

JUEZ DE DECRETOS Y LEYES Y DE LEY Y JURISPRUDENCIA. EL MODELO DEL JUEZ CONTEMPORÁNEO (XIX-XX)

Pedro Ortego Gil*

Resumen

La figura del juez español contemporáneo está llena de facetas que vienen determinadas mayoritariamente por un buen número de disposiciones infralegales y, sobre todo, por la Ley provisional sobre organización del poder judicial de 1870. Durante los siglos XIX y XX prevaleció la figura del juez-funcionario dependiente del Ministerio de Justicia, al que correspondía fijar su estatuto y concretar su aplicación. Su función constitucional y legal fue aplicar la ley, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado con sujeción al imperio de la ley, pero no exclusivamente, pues la doctrina legal emanada del Tribunal Supremo se impuso como elemento clave para su aplicación por parte de los jueces.

Palabras clave

Juez. Funcionario. Jurisprudencia. Oposición. Jurisdicción. Carrera judicial.

Abstract

The figure of the contemporary Spanish judge is full of facets that are mainly determined by a good number of sub-legal provisions and, above all, by the Provisional Law on the Judicial Branch of 1870. During the 19th and 20th centuries, the figure of the judge-official dependent on the Ministry of Justice, which was responsible for establishing its statute and specifying its application. Its constitutional and legal function was to apply the law, judging and having executed what was judged, subject to the rule of law, but not exclusively, since the legal doctrine emanating from the Supreme Court was imposed as a key element for its application by the judges.

* Catedrático de Historia del Derecho, Universidad de Santiago de Compostela. pedro.ortego@usc.es

Keywords

Judge. Official. Jurisprudence. Opposition. Jurisdiction. Judicial career

SUMARIO: I. Introducción. II. Decretos y ley para un funcionario. 1. Los pasos para ingresar en la carrera. A. Las circunstancias personales. B. La oposición y otras vías de ingreso. 2. El intrincadocamino de la promoción del Juez-funcionario. A. Principios constitucionales y realidad. B. Los controles y su (escasa) efectividad. III. Lo anejo al oficio y a su ejercicio. IV. La función jurisdiccional. 1. Su carácter. 2. Concentración material de la función. 3. Sujeción a la ley. 4. Sujeción a la jurisprudencia. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Si por modelo entendemos, siguiendo una de las acepciones que de este sustantivo da la RAE, un esquema teórico de una realidad compleja, elaborarlo sobre una figura con tan variopintas facetas como es la del juez, y realizarlo desde una perspectiva histórico-jurídica para un período relativamente cercano, cuando sobre ella han incidido la sociología y otras ramas del saber, es tarea ardua, subjetiva y, en consecuencia, discutible. En este sentido, el estudio del modelo de juez contemporáneo puede realizarse desde el «deber ser» impuesto por las instancias políticas y plasmado en la normativa –mayoritariamente infralegal y no solo en el siglo XIX–; o a partir de otro «deber ser» que encontramos en las formulaciones ideológicas plasmadas en gran medida en las exposiciones doctrinales y, por supuesto, en las declaraciones partidistas que inciden particularmente en las cualidades y misión del juez, buscando trasladarlo al anterior; o, por fin, desde el «ser», es decir, a partir de la realidad práctica en la que estos personajes desarrollaron las atribuciones que las disposiciones de todo rango les encomendaron y en el heterogéneo entorno en el que las ejercieron, lo cual permite descubrir otros aspectos más aliende de lo jurídico. Limitarse a una de visiones puede suponer no llegar a divisar el bosque en el que se movieron, pero abordarlas desde las tres perspectivas exige entrelazar múltiples fuentes, desde las normativas a las judiciales, desde las ministeriales a las periodísticas, desde la documentación privada a las monografías de todo tipo. En suma, tres modelos de juez que parten de uno normativo, otro ideológico y, por fin, el real. Marco trino que se entrelaza.

Unas miradas en las que apreciaremos herencia del Antiguo Régimen y renovación liberal (1), configuraciones *ex novo* y no poco de conservadurismo durante los siglos XIX y XX. Sobre el juez confluyen, a mayores, aspectos de configuración

(1) De ahí que no esté de acuerdo con la tajante afirmación acerca del cambio drástico que supuso el advenimiento del régimen constitucional de MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., «El juez-funcionario y sus presupuestos: el nacimiento del juez ordinario reclutado por oposición (el art. 94 de la Constitución

orgánica y atribuciones funcionales. De acuerdo con este último matiz, para abordar el modelo del juez contemporáneo es conveniente diferenciar, al menos, dos facetas: en primer lugar, su incardinación en la Judicatura y, más tarde, en la Magistratura, esto es, abordar su figura desde su inserción orgánica en la estructura judicial; y, en segundo término, contemplar su actividad funcional, es decir, en lo que tradicionalmente denominamos juzgar y ejecutar lo juzgado, aunque esta función constitucional acabó desbordada por otras que, a través de disposiciones normativas o no, fueron acumulando(2).

