

LA POTESTAD JURISDICCIONAL: CARACTERÍSTICAS  
CONSTITUCIONALES\*

*Luis María Díez-Picazo*  
*Catedrático de Derecho Constitucional*  
*(Universidad de Málaga)*

\* El presente texto ha servido de base para una conferencia pronunciada el 23 de junio de 1998 en la Escuela Judicial (Barcelona), dentro del “Aula Hispanoamericana”.

## I

En el ordenamiento español, la idea de potestad jurisdiccional representa un *prius* respecto del concepto constitucional de Poder Judicial: no resulta posible dotar a éste de significado si, con anterioridad, no se ha aclarado en qué consiste la potestad jurisdiccional. Esta afirmación no se basa sólo en la razonable sospecha de que un análisis constitucional centrado únicamente sobre la estructura de los poderes públicos tiende a ser un ejercicio de mero formalismo jurídico sino que se apoya, sobre todo, en la constatación de que la potestad jurisdiccional forma parte de la definición misma de Poder Judicial, a tenor de lo dispuesto por el art. 117.3 CE:

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

Ciertamente, en otros de sus apartados el propio art. 117 CE, donde está recogido el núcleo último del régimen constitucional del Poder Judicial, dota a éste de ciertas características estructurales, así como de garantías y cargas. Tales son el principio de unidad jurisdiccional, la independencia e inamovilidad judiciales, la responsabilidad de los jueces y su sometimiento únicamente al imperio de la ley. Ahora bien, lo que interesa subrayar aquí es que todas esas características estructurales, garantías y cargas sólo adquieren sentido y, por tanto, sólo podrán ser rectamente interpretadas si se contemplan a la luz del cometido que la Constitución encomienda al Poder Judicial, que no es otro que el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

## II

Decir que, en el ordenamiento español, la potestad jurisdiccional representa un *prius* respecto del Poder Judicial no implica adhesión alguna a aquella corriente de pensamiento que cree conveniente –y, antes aún, posible– hallar un concepto absoluto de jurisdicción, es decir, un concepto de jurisdicción universalmente válido en cualquier tiempo y lugar como si se tratara, en el sentido kantiano de la expresión, de una condición para la existencia misma del conocimiento jurídico. Como es sabido, toda una venerable tradición de estudiosos del derecho procesal ha buscado, como si fuese el Santo Grial, ese concepto absoluto de jurisdicción, si bien forzoso es reconocer que las soluciones propuestas

distan de ser uniformes. Aún así, a efectos de mostrar la inviabilidad de dicho enfoque, cabe tomar convencionalmente como punto de referencia una formulación suficientemente representativa del mismo, como la que ofreció ese gran constitucionalista que fue Ignacio de Otto: la jurisdicción, así, sería la "determinación irrevocable del derecho en el caso concreto" (*Estudios sobre el Poder Judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, p. 19–20). Pues bien, esta proposición puede ser refutada tanto desde un punto de vista histórico como desde un punto de vista teórico.

Desde un punto de vista histórico, resulta escasamente discutible que la distinción entre jurisdicción y administración está ligada al principio de separación de poderes y, por consiguiente, a una concepción del derecho de impronta liberal. En el Antiguo Régimen, en efecto, lo que hoy se entendería como actividad administrativa se llevaba a cabo por vías jurisdiccionales: eran los mismos órganos encargados de resolver litigios (corregidores, audiencias, consejos, etc.) quienes, mediante similares procedimientos, proveían a las necesidades de la gobernación de la monarquía. Ajenas a la vía jurisdiccional sólo quedaban aquellas actividades públicas que no estaban sujetas a norma alguna (*legibus solutae*), por más que no quepa ignorar que dentro de esta última categoría entraban muchas de las iniciativas de obras y servicios que, con la denominación genérica de "policía", emprendió el despotismo ilustrado. Así, en el universo jurídico preliberal, la distinción no giraba en torno al tríptico legislación-administración-jurisdicción sino, como mostró en su día Charles Howard McIllwain, al binomio *iurisdiction-gubernaculum*, esto es, declaración del derecho, normalmente preexistente, frente a desnudo ejercicio del poder (*Constitucionalismo antiguo y moderno*, trad. esp., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 89 ss.).

