendo a los juzgados ordinarios. Por si de considerarse de especial interés proteger el tráfico mercantil, se podría a lo sumo, crear un procedimiento más rápido y eficaz que el ordinario, pero nunca la creación de un Tribunal especial.

(179).- Desarrollados por O. 29-5-1939 y 10 de Enero de 1948 D. Ley 2 de Septiembre 1.947.

Asimismo se crearon para buscar una especialización y tecnicismo en los juzgadores pero creemos que este argumento no tiene ninguna razón de ser, pues no existen motivos de una especialización en este tipo de contratos con diferencia a otras materias.

En su constitución actual, las juntas de detasas no sólo tienen como misión informar a los usuarios sobre las tarifas aplicables a un determinado transporte y, al igual que las juntas de 1.932, tratar de conseguir la aveniencia entre las partes en las reclamaciones derivadas del contrato de transporte, sino además pueden juzgar y fallar en asuntos de determinada cuantía. (180).

Esta jurisdicción especial no tiene las garantías de los jueces técnicos pues en la composición de este Tribunal ninguno de los tres vocales es juez de carrera sino que uno de ellos representa a las cámaras de comercio, otro a las compañías de ferrocarriles y el tercero a las empresas de transporte por carretera. En consecuencia carece de las garantías del juez natural con su independencia -

(180).- En lo relativo a competencia de estas Juntas, ver Trabajo de Alfonso Viada y Fernández Velilla, en la enciclopedia jurídica, Editorial Seis, páginas 246 y 247.

inamovilidad, etc., etc.

Por otra parte esta jurisdicción especial también tiene un procedimiento especial regulado en el art. 32 del Reglamento de 28 de Diciembre de 1.938.

Si transcurrido un mes de presentada la demanda sin llegar a una aveniencia se celebrará ante el Tribunal el acto conciliatorio pudiendo ir las partes asistidas de persona que defienda en derecho, con la exclusión de los profesionales de las reclamaciones.

Asímismo en las cuantías inferiores a 3.000 -- Ptas. la apelación no corresponde a un Juez o Tribunal si no al Director General de Transportes Terrestres (181). - Al no tener ninguna razón de ser la existencia de esta -- jurisdicción especial se aboga por su supresión y se dé - cumplimiento al D. 19 de Agosto de 1.967 que ya decía en su art. 3º que "Los Ministerios de Justicia y Obras Públicas dictaran en un plazo de seis meses las disposiciones

(181).- Según el art. 1º. del Decreto de 5 de Febrero de 1953 establece que "la ejecución de sentencias - firmes dictadas por las juntas de detasas en - - asuntos cuya cuantía no exceda de 3.000 Ptas., así como las resoluciones de la Dirección General de Ferrocarriles, Tranvías y Transportes por Carretera (hoy Dirección General de Transportes Terrestres) en los recursos de alzada interpuestos contra las sentencias de las referidas juntas será - de la competencia de los juzgados municipales con jurisdicción en la capital de provincia en que reside la junta de detasas que haya conocido el --- asunto en primera instancia".

necesarias para que los tribunales ordinarios asuman la jurisdicción atribuida a los actuales servicios centrales y provinciales de las juntas de detasas".

5.3.3.- Tribunal Arbitral de Seguros.- Fue -- creado por la Ley de 17-5-1940 y regulado por Decreto -- de 17-5-32 y Orden 10 de Agosto de 1.973 (182). Está -- compuesto por dos Magistrados del Tribunal Supremo (uno de los cuales actua como Presidente) y un técnico de la Dirección General de Seguros que reune la condición de letrado siendo Secretario del Tribunal otro Letrado de libre designación por el Ministerio de Hacienda. De la misma composición del tribunal se deduce que no tiene -- todas las garantías de la jurisdicción ordinaria como -- la de jueces técnicos, independientes, etc. Este Tribunal conoce de la interpretación periódica de los contratos mercantiles en materia de Seguros. El hecho de llamar a esta jurisdicción especial Tribunal Arbitral es -- (183) porque se quiere asignar como zona inédita de penetración jurídica aunque verdaderamente no merece el -- calificativo de arbitral. Esta parcela segregada de la

(182).- En él se refundió el Tribunal Arbitral de seguros del campo.

(183).- Guasp.- El arbitraje en el Derecho Español, Barcelona 1956, pág. 12.

jurisdicción civil ordinaria no tiene razón justificativa de su existencia y por ello abogamos por la desaparición de esta jurisdicción. En nuestra opinión este Tribunal no debe ser mantenido ni siquiera como Tribunal Arbitral Opcional, según proponen algunos.

Tribunal sobre rendición de censos y foros de Cataluña.- Fueron creados por la Ley de 31 de Diciembre de 1.945 y constituidos en la capital de cada una de las provincias de Cataluña. Está compuesto por un Magistrado de la Audiencia y dos vocales. (Registrador de la Propiedad y Notario) nombrados por la Dirección General del Ramo.

Estos Tribunales conocen de los asuntos que se planteen con ocasión de las divisiones y redenciones de censos, determinación de pensiones, valoración y estimación de fincas a los efectos de redención. Estos tribunales conocen, deciden y ejecutan y sus resoluciones están dotadas de fuerza de cosa juzgada. La especialidad de estos Tribunales viene determinada tanto por la materia que se les atribuye, como por su composición, por el territorio como incluso por las normas procesales que presiden el desenvolvimiento de su actividad. Simplemente como ejemplos de irregularidad procesal señalamos los siguientes: (184). Se reconoce legitimación activa y pa-

(184).- Ernesto Pedrar Peñalva.- Los Tribunales Arbitrales de Censos.- Revista Derecho Procesal nº 2, - año 1974, pág. 346.

siva a las personas que, de acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Civil carecen total y absolutamente de ella; - se admiten recursos pese a que la propia Ley determina - que "contra las resoluciones del tribunal no se darán re cursos de ninguna clase"; se conocen las sentencias incu rriendo en incongruencia, etc. Esta jurisdicción no pare ce justificada para conocer de unos asuntos para los que en el resto del país son competentes, los órganos de la jurisdicción ordinaria.

5.3.4.- Jurisdicción especial marítima.- La -- Ley de 24 de Diciembre de 1.962 y el Derecho de 20 de Ju nio de 1.968 atribuye a la jurisdicción del ejército todo lo relativo sobre auxilio, salvamento (185), remolques, hallazgos y extracciones marítimas. Estas materias propia mente civiles son examinadas por jueces sin la garantía - técnica del juez profesional, lo cual no parece necesario ni lógico, por ello, debe desaparecer cuanto antes esta - especial jurisdicción pasando el reconocimiento de estos asuntos a la jurisdicción civil ordinaria.

5.3.5.- Jurados de Riego.- Según la Ley de - -- Aguas, en toda comunidad de regantes ha de haber un jura-

(1185).- Durante el año 1.969 se ha procedido a la apertu ra de 733 expedientes de salvamento.

do que se forma con un presidente y el número de vocales que fije cada reglamento de Sindicato. Son sus atribuciones conocer de las cuestiones de hecho que se susciten - sobre el riego, Puede imponer a los infractores de las - ordenanzas de riego las correcciones que sean adecuadas conforme a las mismas.

5.3.6.- Los llamados Tribunales de Cuentas del Reino y los jurados provinciales de expropiación y otros organismos similares, tienen una cierta función judicial y los consideramos por tanto como jurisdicciones especiales. Aunque la función que regulan se refiere a materia de índole civil, preferimos incluirlos dentro de la jurisdicción en materia administrativa pues los órganos juzgado--res son instrumentos de la Administración que coadyuvan - más o menos directamente y con mayor o menor intensidad el cumplimiento de fines de la misma.

5.3.7.- En algunos supuestos, el derecho positivo nos ofrece ejemplos en los que las partes interesadas pueden elegir el Juez para la resolución de los conflictos, pero una vez designada tal estructura de decisión del - - conflicto el órgano aparece preestablecido y no elegido - inmediatamente por los interesados como en los casos de - arbitraje . En estos supuestos consideramos que son jurisdicciones especiales extraordinarias, así:

Consulado de la Lonja de Valencia.- El Art. 56 de las Ordenanzas para el régimen del Consulado aprobadas por la O.M. de 13 de Septiembre de 1.952 establece que - corresponde a la Junta de Prior y Cónsules del Consulado, la resolución de cuantas diferencias y conflictos de carácter mercantil surgidos entre los miembros del consulado.

La actuación de las COMUNIDADES DE LABRADORES a que se refiere el art. 22 del Real Decreto de 23 de Febrero de 1.906. El TRIBUNAL JURADO DE LAS HERMANDADES, - según el art. 115 de la O. de 23 de Marzo de 1.945 dicho Tribunal-jurado tiene como misión conocer de las cuestiones que se susciten entre sus afiliados cuando sean sometidos por éstos a su jurisdicción. La mayor parte de estas jurisdicciones pueden imponer a los infractores las sanciones que hubiere lugar.