En mi opinión el juez que debe servir como punto inicial para determinar el modelo es, precisamente, el más numeroso: el juez de primera instancia e instrucción. La primera imagen que tienen los ciudadanos de la justicia –salvemos la difusión de los medios de comunicación y acudamos a los estrados– es la de ellos, aunque en la actualidad no se conozca su nombre como antaño(3); y además, «es en la instancia donde suelen fijarse las situaciones justiciables, predeterminando en gran medida el tratamiento jurídico final del caso»(4).

II. DECRETOS Y LEY PARA UN FUNCIONARIO

Con toda probabilidad, los jueces han sido los funcionarios cuyo estatuto ha sido objeto del mayor número de proyectos. El marco normativo por el que tuvieron que deambular los jueces y ejercer sus funciones fue mayoritariamente infralegal, incluso con posterioridad a la Ley provisional sobre la organización del poder judicial de 15 de septiembre de 1870. Una calificación temporal sin mayor trascendencia, pues la tuvieron otras sancionadas ese mismo año, y que acabó por ser secular, pese a que se aplicó en numerosos aspectos con dilación y de forma irregular. Fue promulgada mediante un acuerdo entre las fuerzas liberales y burguesas, permitiendo un amplio margen al ejecutivo en su aplicación práctica y real, por lo que quedaron en manos de los ministros de Gracia y Justicia contenidos claves, lo cual es fácil de apreciar a lo largo de su centenaria vigencia y con regímenes políticos absolutamente divergentes. En mi opinión, la LPOPJ fue una ley sobre organización de tribunales, porque así lo determinaba la literalidad constitucional de 1869, que niega la existencia de un poder judicial orgánicamente independiente y que, en consecuencia, se adaptó con extraordinaria facilidad a cualquier régimen

de 1869 y el sistema de la LPOPJ de 1870)», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 39, 1996, pp. 7-64, en concreto p. 9, aunque en p. 11 matiza tal aseveración.

(2) Sobre el ámbito electoral, SOLLA SASTRE, M.ª J., «Servidores del partido mismo». Sintonías y desencuentros entre lo político y lo judicial en el constitucionalismo español», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 198, 2022, pp. 23-67; y ORTEGO GIL, P., «¿Sólo juzgar y hacer ejecutado lo juzgado? Entre principios constitucionales y actividades políticas», *Cuadernos de Historia del Derecho*, núm. 29, 2022, pp. 53-113.

(3) TOHARIA, J. J., *El juez español. Un análisis sociológico*, Tecnos, Madrid, 1975, pp. 25, 161 y 192.

(4) ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «El juez, la ley y la jurisprudencia», en Eduardo de Porres Ortiz de Urbina y Jordan C. Costa (dirs.), *Derecho Judicial. El Derecho de creación judicial a la luz del Siglo XXI*, Bosch Editor, Barcelona, 2022, pp. 29-47.

político (5). No solo seguía esquemas de proyectos anteriores, sino que fue criticada al considerarse que refundió regulaciones infralegales anteriores. Supuso, sin embargo, un hito importante desde el punto de vista estrictamente normativo, por cuanto pasaron a regularse por ley, de acuerdo con el mandato constitucional, aspectos claves de la Judicatura, como los principios de inamovilidad y responsabilidad, a pesar de que su aplicación práctica no llegara a cumplir siempre con las expectativas que en ella se depositaron.

Junto a la normativa orgánica y estatutaria comenzaron a tener cierta trascendencia las leyes de presupuestos del Estado, no solo por lo que respecta a la planta judicial (6), sino a efectos de decretar la desaparición de las asimilaciones de los cargos ministeriales con jueces y magistrados, como figura en la de 1900 (7), o con respecto a la creación de nuevas categorías (jueces de primer ascenso y jueces de segundo ascenso) (8).