Cabe sostener, en consecuencia, que la idea contemporánea de administración es producto de la confluencia de dos factores: primero, la tendencia a la juridificación de todas las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, como consecuencia de la afirmación liberal del principio de legalidad; segundo, la progresiva expansión de los cometidos materiales del Estado, que entraña la imposibilidad de que los órganos administrativos acudan a una autoridad judicial cada vez que hayan de incidir sobre los derechos y deberes de los particulares. Este último punto es relevante, pues explica por qué, todavía en la segunda mitad del siglo XIX, un jurista tan influyente como Albert Venn Dicey podía mantener que el *rule of law* excluía cualesquiera privilegios de la Administración pública (*Law of the Constitution*, 10ª ed., Macmillan, London, 1985, p. 183 ss.): el constitucionalismo angloamericano pudo prescindir de los privilegios de la

Administración y, en particular, de la ejecutividad de los actos administrativos únicamente en la medida en que el Estado se abstuvo de intervenir en la esfera económica y social.

La experiencia histórica muestra, pues, cómo la única distinción mínimamente generalizable es aquella entre producción y aplicación de normas (*legislatio* y *legis-executio*); y, aún así, a condición de que se acepte de antemano la idea de que toda genuina norma jurídica debe ser general y abstracta. En todo caso, es claro que las modalidades y el régimen jurídico de la actividad de aplicación de normas dependen de lo que, en cada tiempo y lugar, disponga el derecho positivo.

Tampoco desde un punto de vista teórico resulta convincente la afirmación de que la jurisdicción es la "determinación irrevocable del derecho en el caso concreto". Ciertamente, la jurisdicción, cuyo significado etimológico es "decir el derecho" (*ius dicere*), consiste en determinar cuál es el derecho aplicable a casos concretos; pero ocurre que, en muchos ordenamientos contemporáneos, incluido el español, la Administración pública puede definir unilateral e imperativamente derechos y obligaciones de las personas mediante la aplicación de normas jurídicas. ¿Significa ello que la verdadera diferencia entre jurisdicción y administración estriba en la nota de la irrevocabilidad, o sea, que sólo la determinación jurisdiccional del derecho puede llegar a ser irrevocable? Parece que no. No se trata tan sólo de que no todos los actos jurisdiccionales sean irrevocables, ni de que su irrevocabilidad tienda a ser relativa frente al legislador. Se trata, sobre todo, de que la llamada "fuerza de cosa juzgada" no es en absoluto monopolio de la jurisdicción: formalmente, un acto administrativo no recurrido en tiempo y forma deviene firme; materialmente, la Administración pública no es siempre libre de venir sobre sus propias decisiones, especialmente cuando se trata de actos declarativos de derechos. Téngase en cuenta, además, que la previsión constitucional de control judicial de la Administración (art. 106 CE) sólo exige que toda actuación administrativa sea susceptible de revisión jurisdiccional, no que ésta sea imprescindible para que aquélla alcance firmeza. En resumen, más allá de la mística de las palabras, que parece hacer derivar la fuerza de cosa juzgada de alguna oculta virtud taumatúrgica de los jueces, se hallan elementales exigencias de seguridad jurídica.

### III

De cuanto precede se sigue que sólo es viable un concepto relativo de juris-

dicción, un concepto que esté basado en los datos positivos ofrecidos por cada concreto ordenamiento. Así las cosas, puede ser útil comenzar su búsqueda por un análisis terminológico: el art. 117.3 CE, que reproduce una venerable fórmula liberal procedente de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, se refiere a la "potestad jurisdiccional": "potestad", en vez de "función"; "jurisdiccional", en vez de "judicial". Conviene explicarse.