6.3.8.- Por último hay una serie de jurisdicciones especiales que proceden de las facultades que aún siendo propias del poder judicial se han ido otorgando a distintos organismos administrativos, así por ejemplo la facultad de conceder el beneficio de pobreza en materia de derechos pasivos, función apropiada por la Dirección General del Tesoro, Deuda Pública y clases pasivas o la facultad Instituto Nacional de la Vivienda. Por Ley de -

23 de Septiembre de 1.939 el poder promover y ejecutar por sí el desahucio contra cualquier persona o entidad que a título de beneficiario o inquilino ocupase una de sus viviendas y no satisficiese los alquileres, facultad extendida a otras muchas causas por Decreto de 13 de Abril de 1.945 y concedida a otros muchos organismos en virtud de lo dispuesto en el Reglamento de Viviendas de Protección Oficial al de 24 de Julio de 1.968 y así una serie casi innumerable de funciones que es prácticamente imposible de ennumerar (186).

(186).- Otros ejemplos de ella son la inspección de la disciplina de mercado, etc. algunos de ellos están recogidos en la segunda parte del libro Tribunal Español, Organización y Funcionamiento, compuesto por Prieto Castro, con la colaboración de G. de Caviedes, Almagro y González Deleito.

CAPITULO - VI -

JURISDICCION EN MATERIA ADMINISTRATIVA.
=====

6.1.- Con la aparición del Estado moderno -y a partir de Montesquieu con la idea de separación de poderes- el poder ejecutivo, tiene la función de mantener el orden social, a través de los diferentes organismos administrativos y gubernamentales. Por el ejercicio de su -- función está sometido al principio de legalidad. La decisión final a cerca de si su actuar es o no conforme con el ordenamiento jurídico no puede corresponder a órganos de la misma administración pues en este caso estaríamos ante un supuesto de autotutela en donde la administración sería juez y parte al mismo tiempo, y como ya vimos anteriormente la resolución de un conflicto por los propios interesados, no está permitida en nuestro ordenamiento (187), en base a que el más poderoso podría imponer su decisión sea justa o injusta la misma . De ahí la necesidad de que la jurisdicción sea como una institución supraordenada a los intereses en conflicto.

(187).- Salvo los casos extremos con la legítima defensa del artículo 8 nº 4-5-6 del Código Penal.

Nuestro ordenamiento jurídico parte de esta idea de que la administración es parte de un litigio, el cual - como todos, debe ser resuelto por la misma jurisdicción, - ya que ésta es la única que debe decidir a cerca de si un acto es o no conforme con el ordenamiento jurídico.

Pero también es cierto que la administración para mejor ejercer su función tiene facultades de examinar - previamente a cualquier contienda judicial las reclamaciones que formulan los particulares. Esta función es en cierto modo semejante a la del acto conciliatorio de la jurisdicción civil ordinaria, de ahí que haya sido censurado -- (183) el complicado sistema procesal establecido en algunas ramas de la administración que prolonga las actuaciones administrativas y sustraen del pronto examen de los -- tribunales judiciales que, son los que en definitiva deben pronunciar su última palabra a cerca del asunto y verificar el control de la legalidad administrativa.

En consecuencia, sólo la jurisdicción puede decidir en lo relativo a la realización del derecho. Pero la - jurisdicción para cumplir la función a ella encomendada y por meras razones de especialización en el trabajo la ejer

(188).- Revista de Derecho Privado. Año 1954, página 1.000.-
José María Villar Romero.

cita a través de tribunales y es en este sentido cuando - al hablar de jurisdicción común decimos que ésta se divide en jurisdicción civil, penal y contencioso-administrativa como ordinaria, pese a que tradicionalmente (189) ha sido considerada como jurisdicción especial, pues ésta es ejercida por órganos encuadrados en la organización judicial común, a saber: a nivel nacional por las Salas de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, y, a nivel provincial o regional, por la Sala de lo Contencioso Administrativo de las Audiencias Territoriales.

Consideramos asimismo que tiene una generalidad suficiente y tiene las notas que predicábamos en la jurisdicción ordinaria en lo relativo a juez natural, al debido proceso y a las garantías de esta jurisdicción. Todo - ello nos permite considerar a la jurisdicción como una de las tres ramas en que puede dividirse la jurisdicción ordinaria.

Esta rama de la jurisdicción tiene competencia para conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la administración pública sujetos -

(189).- Así por ejemplo: González-Pérez: Enciclopedia Jurídica Seix, pág. 420, Barcelona 1971 y Gendín. - Nociones sobre la jurisdicción contencioso administrativa en Rev. Derecho pub. 1963 página 329 y -- Teoría y Práctica.

al derecho administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley.

6.2.- Al lado de esta jurisdicción común contencioso-administrativa existe una serie de jurisdicciones - en donde los órganos que intervienen para decidir no están investidos de imparcialidad necesaria, pues el Estado no interviene como tercero en relación entre partes sino como parte interesada.

Es muy probable que en estos tribunales exista - la parcialidad entendida como una especie determinada de - motivación, en forma tal, que el móvil de la declaración - sea el deseo de resolver justa o legalmente poniendo entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador, pero lo que es indudable que no existe es la garantía de imparcialidad pues el tercero decisor es parte en el - conflicto y por tanto tiene interés en él.

6.3.- Por ello no hablamos aquí de jurisdicciones especiales sino de jurisdicciones extraordinarias.

6.3.1.- El Tribunal de cuentas del reino.- Los - precedentes del Tribunal de cuentas, datan desde el siglo XV. Existió en España la Contaduría Mayor de Cuentas, a - la que correspondía revisar las cuentas presentadas por -

los que manejaban caudales del erario público (190).

Felipe III fundó la Contaduría con el Supremo Consejo de Hacienda, haciendo de ambos organismos uno sólo, que conservó el nombre de este último.

A partir de 1.851 surge nuevamente como órgano de carácter específico, tomando ya el nombre tradicional de Tribunal de Cuentas del Reino. Las circunstancias especiales de la guerra de 1.936 motivaron la suspensión de sus funciones. En el año 1.946 se organizó, asumiendo el estudio y fallo de las nuevas cuentas pendientes de exámen, junto a las que en lo sucesivo fueran remitiéndose.

Actualmente se rige por la Ley de 3 de Diciembre de 1.953 modificada en alguno de sus preceptos por la de 23 de Diciembre de 1.961. A cargo de este Tribunal ha sido confiada la inspección, la administración y distribución de rentas, pudiendo exigir cuentas a todos los que hubiesen recibido caudales del Estado, o sea, ejerce la fiscalización económica de los hechos realizados en la ejecución de la Ley de presupuestos del estado.

(190).- Enrique Corrales y Sánchez.- La institución del Tribunal de Cuentas en España y el Extranjero. - "Revista de Legislación, tomo 100 pág. 225 y ss.

6.3.2.- Jurisdicción Sindical.- Esta jurisdicción especial no alcanza a todas las actividades encuadradas en la organización sindical y está compuesta por los siguientes órganos o tribunales especiales: órganos de conciliación sindical, tribunales de amparo sindicales, comisión mixta de arbitraje taurino, comisión mixta en materia cinematográfica.

6.3.2.1.- Organos de Conciliación Sindical.- - Como ya hemos indicado al hablar de la jurisdicción laboral es un requisito previo para entrar en esa jurisdicción especial la necesidad de un intento de conciliación sindical ante los distintos sindicatos provinciales (192), ya expusimos la inutilidad de este trámite puramente formal que después habría de repetirse en presencia del Magistrado de Trabajo.

6.3.2.2.- Tribunales de Amparo Sindical.- Estos tribunales fueron creados con base en el art. 6º del Decreto de 12 de Febrero de 1.944 (193), y su desarrollo

(192).- Texto del Procedimiento Laboral del 21 de Abril de 1.966, art. 50 y siguientes y 168 párrafo 6º.

(193).- El decreto 12 de Febrero de 1.944 dice que son creados para resolver los "recursos formulados en alzada por quienes con derecho y personalidad suficiente reclamen contra decisiones de las jerarquías sindicales en cuanto sean lesivos de intereses económicos particulares. Actualmente regulado por decreto 13 de Agosto de 1.971.

es por la O. 12 de Enero de 1.948 de la Secretaría General del Movimiento, estableciéndose: 1º.- Tribunales Provinciales en las respectivas Delegaciones de Sindicatos con una competencia que puede llegar hasta las 100.000.- Ptas. 2º.- Tribunal al Amparo Central de la Delegación Nacional de Sindicatos, con competencia ilimitada en las restantes cuantías.