Como recogí en una monografía anterior, cabe matizar los rasgos distintivos expuestos por Jiménez Asensio acerca del «tipo ideal» de modelo burocrático de la Judicatura (9). Para él, en primer lugar, la selección de jueces se realiza mediante un concurso abierto –pero en mi opinión mediatizado por las circunstancias políticas o ideológicas del pretendiente (10)– a licenciados en Derecho «sin experiencia profesional previa», pero hasta la implantación de la oposición en la década de 1870 como procedimiento de acceso, se exigía haber ejercido la abogacía durante cierto número de años o haber desempeñado una promotoría fiscal, lo cual, a pesar de las dudas y deficiencias que se apuntaban, implicaban una presunción de experiencia profesional. En segundo lugar, la ordenación jerárquica de los jueces en un «sistema de carrera» en donde se asciende principalmente –según él– por antigüedad, salvo en los puestos superiores para los cuales prevalece la discrecionalidad ministerial; pero durante el siglo XIX prima indiscutiblemente el criterio político, de modo que en una parte de los casos medió el favor, y las cesantías rompen con esta pauta de ascenso jerárquico en el que, como veremos, se buscan fórmulas para postergar al adversario ideológico. En tercer lugar, los jueces se configuran como «generalistas» puesto que «conforman un cuerpo único», que puede ejercer en cualquier tipo de juzgados y tribunales, con independencia de que aparezca distribuido

(5) ORTEGO GIL, P., «Breves reflexiones sobre la división de poderes y la administración de justicia en España durante el siglo XIX», *Historia Constitucional*, núm. 20, 2019, pp. 499-544.

(6) Por ejemplo, la Ley de 30 de junio de 1892 decretó la reforma de la organización de juzgados y tribunales. *Gaceta de Madrid* de 20 de octubre y 12 de diciembre de 1892.

(7) VILLACORTA BAÑOS, F., *Profesionales y burócratas. Estado y poder corporativo en la España del siglo XX. 1890-1923*, Siglo XXI de España, Madrid, 1989, p. 40, a propósito del artículo 17 la Ley de presupuestos para 1900 no era solo un asunto de procedimiento, se trataba de «involucrar una profunda reforma del organismo judicial en una ley eminentemente económica y administrativa y el hecho de que esa reforma pudiese efectuarse sin tramitación directa de las Cámaras legislativas».

(8) Se insertaron en ella las bases para la redacción de una nueva ley de tribunales. *Gaceta* de 1 de abril de 1900.

(9) JIMÉNEZ ASENSIO, R., «El acceso a la judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio», en Rafael Jiménez Asensio (coord.), *El acceso a la función judicial*, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 115-249; y, *Políticas de selección en la función pública española. 1808-1978*, INAP, Madrid, 1989. SERRANO GONZÁLEZ, A., «O juiz como categoria administrativa. Sobre a semântica estatal na Espanha do século XIX», *Penélope*, núm. 6, 1991, pp. 73-91.

(10) En el mismo sentido, MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., «El juez-funcionario y sus presupuestos», *op. cit.*, p. 15.

en categorías, «al que se accede con igual adiestramiento, cualificación y actitudes», y, sobre todo, en ámbitos jurisdiccionales heterogéneos –civil, penal, laboral– debido al carácter de dicha formación, hasta la configuración, sobre todo durante el siglo XX, de los juzgados especializados. Por último, en ese «tipo ideal» se garantiza la inamovilidad y la independencia de sus miembros, «si bien es relativa, puesto que están inicialmente adscritos al Ministerio de Justicia», ya que a la vista de lo que sucede hasta bien entrada la Restauración, es decir, estando ya vigente la LPOPJ, la inamovilidad fue un principio constitucional constantemente incumplido por los gobiernos de uno y otro espectro político, de manera que, precisamente por la dependencia de los ministros de Gracia y Justicia, no era siquiera relativa (11). Concluye Jiménez Asensio que, con ciertas peculiaridades, este «modelo burocrático de judicatura» acabó por implantarse en España. En mi opinión y concordando con él en lo esencial, discrepo que estos rasgos sirvan para configurar el modelo español al menos hasta la década de 1870, fecha que incluso puede llevarse hasta la siguiente. Hasta ese momento desde luego que responde a un modelo burocrático basado en que la selección para el ingreso, la carrera profesional, las separaciones y jubilaciones no dependieron de la ley, sino del decreto y la orden ministerial y, por extensión, de las decisiones particulares adoptadas sobre cada aspirante o cada juez por parte del ministro o de las juntas/comisiones creadas en el seno del Ministerio. Si a ello se agrega la profunda politización de los jueces desde la época gaditana (12), o sumamos las funciones que tuvieron en las elecciones a Cortes o municipales, la dependencia no solo de Gracia y Justicia sino también de Gobernación –en este caso al menos indirectamente– es manifiesta, insondable y generalizable. En mi opinión, salvo casos concretos de situaciones o procesos en los que pudieran estar involucrados caciques locales o provinciales, la administración de la justicia impartida a los ciudadanos no preocupó a los políticos decimonónicos, como se desprende de la brevedad en las discusiones constituyentes sobre esta trascendental materia, la situación de partidos judiciales sin titular durante meses a lo largo del siglo XIX o el continuo trasiego de jueces por el mismo juzgado en el intervalo de pocos meses, asunto este último perpetuado en ocasiones hasta la actualidad. En dicha centuria, la sujeción del juez al Gobierno interesa en lo orgánico y, a la vista de las declaraciones de todo tipo, en lo extraprocesal, singularmente en los períodos electorales. Por eso se insiste en su condición de «empleo público» de la «administración» de justicia, en su condición de burócrata, con independencia de que presentara circunstancias específicas y diferentes a las que caracterizan a los empleados de los restantes ministerios (13).