La noción de potestad denota una habilitación normativa para dictar cierto tipo de actos, si no siempre de interés público, sí al menos de interés supraindividual –piénsese en la patria potestad–, mientras que la noción de función se refiere, más bien, al contenido o la finalidad de esos actos (véase S. Romano, *Fragmentos de un diccionario jurídico*, trad. esp., EJEA, Buenos Aires, 1964, p. 297 ss.). En cuanto a la segunda diferencia, lo jurisdiccional hace difusamente referencia a la aplicación del derecho –téngase presente que ni siquiera es, a primera vista, seguro que deba producirse en vía contenciosa–, mientras que lo judicial es sin duda todo lo relativo a los jueces y tribunales. Pues bien, de lo anterior cabe ya extraer, al menos, dos consecuencias: primera, ni todo lo jurisdiccional es necesariamente judicial ni, viceversa, todo lo judicial es necesariamente jurisdiccional; segunda, los jueces y tribunales, que componen el Poder Judicial, sólo pueden ejercer la jurisdicción mediante actuaciones típicas, que son precisamente las que permiten delimitar su potestad o, si se prefiere, lo que pueden y lo que no pueden hacer. Estas dos consecuencias, por lo demás, no dejan de tener relevancia práctica.

En efecto, es la consciencia de que no existe una relación biunívoca entre lo jurisdiccional y lo judicial lo que explica ciertas opciones del constituyente español, como son destacadamente las dos facetas, positiva y negativa, del principio de exclusividad. El principio de exclusividad en sentido positivo, que está consagrado en el propio art. 117.3 CE y también podría ser denominado "reserva de Poder Judicial", comporta que sólo los órganos integrados en éste último pueden ejercer la potestad jurisdiccional, sin que quepan otros supuestos de órganos no judiciales que ejercen potestad jurisdiccional que los previstos por la Constitución (Tribunal Constitucional, órganos inferiores de la justicia militar y, tal vez, Tribunal de Cuentas) o los autorizados por ella (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y, quizá, Tribunal Europeo de Derechos Humanos). El principio de exclusividad en sentido negativo, proclamado por el art. 117.4 CE, entraña que la ley sólo puede atribuir a los órganos judiciales atribuciones distintas de la potestad jurisdiccional si ello tiene como finalidad objetiva la garantía de derechos. En otras palabras, precisamente porque no existe correspondencia perfecta entre lo jurisdiccional y lo judicial, el constituyente estimó

necesario establecer ciertos principios organizativos tendentes a evitar extralimitaciones recíprocas entre el Poder Judicial y los otros poderes del Estado: salvo los supuestos mencionados, la potestad jurisdiccional corresponde únicamente a los órganos integrados en el Poder Judicial; pero éstos no pueden realizar actividades extrajurisdiccionales, salvo previsión legal y en garantía de derechos.

Obsérvese bien cómo todo ello no puede darse por supuesto, ni deriva necesariamente de ninguna categoría abstracta: se trata, más bien, de una decisión política sobre el diseño básico de las instituciones, que ni siquiera es patrimonio común de todas las modernas democracias constitucionales. Muchas de ellas son menos exigentes en materia de ejercicio de la potestad jurisdiccional por órganos no judiciales: baste pensar que, en bastantes países europeos (Francia, Italia, Bélgica, etc.), la justicia administrativa todavía está encomendada a órganos formalmente incardinados dentro del Poder Ejecutivo. Tampoco es difícil hallar ejemplos de mayor laxitud en la atribución oficial a los jueces de cometidos cuya índole es, indiscutiblemente, no jurisdiccional: comisiones de investigación presididas por jueces en activo, codificación de las normas procesales por los supremos órganos judiciales, etc. Nada de todo ello sería constitucionalmente admisible en España, donde el constituyente optó por una rígida separación del Poder Judicial respecto de los demás poderes públicos. Por lo que se refiere específicamente al principio de exclusividad en sentido negativo, hay que tener en cuenta, además, otro dato: parece que ninguna atribución del Poder Judicial distinta de la potestad jurisdiccional —es decir, como se verá enseguida, distinta de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado— está constitucionalmente garantizada frente al legislador, por mucho arraigo que tenga en la tradición jurídica española; y ello puede tener no desdeñables consecuencias en ámbitos tan dispares como, por ejemplo, la jurisdicción voluntaria y la instrucción penal.