Son órganos sindicales de carácter arbitral con atribuciones para conocer de los recursos que se interpongan contra los actos dictados por los organismos sindicales. La composición de estos órganos es mixta de personal judicial (para la presidencia y vicepresidencia) empresarios, trabajadores y abogados sindicales. El procedimiento bastante complicado, se establece en el capítulo VI y en el Decreto 13 de Agosto 1.971 y terminándose el Reglamento con una única disposición adicional que dice lo siguiente: "Corresponde al Delegado Nacional de Sindicatos la interpretación de los preceptos del presente Reglamento. Asimismo queda facultado para dictar, en el orden interno sindical, las disposiciones reglamentarias y aclaratorias que estime oportunas".

Aparte lo singularísimo de esta jurisdicción, - que carece de todo precedente directo ni indirecto, lo -- primero que llama la atención en ella es que, mediante una simple Orden reglamentaria, se instaura nada menos que - toda una legislación orgánica, procesal e incluso sustanti

va, puesto que la Disposición adicional autoriza al Delegado Nacional de Sindicatos no sólo a una interpretación que resulta prácticamente omnímoda, y desde luego prevalente sobre la de los diversos órganos jurisdiccionales, sino también a dictar indefinidamente cuantas disposiciones complementarias y aclaratorias estime oportunas.

6.3.2.3.- Organos de Arbitraje en materia del Espectáculo.-(194). Se crean por orden de 30 de Diciembre de 1.957. Estos órganos son dos: comisiones mixtas de arbitraje y tribunal central de arbitraje, siendo su objeto la ordenación de las relaciones comerciales y las situaciones litigiosas que se produzcan en la contratación cinematográfica. La comisión mixta es como una primera instancia y el Central tiene el carácter de Tribunal de Alzada.

Las comisiones mixtas se componen de un Presidente y Vocales (entre dos y cuatro) que representan a las dos partes: distribuidora. El Tribunal Central de Arbitraje (que conoce de los recursos en alzada), está compuesto por el Presidente del Sindicato Nacional del Espectáculo y la representación de las dos partes. Aún exist

(194).- El reglamento está publicado en el Boletín del Organismo Sindical de 27 de Mayo de 1.968.

te un recurso ulterior ante el Tribunal Central de Amparo de la Delegación Nacional de Sindicatos.

Por la especial naturaleza del Sindicato Español que no coincide con lo que en los demás países se entiende por Sindicatos dado que son corporaciones de derecho público (195), se plantea el problema si los Tribunales Sindicales constituyen una jurisdicción Especial Administrativa, así como si los acuerdos de los mismos podrían ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero la Ley de 26 de Diciembre de 1.958 sobre organismos autónomos consigna en su preámbulo que deja fuera de su órbita a organismos del movimiento, así como a la organización sindical y entidades que la integran. En el mismo sentido la jurisprudencia (196) dice que la Falange Española Tradicionalista y de las JONS y la organización sindical son organismos con personalidad para hacer llegar al Estado las necesidades de los productores, de donde se infiere que no son órganos genéricos de la administración.

(195).- En las que se integran por adscripción legal los empresarios técnicos y trabajadores.

(196).- Entre otros la Sentencia 8 de Julio de 1.960.

En nuestra opinión la Organización Sindical depende del poder ejecutivo, prueba de ello es que se configura como un departamento ministerial, en consecuencia, sus resoluciones al igual que las de cualquier otro organismo de la administración podrían ser recurridas en la vía contenciosa. Pero está claro que la administración ha querido dar a esta organización sindical tan "sui generis" un especial estatuto y la constitución de una nueva jurisdicción especial (197).

6.3.3.- Los Tribunales económicos administrativos fueron creados por Real Decreto de 16 de Junio de 1924 y están regulados actualmente por Decreto de 26 de Noviembre de 1.959.

La Jurisdicción económica administrativa está integrada por Organos que no forman parte de la función jurisdiccional del Estado.

Dentro de los límites que la naturaleza de esta jurisdicción se compone, pues admite que sus resoluciones sean examinadas ante la jurisdicción ordinaria (el recurso contencioso-administrativo) su función es exclusiva --

(197).- La nueva Ley Sindical de 17 de Febrero de 1.971 establece la posibilidad de creación de una especie de vía contenciosa.

y excluyente. Así lo previene el Reglamento de Procedimiento en el art. 4 estableciendo que los Organos a -- quienes se atribuye esta función son los mismos competentes para conocer de cuantos procedimientos se suscitaren en materia económica-administrativa.

Esta jurisdicción especial no tiene la garantía del Juez natural y técnico --son funcionarios de algunos de los cuerpos dependientes del Ministerio de Hacienda-- y como dijimos anteriormente los Organos que de ciden no están investidos de la imparcialidad necesaria.

6.3.4.- Juntas Arbitrales de Aduanas.-- Composición de las Juntas Arbitrales. Las Juntas Arbitrales de Aduanas están constituidas en la forma prevista en las Ordenanzas Generales de la Renta. Según este texto legal tienen la siguiente composición:

El Administrador de la Aduana como Presidente.

Un Vocal comerciante elegido por el interesado. Si éste no hiciese la designación, concurrirá el nombrado al efecto por la Cámara de Comercio.

Un Vista, nombrado por el Administrador, que no será el que haya actuado en el hecho a que el expediente se refiere. Cuando no hubiere otro Vista, se designa-

./.

rá a tal fin un funcionario - pericial.

Por último, el Presidente designará a un funcionario de su dependencia al efecto de que concurra a la Junta en concepto de Secretario, sin voz ni voto (art. 18 del Reglamento y 365 de las Ordenanzas).

Competencia de las Juntas Arbitrales. Las Juntas Arbitrales conocerán en única o primera instancia, según la cuantía sea inferior o no a 150.000 Ptas.: De las cuestiones que les atribuyan las Ordenanzas de Aduanas; De las reclamaciones que versen sobre calificación de mercancías y consiguiente aplicación de partidas de Arancel o interpretación de las Leyes y disposiciones arancelarias, incluso las referentes a la validez o nulidad de los certificados de origen (art. 1).

Criterio territorial de competencia. Los criterios expuestos aluden a la distribución jerárquica de la competencia. En cuanto al criterio territorial de distribución de la competencia entre los Tribunales Provinciales y las Juntas Arbitrales, se resuelve por el Reglamento de procedimiento muy simplemente, tomando en cuenta la sede del órgano administrativo que hubiera dictado el acto objeto de la reclamación (art. 12).

6.3.5.- Jurados Tributarios: (Jurisdicción de Agravios).- Los primeros jurados fiscales (198) nacen en

(198).- LOPEZ BERENGUER "Los Jurados Tributarios", Madrid, Editorial de Derecho Financiero 1.963.

España con la Ley de 26 de Julio de 1.927, actualmente - regulados por la Ley General Tributaria de 28-12-65, en su cap VII, tít. III, (art. 147 a 152) (199).

La genuina función de estos jurados tributarios era para las cuestiones de hecho relativas a las bases de imposición tributaria. Para la fijación de los hechos imposibles que requieran el concurso de contribuyente y éste no colabore se pretendió suplir esa falta de colaboración de modo que, subsidiariamente actúen estos jurados. Pero esta función ha ido describiéndose encomendándose - competencias de más amplio alcance, hasta ser un órgano - jurisdiccional.

En este sentido Perulles (200) afirma que la -- institución de los jurados tiene una naturaleza heterogé-- nea al compelerle funciones de tres órdenes distintos. En unos casos actúan como órganos a los que compete señalar bases impositivas o hechos con transcendencia tributaria ante la falta de colaboración del contribuyente o la com-

(199).- El desarrollo de su organización y funcionamiento se ha hecho a través del 25-6-64, 31-7-64 y - 30-10-65.

(200).- La reforma del sistema tributario y los jurados, en "Comentarios a la Ley de reforma del sistema tributario", Madrid, Publicaciones del Ministerio de Hacienda, 1.965 pág. 682.

plejidad o fluidez del presupuesto material del impuesto, que obliga a recurrir al procedimiento estimativo. En segundo lugar el contenido del jurado es de índole arbitral y sus actuaciones ofrecen este matiz cuando fija módulos o bases con carácter global. Y, finalmente, realiza funciones de índole jurisdiccional al resolver los recursos interpuesto por aplicación indebida de las reglas de distribución y los de agravio comparativo y cuando conoce de bases o módulos globales por falta de unanimidad de los funcionarios componentes de las juntas, o por haber entablado recurso alguno de los representantes de los contribuyentes que no hubieren prestado su conformidad al acuerdo de la mayoría. En suma, los jurados son instrumentos de la equidad en el sistema tributario, tanto cuando se enfrenta la Administración al contribuyente aislado, como cuando lo hace a través de las juntas y comisiones de convenio o evaluación. (201).

Estos tribunales están compuestos según establece el art. 148 párrafo 1º por: "los jurados tribunales se constituirán guardando entre sus vocales la debida paridad, entre funcionarios de la Administración Tributaria y repre

(201).- El art. 147, párrafo I, de la Ley general tributaria, "Los Jurados Tributarios son órganos que tienen por misión general resolver con carácter subsidiario, en los casos que se determine por la Ley, las controversias que sobre cuestiones de hecho -- pueden plantearse entre la Administración y los -- contribuyentes con ocasión de la aplicación de los tributos".

sentantes de las entidades sindicales, asociaciones profesionales, cámaras y demás instituciones oficialmente -- reconocidas que aseguren la pericia de aquello en las -- -- cuestiones sometidas a su juicio".

En cuanto al jurado central tributario se constituye en el Ministerio de Hacienda (202), integrado por un presidente, doce vocales y un secretario general (203). A pesar de que el jurado central tributario es único para todos los tributos, consta de tres secciones: Sección 1ª. Impuesto industrial. Sección 2ª: Contribución rústica y Sección 3ª: Impuestos indirectos y tasas.

El art. 147 de la Ley General Tributaria distingue y determina tres grupos de cometidos que están atribuidos a los jurados tributarios:

1.- Funciones generales.- Resolver, con carácter subsidiario, en los casos en los que se determine -- por la Ley, las controversias que sobre cuestiones de he-

(202).- Véase Orden de 30 de Octubre 1964, sobre organización administrativa del jurado central tributario.

(203).- Sobre funciones de los presidentes y secretarios de los jurados véase art. 6º del Decreto 25-6-64 y apartado 8 de la Orden de 31-7-64 y V. también orden de 27-1-65 sobre asimilaciones, consideraciones, asistencias y sustituciones de los miembros de los jurados y Orden de 6 de Marzo siguiente sobre clasificación, a efectos de doteas de los vocales de los jurados tributarios, central y territoriales.

cho puedan plantearse entre la Administración y los contri-
buyentes con ocasión de la aplicación de los tributos. 2.-
 Funciones especiales: Centro del régimen de estimación ob-
 jetiva de las bases tributarias son las siguientes: Deter-
 minar las bases tributarias, o las cuotas en su caso, cuan-
 do las juntas constituidas a estos efectos no lleguen a un
 acuerdo, no exista unanimidad entre los funcionarios que -
 las constituyan o alguno de sus miembros recurra contra el
 acuerdo adoptado.- Resolver los recursos interpuestos por
 aplicación indevida de las reglas de distribución y de los
 de agravio comparativo.- Resolver los recursos de agravio -
 absoluto cuando no existan pruebas suficientes.- 3.- Funcio-
 nes extraordinarias: Cualquiera que se les encomiende por
 Ley (204).

Como hemos visto la mayor parte de las funciones
 de este tribunal son propias de un órgano jurisdiccional, -
 por lo tanto, deberían pasar a ser examinadas por un tribu-
 nal ordinario, sin embargo, ello lo prohíbe expresamente -
 el art. 152, párrafo 2º de la Ley General Tributaria y en

(204).- Las funciones de carácter general que acabamos de
 transcribir vienen promenorizadas respecto de cada
 impuesto en la Ley de reforma del sistema tributa-
 rio de 11 de Junio de 1.964 y en los textos refun-
 didos reguladores de los tributos, así como en al-
 guna disposición complementaria.

el 19, párrafo 2, del Decreto de 6 de Mayo de 1.965, es en la que "los acuerdos de los jurados territoriales en única instancia y los del central, dictados sobre las cuestiones de hecho propias de su competencia, no serán susceptibles de recurso alguno, ni siquiera el contencioso-administrativo".

6.3.6.- Jurados de expropiación forzosa.- Esta jurisdicción especial extraordinaria fue creada por la Ley de 16 de Diciembre de 1.954. En el preámbulo de esta Ley se dice que los jurados provinciales de expropiación vienen a ser "órganos en los que se componen -- las dos funciones, pericial y judicial, escindidas en el sistema actual, pero que reúnen, además, las ventajas -- que proporciona la permanencia y especialización en la función, la colegiación (que permite llevar a su seno -- los intereses contrapuestos) y la preparación, al mismo tiempo en los aspectos material y jurídico, de la cuestión a decidir".

Es claro, por tanto, que los mismos redactores de la Ley dieron ya el concepto legal de los jurados de expropiación forzosa como organismos encargados de decidir sobre el justo precio que corresponda a los bienes o derechos objeto de la expropiación y esta función decisoria debería corresponder a la jurisdicción ordinaria. --

Como dice Carretero (205) la función de estos jurados es doble paricial o estimativa y jurisdiccional por decidir la controversia económica. Por otra parte es un órgano - que agota la vía administrativa y pueden impugnarse sus resoluciones ante la jurisdicción común administrativa - (206). El art. 32 de la Ley -completado por el 35 de la misma y el 32 del reglamento- establece que el jurado es tará formado por un presidente, que lo será el magistrado que designe el presidente de la audiencia correspon-- diente (207) y los siguientes cuatro vocales: 1º Un abo-- gado del Estado de la respectiva Delegación de Hacienda; 2º un funcionario técnico designado por la Jefatura Pro-- vincial o distrito correspondiente por la corporación lo-- cal respectiva en los casos de expropiación, de modo que habrá de ser un ingeniero agrónomo, si se trata de fincas rústicas (208); 3º (Un representante de la Cámara Oficial Sindical Agraria, cuando la expropiación se refiera a pro-- piedad rústica); y un representante de la Central Nacio-- nal Sindicalista respectiva en los demás casos y 4º un no-- tario de libre designación por el Decano del Colegio Nota-- rial correspondiente.

(205).-- Complementario a la Ley de expropiación forzosa, Madrid, editorial Santillana 1966, página 124.

(206).-- Art. 35 párrafo 2º de la Ley de exp. forzosa.

(207).-- (Salvo en Ceuta y Melilla que lo será el respecti-- vo Juez de Primera Instancia).

(208).-- Un ingeniero de caminos cuando se trate de aprove-- chamientos hidráulicos u otros bienes propios de su especialidad; un ingeniero de montes, cuando el principal aprovechamiento de la finca expropiada - sea el forestal; un ingeniero de minas en los ca-- sos de expropiación de concesiones mineras; un ar-- quitecto al servicio de la Hacienda, cuando la ex-- apropiación afecte a fincas urbanas, y un profesor mercantil al servicio de la Hacienda, cuando la ex-- apropiación recaiga sobre valores mobiliarios. Aná-- logo criterio de especialidad se seguirá cuando se trate de bienes distintos de los enumerados en -- que será vocal el ingeniero industrial designado - por la respectiva delegación de Industria, si se trata de instalaciones industriales, y en los de-- más casos, el funcionamiento técnico más idóneo, a juicio de la entidad expropiante (art. 32, párrafo 1, del Reglamento).

6.3.7.- Jurado Central de Publicidad.- Fue creado por Ley de 11 de Junio de 1.964. La misión de este jurado es sancionar las violaciones de los principios de veracidad y libre competencia expresados en dicha ley y, -- por otra parte, para conocer de las controversias que surjan entre las partes como consecuencia de los contratos publicitarios.

En el reglamento de dicho Jurado se dice que es un "Órgano colegiado de carácter jurisdiccional".

Este jurado de publicidad conoce de las violaciones a los principios generales del Estatuto de Publicidad y puede llegar a imponer correcciones consistentes en amonestación o en suspensión en el ejercicio de la actividad, resolviendo conforme a equidad, con lo cual el procedimiento y demás garantías de la Jurisdicción ordinaria no existen en esta Jurisdicción especial.

Por otra parte tampoco tiene la garantía del juez natural pues este jurado está compuesto por 21 personas de acreditada honestidad e integridad profesional -- propuestas por el Ministerio de Información y Turismo -- por el Sindicato Nacional de Prensa.

./.

SITUACION ACTUAL DEL PRINCIPIO DE UNIDAD
JURISDICCIONAL EN ESPAÑA.

La unidad o integridad de la jurisdicción es una conquista del Estado moderno (209). Pero en ciertas épocas y, desgraciadamente en la nuestra, la unidad jurisdiccional brilla por su ausencia tal y como hemos podido comprobar a lo largo de los capítulos anteriores y así se ha llegado a decir que: el tronco se ha desgajado en mil astillas, en escandalosa proliferación de fueros, y la jurisdicción "ordinaria", es por tanto, la -- más "extraordinaria" de las jurisdicciones.