Por lo demás, también la explícita referencia del art. 117.3 CE a la noción de potestad y, por tanto, el hecho de que los jueces y tribunales hayan de ejercer la jurisdicción mediante procedimientos y actos típicos comporta consecuencias prácticas. Especial mención merece, en este orden de consideraciones, que son precisamente las garantías formales que rodean la actuación de los órganos judiciales lo que permite establecer una diferencia cualitativa, que no puede dejar de ser constitucionalmente relevante, entre el ejercicio de la jurisdicción por los órganos judiciales y otras actividades que, en definitiva, también consisten en la resolución de controversias mediante la aplicación del derecho. Tales son, por ejemplo, el arbitraje, las sanciones gubernativas, los recursos administrativos, etc. Dicho de otro modo, cuando el art. 24 CE proclama como derecho fundamental de todas las personas la posibilidad de tutela judicial efectiva de sus dere-

chos e intereses legítimos, no se limita a garantizar la existencia de alguna instancia de aplicación del derecho a casos concretos sino que exige, además, que en ningún supuesto quede vedado el acceso a una instancia rodeada de las arriba referidas garantías formales tal como están condensadas en el propio art. 24 CE (predeterminación del juez, contradicción, utilización de los medios de prueba pertinentes, etc.). De aquí, además, que los jueces hayan de ser

“[...] independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley” (art. 117.1 CE)”.

Y ello porque, en definitiva, las garantías constitucionales del juez sólo pueden explicarse en función de las garantías constitucionales de los destinatarios de la administración de justicia”.

#### IV

Una vez aclaradas las connotaciones de la expresión "potestad jurisdiccional", cabe preguntarse cuál es el contenido concreto de la misma según la Constitución española; es decir, ¿sobre qué cuestiones ha de ser aquella ejercida? Si se adopta un enfoque empírico y se hace un repaso del texto constitucional, se comprobará que hay cinco grandes categorías de problemas cuya resolución queda constitucionalmente encomendada a la potestad jurisdiccional: 1) la tutela judicial efectiva de derechos e intereses legítimos (art. 24.1 CE), que potencialmente comprende cualesquiera situaciones litigiosas jurídicamente relevantes; 2) la imposición de penas por hechos delictivos (arts. 24.2 y 25 CE); 3) la protección de los derechos fundamentales (art. 53 CE); 4) el control de legalidad de la potestad reglamentaria y de la actuación administrativa (art. 106 CE); 5) el planteamiento ante el Tribunal Constitucional de la cuestión de inconstitucionalidad frente a leyes y disposiciones con rango de ley (art. 163 CE).

Es evidente que esta lista comprende prácticamente todas las controversias jurídicas concebibles, incluidas aquellas que surgen de la aplicación del derecho comunitario, cuya aplicación jurisdiccional –no hay que olvidarlo– corresponde normalmente a los jueces nacionales (art. 177 Tratado CEE). Fuera quedan únicamente las ya mencionadas excepciones constitucionales al principio de exclusividad jurisdiccional en sentido positivo. Problema distinto, del que no cabe ocuparse en esta sede, es el del no siempre nítido deslinde de atribuciones entre esos otros órganos que ejercen genuina potestad jurisdiccional, especialmente el Tribunal Constitucional, y el Poder Judicial.