7.1.- Vamos ahora a hacer un breve recorrido -- por los últimos años, para analizar las declaraciones de diversas personalidades en relación a este tema.

Ya desde el año 1.950, el Congreso Nacional -- de Derecho Procesal señaló la necesidad de proclamar el

(209).- El Decreto de 6 de Agosto de 1.811 de las Cortes de Cádiz incorporó a la nación todos los seño- -- ríos jurisdiccionales. El Decreto de unificación de fueros, de 6 de Diciembre de 1.868, consagró la unidad jurisdiccional, que reafirmó el art. 2 de la Ley Orgánica del poder judicial de 1.870.

principio de la unidad jurisdiccional. Este declaraba: "Los actuales tribunales de emergencia así represivos como civiles, responden al llamado por Heleman Derecho Circunstancial Lógico o Fobético, que engendra la necesidad de órganos especiales. Y como han desaparecido ya las circunstancias que durante la Guerra de Liberación o a raíz de su terminación pudieran determinar su existencia, deben desaparecer y ser absorbidos por la jurisdicción ordinaria" (210).

En el segundo Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Madrid en 1.954, se declara indelegable la unidad jurisdiccional con la única excepción de la jurisdicción eclesiástica, para las materias propias de su soberanía espiritual; de la jurisdicción castrense, respecto de los delitos puramente militares, y de los asimilados a ellos, y la de los tribunales tutelares de menores en lo que se refiere a las infracciones cometidas por menores de edad penal (211).

Son en este punto reveladoras del ambiente rei

(210).- Actas del I Congreso Nacional de Derecho Procesal, Instituto Español de Derecho Procesal, Madrid 1950 página 251.

(211).- Instituto Español de Derecho Procesal, Ponencia I de la Comisión de Organización de Tribunales, publicada por el "Boletín I.E.D.P., nº 48 de Mayo-junio, página 7.

nante entencos, las palabras de Prieto Castro: En el terreno de los principios, estos organismos especiales no tienen justificación; por lo que como juristas, debemos - desear fervientemente que las circunstancias de emergencia desaparezcan y que se contribuya a su desaparición, encomendando todas las actividades de aplicación del derecho, sea civil o punitivo, a los organismos que genuinamente y por constitución existen en el Estado para este cometido (212).

Igualmente los Congresos Nacionales de la Abogacía III y IV, reunidos en Valencia en 1.953 y en León en 1.970, respectivamente, postularon la unidad jurisdiccional; particularmente este último, que en su tema VII desarrollaba una condenación rigurosa de todas las jurisdicciones especiales y establecía las siguientes conclusiones:

Primera.- Supresión de las jurisdicciones y - Tribunales Especiales, transfiriendo a la Jurisdicción ordinaria el conocimiento de los asuntos a aquéllas encomendados.

Segunda.- La Jurisdicción Castellana deberá conocer solamente de los delitos específicamente militares.

(212).- Boletín I.E.D.P., nº 4 de 16 de Noviembre de 1951 página 2.

Tercera.- La Jurisdicción Canónica deberá conocer exclusivamente de las causas de nulidad del matrimonio canónico, y de aquellos asuntos entre eclesiásticos que afecten a su particular disciplina.

Cuarta.- Adecuación de los procedimientos de -- que conocieran las Jurisdicciones Especiales que subsistan, tanto como de los especiales atribuidos a la Jurisdicción Ordinaria, a los principios de garantía y defensa que han de informar todo criterio de legalidad.

Quinta.- Asegurar la completa independencia de los Organos de la Administración de Justicia, tanto en su constitución y designación como en su funcionamiento, de toda injerencia del ejecutivo; constituyendo a este fin -- un Consejo Judicial con participación de la Abogacía y de las Facultades de Derecho que, bajo la pauta de una rigurosa base, previa y objetivamente establecida, de antigüedad y méritos, provea a toda clase de designaciones y nombramientos.

Como concretas medidas legislativas se propugnan las siguientes:

1ª.- Con carácter urgente, la derogación del -- Decreto-Ley de 16 de Agosto de 1.968.

2ª.- Modificación del Tratado Primero del Código de Justicia Militar, en el sentido de restringir la -- competencia de la Jurisdicción Militar.

3ª.- Modificación de los Tratados Segundo y Tercero del Código de Justicia Militar para conseguir concretas modificaciones penales y procesales tendentes a la unificación del Código Castrense con el Código Penal y Ley de Enjuiciamiento Criminal.

4ª.- Derogación del Decreto de 21 de Septiembre de 1.960, sobre "Rebelión Militar y Bandidaje y Terrorismo" y, obviamente, de la Ley y Decreto-Ley en el mismo referidos.

5ª.- Derogación de la Ley Penal y disciplinaria de la Marina Mercante de 22 de Diciembre de 1.955.

6ª.- Derogación de la Ley de Navegación Aérea - de 24 de Diciembre de 1.964.

7ª.- Derogación de la Ley de 24 de Diciembre de 1.962 y Decreto de 20 de Junio de 1.968 sobre competencia en Expedientes de Salvamento, Remolques, Hallazgos y Extracciones Marítimas.

8ª.- Desaparición de la "Comisión Mixta de Competencia Hispano-Norteamericana".

9ª.- Integración en la Administración de Justicia Ordinaria de las Magistraturas de Trabajo, y desaparición del trámite de conciliación sindical.

10ª.- Desaparición de la Jurisdicción Sindical
(Comisión Mixta de Arbitraje Taurino Central de Sindicatos y Tribunal Central de Amparo).

11ª.- Desaparición del Tribunal Arbitral de Seguros.

12ª.- Desaparición de Juntas de Detasas.

13ª.- Desaparición del Juzgado y Tribunal de Orden Público y atribución de sus competencias a los Tribunales Ordinarios.

14ª.- Desaparición del Juzgado Especial de Falsificación de Moneda.

15ª.- Desaparición del Juzgado de Delitos Monetarios.

16ª.- Desaparición de la Jurisdicción de Contrabando.

17ª.- Atribución a la Jurisdicción Ordinaria de las medidas precautorias o correctoras que hoy se confieren al Patronato de Protección a la Mujer y a la Jurisdicción Especial sobre Peligrosidad Social o de Vagos y Maleantes.

18ª.- La competencia de los Tribunales Tutelares de Menores deberá quedar circunscrita al conocimiento de las materias de su disciplina relativas a menores de dieciséis años, reafirmando su contenido tuitivo y de formación, más que jurisdiccional. En todo caso, debe quedar excluido el enjuiciamiento de hechos referentes a mayores de dieciséis años, así como las cuestiones de patria potestad y tutela afectantes a aquellas personas relacionadas con los menores sometidos a su competencia.

19ª.- Modificación de la Ley de Orden Público - para hacer desaparecer de la misma las figuras de infracción que constituyen figuras típicas penales, sancionables en esta vía, para evitar la duplicidad de sanciones por el mismo hecho.

20ª.- Desaparición del Jurado de Etica Profesional en materia de periodismo.

21ª.- Desaparición de la competencia del Ministerio de Información y Turismo en las materias de corrección en vía administrativa de infracciones de Prensa e Imprenta.

22ª.- Desaparición del Tribunal de Defensa de la Competencia.

23ª.- Promulgación de Reglamentos Disciplinarios dotados de amplias garantías jurídicas.

24ª.- Establecimiento de básicas garantías en los Organos procesos administrativos (Tribunal Económico-Administrativo, Juntas Arbitrales de Aduanas, Jurados Tributarios, Jurados de Expropiación y Tribunales de Cuentas).

25ª.- Expresa derogación de las normas que establecieron Organos y Tribunales, cuya desaparición se impone por falta de real vigencia, cual son el Tribunal Especial de Contratación en Zona Roja, Tribunal Especial sobre derogación de la Ley del Divorcio, Juzgado Cubernativo para la recuperación de objetos sustraídos en la Guerra Civil, Juzgado especial sobre recuperación de bienes de la Iglesia, Juzgado Especial de Emigración, etc.

26ª.- Derogación de cualquier otra disposición que se oponga al espíritu que queda recogido en el cuerpo de esta ponencia.

Se ha unido también a este movimiento unificador la no menos autorizada expresión de los representantes de la Administración en el mundo de la justicia, tales como el Presidente del Tribunal Supremo, el Fiscal de es-

./.

te alto organismo (213), el Ministro de Justicia (214).

7.2.- Este criterio no se encuentra ya exclusivamente en la opinión de los profesionales y los juristas, el propio Presidente de Gobierno aspira a respetar el fecundo principio de la unidad jurisdiccional (215).

Todos convienen en considerar la unidad de Jurisdicciones o la unificación de jurisdicciones como una indudable garantía de cualquier estado de Derecho. Es el elemental principio jurídico de "todos iguales - frente a una Ley igual y con idéntico trato".