Si de un mero inventario se desea pasar a una definición positiva del contenido de la potestad jurisdiccional en la Constitución española, cabría decir que abarca tanto la resolución de cualesquiera litigios, entre particulares o entre éstos y la Administración, como el ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Esta afirmación es importante porque permite verificar que el constituyente tuvo una visión esencialmente contenciosa de la potestad jurisdiccional, tal como queda corroborado, por lo demás, en la mención que el propio art. 117.3 CE hace a que aquélla habrá de ejercerse "en todo tipo de procesos". Pues bien, esta utilización constitucional de la idea de proceso encierra una auténtica garantía institucional; esto es, el art. 117.3 CE garantiza la existencia misma y un contenido mínimo del proceso, para cuya concreción habrá que tener en cuenta la imagen general que la comunidad jurídica tiene de dicha institución; y, en una democracia constitucional, parece claro que el proceso como institución se compone, al menos, de los siguientes elementos: a) que exista una controversia entre partes, en la que resulta crucial la aplicación de normas jurídicas; b) que haya una secuencia ordenada de actuaciones, con invocación de argumentos fácticos y jurídicos por ambas partes; c) que todo ello sea presidido por un tercero en posición de imparcialidad y superioridad, a quien corresponde, además, adoptar la decisión final. De aquí que la potestad jurisdiccional esté únicamente referida, en rigor, a los asuntos contenciosos. Ciertamente, cabe que el legislador atribuya a los órganos judiciales cometidos no contenciosos; pero recuérdese que ello no sólo no está constitucionalmente impuesto sino que, además, sólo es constitucionalmente lícito en la medida en que tenga como finalidad garantizar algún derecho (art. 117.4 CE).

Esta consagración de una visión contenciosa de la potestad jurisdiccional por parte de la Constitución española puede servir de base para alguna reflexión ulterior, en especial acerca de la función social de la administración de justicia en una moderna democracia constitucional. Mirjan Damaska, un importante comparatista norteamericano de origen croata, ha mostrado cómo el proceso judicial puede tender, en definitiva, hacia dos finalidades distintas: bien la conformación de la sociedad según las opciones de ingeniería social del legislador, bien la resolución pacífica de los conflictos sociales según las previsiones del legislador (*I volti della giustizia e del potere*, trad. it., Il Mulino, Bologna, 1991). En sentido similar, por lo demás, se ha pronunciado otro conocido cultivador de la comparación jurídica: Alessandro Pizzorusso ("Cultura e politica nella produzione ed applicazione del diritto", en *Quaderni costituzionali*, 1990, p. 77 ss.). Ni que decir tiene que esas dos posibles funciones sociales del proceso judicial no son absolutas ni mutuamente excluyentes sino que representan, más bien, líneas de tendencia o, si se prefiere, tipos ideales en el sentido weberiano del término.



Pues bien, lo que interesa destacar aquí es que una visión contenciosa de la potestad jurisdiccional parece estar más próxima del modelo resolución pacífica de conflictos que del modelo conformación de la sociedad. Esta constatación dista de ser irrelevante: como sostiene el propio Damaska, el modelo de resolución pacífica de conflictos es el que mejor se adapta a las exigencias de una democracia constitucional; y ello, sencillamente, porque ésta preconiza un Estado, incluida su administración de justicia, al servicio de la sociedad y no viceversa. Todo ello debería ser tenido en cuenta antes de hacer fáciles llamadas a la omnipresencia de los jueces y al activismo judicial.

## V

Este repaso al concepto constitucional de potestad jurisdiccional en España, en fin, quedaría incompleto si no se mencionaran, siquiera brevemente, otros tres datos. Ante todo, es preciso recordar que la potestad jurisdiccional se caracteriza por deber ejercerse con sometimiento "al imperio de la ley" (art. 117.1 CE). Es precisamente en esta plena sujeción a la ley donde radican, hoy en día, los más acuciantes y complejos problemas relativos a la posición constitucional del juez. Por expresarlo con una fórmula concisa, el núcleo de la cuestión estriba en lo siguiente: el constitucionalismo europeo-continental sigue apegado a un modelo de Poder Judicial heredado del siglo XIX y, por tanto, su legitimidad democrática se funda aún en su condición de ejecutor, si no automático, sí escasamente creativo de los mandatos del legislador; pero, entretanto, el antiguo "legicentrismo" de los ordenamientos europeo-continentales se ha ido degradando (introducción de la justicia constitucional, motorización de la legislación como consecuencia del *welfare state* y de la revolución tecnológica, descodificación de amplios sectores del derecho, etc.), de manera que se asiste a un vertiginoso aumento, cuantitativo y cualitativo, de la demanda de servicios judiciales. Así, el reto es encontrar un nuevo título de legitimación democrática del juez, adecuado al nuevo escenario; y, aunque ello sólo puede dejarse aquí apuntado, parece poco discutible que cualquier solución debe pasar tanto por una reconsideración de los mecanismos de selección y formación de los jueces, como por un restablecimiento del consenso acerca de cuáles son las técnicas admisibles de interpretación jurídica que ponga coto a las tentaciones de puro decisionismo judicial.