(213).- Creo que todos los profesionales del Derecho estamos de acuerdo en la conveniencia de la unidad de Jurisdicciones. La Ley Orgánica del Estado, por ello mismo significó un gran avance en la línea del Estado de Derecho. Ahora al desarrollar esta parte en la futura Ley Orgánica de la Justicia -cuyas bases están muy avanzadas en Comisión de Codificación- se atenderá a cumplir este mandato a fin de atraer a la Jurisdicción Ordinaria otras funciones que permanecen fuera de ella. UNICAMENTE LA JURISDICCION MILITAR Y LA ECLESIASTICA, según la propia Ley Orgánica tienen la Consideración de jurisdicciones especiales.

(214).- Por ejemplo y entre otras muchas declaraciones - en el mismo sentido destacamos los hechos al día YA de Madrid el 22-6-73 ante el que declara que es urgente hacer efectivo el principio de -- unidad jurisdiccional.

(215).- El Presidente del Gobierno Arias Navarro en su discurso a las Cortes Españolas el 28 de Enero de 1.976 dice que: "La Ley Orgánica del Estado consagra la completa independencia de la justicia y le atribuye, en exclusiva, la función jurisdiccional, estableciendo solamente dos jurisdicciones especiales, la militar y la eclesiástica. Pues bien considero que una y otra, por convicción y por exigencia de las instituciones respectivas, aspiran a enmarcarse en los necesarios y estrictos límites que la peculiaridad de su objeto demanda, lo cual supone que, en lo demás, debe respetarse el fecundo principio de la unidad jurisdiccional.

Con la unidad de Jurisdicciones, se cierra todo resquicio de discriminación o privilegio. Además queda expresamente recogido en nuestros textos fundamentales, y así, la Lcy Orgánica del Estado, contemplando -- ese fundamental derecho a la seguridad jurídica, considera la función de juzgar como única, exclusiva y excluyente de las demás del Estado.

La Ley Orgánica del estado aprobada por Referendum Nacional de 14 de Diciembre de 1.966 (216) dedica a la justicia el título V, y en su artículo 29 señala que:

"La justicia gozará de completa independencia.
"Será administrada en nombre del Jefe del Estado, de acuerdo con las Leyes por Jueces y Magistrados independientes, inamovibles y responsables con arreglo a la Ley".

Dispone también, art. 31, que,

"la función jurisdiccional, juzgando y hacien-

(216).- El Profesor Prieto-Castro en la VIII reunión -- anual de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, en Valencia, Mayo 1972, decía que: "tampoco vemos claro, aunque otra cosa se diga, y ésto es de suma importancia, que propugne (la L.O.E.) la unidad de jurisdicción -- en el art. 31 ni en otro alguno, de suerte que no parece acertado invocar dicha L.O.E. cuando se postula la supresión de los que se consideraran "jurisdicciones especiales" y la existencia de una única. Por el contrario hasta cierto punto deja la puerta abierta para la creación de otros tribunales para conocer de los "demás (juicios) que establezcan las Leyes".

"do ejecutar lo juzgado, en los juicios civiles,
"penales, contencioso-administrativos, labora--
"les y demás que establezcan las Leyes, corres-
"ponde exclusivamente a los Juzgados y Tribuna-
"les determinados en la Ley Orgánica de la Jus-
"ticia, según su diversa competencia".

Y en el artículo siguiente dice que,

"1.- La jurisdicción militar se regirá por las
"Leyes y disposiciones que privativamente regu
"lan. 2.- La jurisdicción eclesiástica tendrá -
"por ámbito el que establezca el Concordato con
"la Santa Sede".

7.3.- La Ley Orgánica de Justicia sólo formal--
mente sigue el mandato constitucional, estableciendo en -
el nº 2 de la base primera; lo siguiente: "La potestad de
aplicar las leyes en el ejercicio de la función jurisdic-
cional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, en los -
juicios civiles, penales, contencioso-administrativos, la
borales, contencioso-sindicales y demás que puedan legal-
mente establecerse, corresponde exclusivamente a los juz-
gados y tribunales de justicia determinados en esta Ley,
según su diversa competencia, sin más excepciones que las
señaladas en el artículo 32 de la Ley Orgánica del Estado".

Pero después de esta norma, que se ajusta casi
en su literalidad a la Ley Orgánica del Estado, se inclu-
ye otra en base primera bis, que con la apariencia de dar
efectividad a la anterior desvirtua su contenido y cerce-
na notablemente su alcance. Dice así:

1.- Las jurisdicciones especiales, con las únicas excepciones de la militar y la eclesiástica, se integran en la jurisdicción ordinaria regulada en esta Ley, a la que corresponde con carácter exclusivo y excluyente la función de juzgar, sin perjuicio de respetar los aspectos gubernativos o administrativos, no jurisdiccionales, que por Ley correspondan a otras autoridades y organismos públicos.

2.- La unidad jurisdiccional de los Tribunales y Juzgados determinados en esta Ley es compatible con la necesaria y conveniente distribución en órdenes y órganos especializados a quienes se atribuya la respectiva competencia.

3.- No se entenderán afectados por el principio de unidad jurisdiccional a que se refieren los párrafos anteriores, salvo que por Ley se establezca otra cosa, los órganos y tribunales que tengan carácter arbitral y aquellos otros de carácter consuetudinario que están establecidos por costumbre admitida o prolongada.

4.- La jurisdicción militar y la eclesiástica se regirán por las Leyes y disposiciones que privativamente las regulen en el ámbito de sus respectivas competencias. Decimos que la base adicionada desvirtúa la efectividad de la proclamación de unidad jurisdiccional, pues consagra la separación existente en diversos aspectos que vamos a examinar.

La lectura del nº 1 de la base primera bis plan

tea un problema interpretativo de su texto, concretado -- en las siguientes preguntas: ¿Quiere decir que pueden -- existir órganos judiciales con una dependencia adminis-- trativa especial? ¿Acaso supone una discriminación de -- funciones que permita calificar como gubernativas o ad-- ministrativas algunas funciones propiamente jurisdiccio-- nales, por el hecho de que sean ejercidas por la Adminis-- tración?. En ninguna de las acepciones se ajusta la nor-- ma al mando de unidad.

La actividad jurisdiccional se define más por su contenido que por el órgano que la realice. La materia -- propia de la actividad del poder judicial era y es la -- aplicación de la Ley a los conflictos entre particulares y a los planteados entre éstos y la Administración en for-- ma contenciosa. Si la garantía de los ciudadanos en sus -- relaciones entre sí y en sus controversias en la Adminis-- tración se encuentra en la posibilidad de acudir a órga-- nos independientes, dedicados exclusivamente a decidir -- estas contiendas, sólo a éstos debe corresponderles esta facultad, sin que sea admisible su cercenamiento. En defi-- nitiva, los órganos parajudiciales, no encuadrados en la organización de la justicia, pero desempeñando funciones de ésta, son cuando más, tribunales de excepción, juris-- dicciones especiales, proscritos en casi todas las consti-- tuciones del mundo y en nuestra Ley Orgánica del Estado, y que sólo se permiten por imposición de circunstancias --

momentáneas, desaparecidas las cuales carecen de razón de existir, o son simples invasiones de la función jurisdiccional.

Por otra parte, en los debates en Las Cortes -- (217) sobre esta base 1ª. bis el ponente Sr. Riva Guadilla sostenía que muchas de las jurisdicciones especiales solo tiene aspectos meramente administrativos que delen, no tanto como jurisdicción, sino en cuanto que órganos de la Administración, conservar. A ello fue respondido entre otros por el Procurador Sr. Palomino Mijas que se preguntaba hasta dónde llegaba lo gubernativo y lo administrativo, y dónde comenzaba lo jurisdiccional.

Evidentemente, estos son problemas de una extraordinaria gravedad y de una importancia excepcional, que es necesario delimitar con la exactitud debida para que no haya dificultades prácticas en el desarrollo del precepto. Consideraba que en primer lugar era rechazable en cualquier caso el hecho de que no hubiera ningún Tribunal, ninguna Junta, ninguna Comisión, ningún Jurado que pudiera adoptar resoluciones que afectaran al honor, a la libertad y al patrimonio de las personas; y , a título de ejemplo proponía el de los tribunales de contrabando que se rigen por la Ley de 16 de Junio de 1.964. Es un tipo de tribunal que establece sanciones que, aunque sean --

(217).-- Cortes Españolas diario de sesiones de la comisión de justicia legislatura nº 336 sesión

con carácter subsidiario, afectan no solamente a la libertad del hombre (ya que le imponen hasta cuatro años de pena de privación, aunque sea por vía subsidiaria), sino -- que también afectan al honor de la persona. Y es absurdo que un tribunal administrativo, compuesto a nivel provincial por funcionarios de la Delegación de Hacienda, con la sola aportación judicial de un Magistrado de la Audiencia Provincial, y que a nivel nacional está constituido -- por funcionarios administrativos, con la sola incorporación de un Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, pueda resolver problemas que afectan a la persona, a su honor y a su libertad.

2.- Al excluir de la unidad los órganos y tribunales que tienen carácter arbitral, se sanciona una peligrosa excepción, pues no obstante el calificativo que se les da, no son funciones propiamente arbitrales las -- que desempeñan, cuando su actuación se impone con carácter forzoso en normas legales, y aun a veces simplemente reglamentarias, conminándose y aplicándose fuertes sanciones u otros remedios para obligar al acatamiento.

3º.- Al mantener la separación de las jurisdicciones militar y eclesiástica, se respeta la Ley Orgánica del Estado.

En cuanto a la última, la existencia de un Concordato vigente puede obligar a conservar su actual con--

tenido y configuración; la competencia propia quedará de terminada por las normas concordadas, aunque llegaran a modificarse las vigentes,

Pero con la jurisdicción militar no ocurre lo mismo; su extensión es hoy desmesurada y es aconsejable afrontar la revisión de sus normas rectoras para ajustarlas a sus justos límites.

Este punto también fue tratado en los debates de las Cortes y el Procurador Escudero y Rueda (218) señaló que en la Ley de 15 de Noviembre de 1.971 de Justicia Militar, se autodeterminaban y arrebataban competencias a otras jurisdicciones, proponía por tanto que los delitos de los militares cometieren en el campo civil fueran juzgados dentro de la jurisdicción ordinaria, y que todas las materias o competencias que los tribunales militares tienen actualmente fueran trasladadas a la jurisdicción ordinaria.

La norma comentada quiere mantener separada la llamada jurisdicción laboral que se consagra al incluir en

(218).- Boletín del diario de Sesiones de las Cortes de -
4 de Julio de 1.974, página 10.

la plantilla de Tribunales de forma individualizada el Tribunal Central de Trabajo y las Magistraturas (base -- sexta nº 22), manteniendo como cuerpos distintos de los de su clase a los secretarios (base 17 nº 70 2 bis) y a los oficiales y auxiliares (base 18 nº 72-3); y como dice el Procurador Sr. Valiente Soriano (219), en Las Cortes, el Juez que depende de otros departamentos de la -- Administración, no es el Juez legal el independiente e inamovible.

(219).- Boletín del diario de Sesiones de las Cortes nº 336, página 11.

./.

- C O N C L U S I O N -

Como se ha hecho notar a lo largo de cuanto antecede, la primera e importante advertencia ha de referirse a la no - siempre correcta utilización del término "jurisdicción". Nos^ootros hemos definido tal concepto como la función (derecho y - deber) del Estado que, por medio de órganos especialmente - constituídos (juez natural) y a través del debido proceso, aplica el derecho a situaciones concretas para la realización de la justicia.

Bajo este punto de vista, la jurisdicción no puede ser - más que una y única porque engloba y asume toda una potestad, cualquiera que sean sus aspectos o manifestaciones concretas. En puridad, por tanto, hablar de "jurisdicciones especiales" es un error terminológico de base. Es cierto que el Estado lleva a cabo y materializa esa única función a través de distintos tribunales: las ramas son muchos pero uno solo el tronco común. Del mismo modo que no es correcto hablar de "un árbol con -- muchos troncos", aunque a menudo tal giro pueda oírse, no podemos considerar exacta la costumbre de distinguir jurisdicciones varias en un sólo Estado.

No obstante, en aras de una mayor claridad, evitando contribuir a una confusión terminológica que distrajera la atención del auténtico fondo fondo del problema, hemos preferido - admitir como válida la denominación extendida de "jurisdicciones especiales": tal nomenclatura ha tiempo fué acuñada y goza

de suficiente aceptación entre legos y profanos como para aconsejarnos renunciar al purismo jurídico y acogernos a la corriente general mayoritaria. De ahí que, tanto en las páginas anteriores como en los párrafos que suceden, utilicemos el término "jurisdicción" y hablemos de "jurisdicciones especiales" en sentido distinto al que consideramos correcto.

Es tendencia general, en el mundo del derecho, el considerar como ideal la unidad jurisdiccional, la atribución en exclusiva al poder judicial, autónomo, independiente y autosuficiente, del derecho y deber de aplicar justicia en un Estado, de hacer — respetar el principio de legalidad, base irrenunciable de convivencia en cualquier Estado que quiera calificarse "de derecho".

Pero, con excesiva frecuencia, se acude a argumentos — varios, a veces ni siquiera susceptibles de racional defensa, para justificar la sustracción de ciertas causas de la jurisdicción — común, natural. Porque se desea un procedimiento más rápido — del usual, porque se alega que lo específico de la causa exige órganos juzgadores de especial solvencia técnica, porque se destacan aspectos característicos muy concretos concurrentes en casos determinados ... se cree justificada la necesidad de crear — jurisdicciones especiales que estudien y resuelvan, se dice, con mayor acierto y conocimiento.

Según puede verse, en última instancia todos estos argumentos y cuantos otros puedan alegarse, no revelan sino una desconfianza en el poder judicial. No es casualidad que la fiebre de las jurisdicciones especiales aparezca, precisamente, en aque-

llos momentos históricos en que el mismo Estado se encuentra en crisis, en todas cuantas épocas el autoritarismo totalitario pretende la sumisión del poder judicial a los dictados de la política. Quien debe ser garantía de justicia individual y colectiva, pasa así a convertirse en correa de transmisión de la arbitrariedad, de los intereses restringidos de un grupo o clase dominante. Incluso, a veces, sin tener consciencia de ello, con el peligro de una auténtica deformación profesional que convierta en irrecuperable el crédito y la confianza que el poder judicial debe inspirar a todo ciudadano.

En los últimos años, en España, coincidiendo precisamente con el debilitamiento y deterioro progresivo del Estado autoritario nacido del golpe militar de 1.936, se ha extendido — la polémica en torno a las jurisdicciones especiales existentes — y generalizado el deseo de su desaparición.

Pero la discusión y realización de tales propósitos, encuentra dificultades por la confusión terminológica existente en este campo. Así, ateniéndonos al concepto estrictamente jurídico de "Tribunal jurisdiccional", sería muy fácil afirmar el escaso número de jurisdicciones especiales existentes, ya que las actuaciones de muchos tribunales (sirvan a modo de ejemplo el Tribunal de Cuentas del Reino así como cuantos nosotros hemos dado en llamar tribunales excepcionales) no pueden propiamente considerarse jurisdiccionales por carecer de las características (*strepitus et figura*) de la jurisdicción.

Sin embargo, todas las actuaciones de cualquier organis

mo que constituyan obligaciones o establezcan sanciones a recaer sobre personas o comportamientos determinados, son -- también, actuaciones jurisdiccionales. Por tanto y como tales, lo correcto ha de ser la defensa de que sus incumbencias han de ser examinadas en y por la jurisdicción ordinaria, abogándose por la supresión, pura y simple, de dichos organismos -- que configuran una tal maraña de posibilidades represivas que sumen al ciudadano en un caos de ignorancia, con lo que ello -- conlleva de inseguridad jurídica.

No es menos cierto, y así queremos reconocerlo, que existen aspectos de la vida colectiva tan específicos y concretos, cuya punición se reduce a mínimas sanciones, que supondrían innecesaria carga para los órganos jurisdiccionales ordinarios, sobresaturación de competencias para los mismos y, -- en última instancia, detrimento u obstáculo para su correcto -- funcionamiento y eficacia. Pero tales casos, amén de ser extraordinarios y no expediente generalizado, deberían existir -- únicamente cuando los concretos afectados así lo admitieran voluntariamente y, en todo caso, manteniendo universalmente -- abierto el recurso a los tribunales de justicia, para no privar a nadie del inalienable derecho de ser juzgado y, en su caso, condenado, por quien detenta o debe detentar en exclusiva el ejercicio de tal poder.