En segundo lugar, no conviene perder de vista que la potestad jurisdiccional no consiste sólo en juzgar sino también, según el propio art. 117.3 CE, en hacer ejecutar lo juzgado. Ello significa que existe un imperativo constitucio-

nal de que los órganos judiciales mantengan el control último sobre la correcta y puntual ejecución de sus resoluciones, a fin de que ésta no quede a la buena voluntad de otras autoridades públicas. La *ratio* de esta previsión constitucional es clara y no vale la pena insistir más sobre ella. Ahora bien, es preciso subrayar que el art. 117.3 CE no dice "ejecutando" sino, significativamente, "haciendo ejecutar". De aquí que, siempre que existan vías de control judicial, sea difícil negar la constitucionalidad de todos aquellos supuestos en que la ejecución de resoluciones judiciales está encomendada a la Administración pública, como sucede destacadamente en los ámbitos penal y contencioso-administrativo. En este sentido se ha manifestado de forma constante la jurisprudencia constitucional (STC 26/1983, 67/1984, 167/1987, 4/1988, etc.). Problema distinto es el relativo a la constitucionalidad de aquellos supuestos en que la ley permite la ejecución extrajudicial en la esfera del derecho privado. Así, por ejemplo, recientemente se ha producido una discrepancia entre el Tribunal Constitucional y la Sala 1ª del Tribunal Supremo acerca de la constitucionalidad de los procedimientos de ejecución de los créditos hipotecarios: mientras el primero ha dado por bueno el procedimiento ejecutivo sumario del art. 131 de la Ley Hipotecaria (STC 158/1997), la segunda ha declarado inconstitucional el procedimiento ejecutivo notarial del art. 129 del mismo cuerpo legal (STS de 4 de mayo de 1998); pero lo que ahora interesa destacar es que, si bien la postura del Tribunal Constitucional se basa en consideraciones similares a las empleadas respecto de la ejecución extrajudicial —esto es, que existe siempre la posibilidad de acudir a un juez—, el problema es distinto porque en ambos casos se trata de ejecución sin resolución judicial previa y, por tanto, el debate constitucional, más que alrededor del principio de exclusividad jurisdiccional en sentido positivo (art. 117.3 CE), ha de girar en torno al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Ni que decir tiene que, si ninguno de estos dos preceptos constitucionales exige, como se observó más arriba, que toda controversia haya de ser dirimida necesariamente por un órgano judicial, parece más correcta la postura adoptada por el Tribunal Constitucional.

Por último, no es ocioso señalar que la potestad jurisdiccional es precisamente eso: una "potestad" y, además, de carácter público. De aquí que el ejercicio del *imperium* del Estado, cuya consecuencia no puede por menos de ser la descrita por el art. 118 CE:

"Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto".

La Constitución prevé, pues, que el ejercicio de la potestad jurisdiccional habrá de desembocar, en algún momento, en resoluciones dotadas de firmeza cuyo cumplimiento será obligatorio para todos, autoridades y ciudadanos. Es más: la firmeza y el deber de observancia de las resoluciones judiciales, que tiende a prevalecer incluso frente a la ulterior declaración de inconstitucionalidad de la ley aplicada (art. 40 LOTC), es una exigencia elemental del principio de seguridad jurídica (art. 9 CE). Por ello, cabe concluir que, si bien no es monopolio de la jurisdicción, la irrevocabilidad sí representa una característica constitucionalmente necesaria de la potestad jurisdiccional: sólo así es factible la pacificación jurídica, como han intuído cuantos han buscado un concepto absoluto de jurisdicción.