Es en el sentido que se recoge en estos dos últimos párrafos, que abogamos por la desaparición de los siguientes or-

ganismos, sea cual sea la denominación que propia o impropia-
mente les sea aplicada:

- Tribunal de Orden Público, Tribunal de Peligrosidad Social, Tribunal de Menores, Patronato de protección a la mujer, Tribunal especial de delitos monetarios, Tribunal de Contrabando y Defraudación, Tribunal de defensa de la competencia, Comisión mixta de competencia USA, Tribunales penales administrativos, Ministerio de Gobernación L.O.P., Tribunales de Prensa, Jurisdicción disciplinaria académica, Jefaturas piscícolas, Delegación Nacional de Deportes, Tribunales de honor, Juzgado especial en materia de inmigración, Magistratura de Trabajo, Tribunal de Aguas de Valencia, Las Juntas de Detasas, Tribunales Arbitrales de Seguros (ferroviarios y del campo) y de Censos, Jurisdicción especial marítima, Jurados de Riego, Tribunal de Cuentas del Reino, Jurados Provinciales de Expropiación, Consulado de la Lonja de Valencia.- Comunidades de Labradores.- Tribunal Jurado de las Hermandades, Jurisdicción Sindical, Organos de conciliación sindical, Tribunales de Amparo Sindical, Organos de Arbitraje en materia de espectáculo, Tribunal Económico-Administrativo, Juntas Arbitrales, Jurados Tributarios (Jurisdicción de Agrarios), Jurados de Expropiación Forzosa, Jurado Central de publicidad.

Aún podríamos añadir muchos otros organismos o figuras no recogidas en la enumeración anterior (disciplina de mercado, multas gubernativas con arresto sustitutivo ...), pero su enumeración exhaustiva resulta prácticamente imposible en una Administración caracterizada por el abuso del poder y la injerencia en competencias que le deberían ser ajenas. De todos ellos hemos de pe-

dir la supresión en su actual estructura y funcionamiento por ser atentados inequívocos contra el principio de unidad de jurisdicción que venimos defendiendo.

Ello no obsta, como ya antes hicimos notar, para que alguno de los anteriormente citados (pensamos en tan entrañable, por lo ancestral, Tribunal de Aguas de Valencia, por ejemplo) subsistiera en su vigencia, pero con carácter arbitral y, por lo tanto, voluntario. La Magistratura de Trabajo, en línea pareja, podría y debería seguir funcionando pero similarmente a juzgados de instancia, etc. con jueces de jurisdicción ordinaria, independientes como ésta, sin especialidad ninguna del departamento ministerial correspondiente.

Otro caso que no queremos dejar de mencionar es el del Tribunal de Orden Público, como caso típico en el que se ha aprovechado el confusionismo terminológico para defender conclusiones inaceptables. Se ha afirmado así, que el mencionado tribunal (como algún otro similar) no es tanto una jurisdicción especial -- cuanto un tribunal especializado dentro del marco de la jurisdicción ordinaria. Por tanto, prosiguen los defensores de este punto de -- vista, no se ve afectado por el principio de unidad de jurisdicción que resulta cumplido.

Nosotros entendemos que son jurisdicciones especiales -- aquellos tribunales que tengan cualquier especialidad, bien sea -- por razón del órgano juzgador que ha de pronunciarse, como por -- el cauce procesal mediante el cual ha de hacerlo. Aún más si la -- especialidad o especialidades vulneran las garantías establecidas --

en la jurisdicción ordinaria y contradicen los aforismos de que nadie debe ser sustraído a sus jueces naturales y de que todos los ciudadanos deben ser iguales ante la justicia.

Bajo la luz de esta última frase, sería necesario revisar igualmente el criterio según el cual determinadas personas resultan excluidas del juez ordinario en razón de su dignidad, autoridad o por el ejercicio de su cargo. Si el principio indiscutible -- general defiende la igualdad ante la ley, por qué admitir excepciones, incluso las simplemente formales?.

Es corriente de opinión generalizada, con refrendo en el caso del Estado Español en sus propias Leyes Fundamentales, -- que existen dos jurisdicciones, la canónica y la militar, las cuales por su especialísima condición son de justificada existencia -- autónoma, al margen del principio de la unidad jurisdiccional. Incluso en estos dos casos considerados extremos, nos creemos -- obligados a introducir matizaciones importantes.

La jurisdicción eclesiástica debe perder todo carácter de especial, desapareciendo radicalmente cualquier carácter de generalidad. No podemos oponernos, como en otros casos que más arriba recogimos, a su mantenimiento a modo de tribunal arbitral y voluntario para quienes a él quieran someterse en cuanto se refiera a cuestiones matrimoniales (por supuesto, cuando el matrimonio hubiera sido realizado bajo la disciplina de la fe católica) o similares. Otrotanto puede decirse en cuanto a determinadas penas puramente canónicas o espirituales, que se suponen implícitamente afectadas por los "súbditos" de la Iglesia católica.

Más importante aparece la jurisdicción militar dada la extensión desbordada que ha alcanzado el ámbito de su competencia. Como en el caso anterior, es exigencia inaplazable reducir su campo de acción a los justos límites, no ya solo por estrictas consideraciones del principio de unidad jurisdiccional sino por evitar interferencias de las fuerzas armadas (aplicable similarmente a la Iglesia) con cuestiones polémicas que le son ajenas. La jurisdicción militar debe reducirse consiguiendo al juicio de aquellos hechos cometidos por militares y en el orden puramente interno o de estricta disciplina.

Es obvio que ello implica una reforma a fondo del Código de Justicia Militar y de gran parte de disposiciones varias que atribuyen extrañas competencias a la jurisdicción militar. El número de preceptos afectados por esta necesaria reforma puede imaginarse elevado: a modo de ejemplo, el D.L. del 16 de Agosto de 1.969 en relación con el D. 21 Sup. 6º y D. 26 -- Agosto de 1.975, recientemente revisado. Dentro ya del propio Código de Justicia Militar, aparecen como de necesaria desaparición las competencias atribuidas en los números 1, 10 y 11 del artículo 6º, o las que por razón de la persona, recogen los artículos 13 y 16. La modificación habría de ser igualmente amplia en la competencia que el artículo 9 asigna por razón del lugar.

Incluso una vez así reducidas las competencias, la jurisdicción militar debería revisarse en su propio funcionamiento, modificándolo de forma que se produjera un mayor perfeccionamiento que amplíe y asegure las garantías procesales que

son irrenunciables por muy específica que sea la cuestión de - que se trate. Como venimos insistiendo, no debe existir una - sola manifestación de la jurisdicción que no goce de las garan- tías mínimas de la llamada jurisdicción ordinaria, estas garan- tías, referidas a los órganos judiciales son fundamentalmente tres: independencia, inamovilidad y responsabilidad de los jue- ces. Las tres tienden a lograr la máxima imparcialidad del juz- gador, que no deber tener más techo ni coacción que la sumi- sión a la ley que le corresponde aplicar.

Por último, en esta rápida y esquemática enumeración de problemas, queremos denunciar ese "Tribunal de Garantías" que aparece en el muy reciente proyecto de ley sobre el Dere- cho de Asociación Política. Desconocemos en el momento de - escribir estas líneas cuál haya de ser la suerte que tal proposi- ción gubernamental corra en los debates parlamentarios. El - principio de unidad jurisdiccional sólo puede defender su desa- parición pues no existe razón alguna para sustraer de la juris- dicción ordinaria las competencias que al mencionado Tribunal quieren atribuirse.

No queremos terminar sin dejar bien claro que nuestra defensa de que la jurisdicción (en última instancia, como antes decíamos, el poder judicial) debe ser una, exclusiva y excluyen- te, no busca ni pretende otorgar al poder judicial papel de pre- potencia frente al ejecutivo o al legislativo. Muy al contrario, - es la tendencia a un intervencionismo creciente por parte de la Administración, desmedida en ocasiones al absorber funciones

legislativas y judiciales que no le corresponden, la que obliga a salvaguardar los poderes compensadores de legisladores y jueces. Sólo posibilitando esa acción que contrarreste los posibles abusos del ejecutivo puede garantizarse a los ciudadanos el ejercicio y defensa de todos sus derechos. La mera consagración formal de éstos, sin arbitrar los adecuados instrumentos de tutela y reparación en caso de violación de los mismos, quedaría como papel mojado, como palabras sin fundamento dejadas al libre juego del viento, como adorno superfluo e hiriente.

No se puede admitir, entonces, existencia de un derecho mientras su defensa no esté tutelada por tribunales de justicia constituidos regularmente y previamente al inicio de cualquier contienda (juez natural), por medio de un "debido proceso", que garantice la posibilidad de presentar y hacer atender cuantas alegaciones y pruebas todo sujeto quiera alegar en defensa de su derecho que ha sido o corre peligro de ser vulnerado.

En último término, cuando defendemos el principio de unidad jurisdiccional no pretendemos sino avanzar en el difícil camino de la legalidad de modo que queden garantizados los derechos de todos los ciudadanos, sin desigualdades reales ni aparentes, de modo que puedan ser evitados o reparados los perjuicios causados bien por particulares, bien por la misma administración. Esperamos contribuir así a la edificación y perfeccionamiento de un auténtico Estado de Derecho, aspiración de todos -

aquellos que dedicamos nuestra vida, de una u otra forma, al gran objetivo de la Justicia.

-oooOooo-