Si al rey, a través del Gobierno, le correspondía constitucionalmente durante la etapa liberal el nombramiento de los funcionarios y entre ellos los jueces, se entendió que, de igual manera, le pertenecía el procedimiento para su selección y designación, lo que redundaba en la concreción y valoración de sus cualidades y circunstancias. Aunque en 1845 o en 1851 se diferenciaba entre «empleados y

(11) ORTEGO GIL, P., *Inamovilidad, interinidad e inestabilidad. El control ministerial sobre los jueces en el siglo XIX*, Universidad Complutense, Madrid, 2018, *passim*.

(12) LORENTE SARIÑENA, M., *Las infracciones a la Constitución de 1812: un mecanismo de defensa de la Constitución*, CEC, Madrid, 1988. Fernando MARTÍNEZ PÉREZ, *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*, CEPC, Madrid, 1999.

(13) ORTEGO, P., *Inamovilidad*, pp. 50-51.

funcionarios de la carrera judicial», al menos desde 1869 fue habitual hablar de los «funcionarios de la carrera judicial» para referirse a jueces y magistrados en conjunto. Es preciso resaltar que, durante la provisionalidad secular de la LPOPJ, la carrera judicial estuvo siempre marcada por un aspecto sin el cual no se puede entender: el juez era un funcionario más de nombramiento gubernamental. Su estatus vino determinado desde 1870 por la ley, pero antes y después, sobre todo, por la vía de decreto e incluso de orden ministerial. Disposiciones generales que emanaron mayoritariamente del Ministerio de Gracia y Justicia, como también lo hicieron las que afectaron en particular a cada juez desde su acceso. Así se mantuvo durante la I República, la Restauración, la dictadura de Miguel Primo de Rivera, la II República –el D. de 20 de abril de 1932 se refería a los jueces de primera instancia e instrucción como funcionarios de la carrera judicial– y el franquismo. En este último período encontramos muestras muy significativas, como el D. de 10 de febrero de 1956 por el que se aprobó el Reglamento orgánico de la carrera judicial, o la O. de 16 de abril de 1956 sobre situación administrativa de los funcionarios de la misma. Dicho Reglamento se dictó porque la disposición adicional segunda de la Ley de 15 de julio de 1954, sobre situaciones de los funcionarios de la Administración Civil del Estado, estableció que los Ministerios procedieran a adaptar a sus preceptos los reglamentos orgánicos de todos los cuerpos que de ellos dependieran. La Ley 11/1966 reformó y adaptó la carrera judicial [funcionarios al Servicio de la Administración Civil de Justicia(14)] a la Ley de funcionarios civiles del Estado de 1963. En cualquier caso, se buscaba uniformidad, pero no unificación, porque no se podía quebrar la separación funcional que existía entre unos y otros.

1. LOS PASOS PARA INGRESAR EN LA CARRERA

A. Las circunstancias personales

Los requisitos comunes («calidades») hasta la década de 1870 para ingresar en la Judicatura, fueron, por supuesto, la licenciatura en Leyes, la mayoría de edad, esto es tener cumplidos los veinticinco años –con 24 años aprobaron algunos las oposiciones de 1928/29, para los cuales se dictaron disposiciones circunstanciales (15); y con 23 durante un breve tiempo en el marco de la II República–, aunque en la práctica y en situaciones ordinarias o de no alteración política fuera necesario en realidad sumar algún otro año, ya que se exigió la concurrencia de requisitos complementarios, como haber desempeñado al menos durante dos años una promotoría fiscal, es decir, el escalón inferior del Ministerio público, o haber ejercido la abogacía con despacho abierto, y no como mero pasante, durante un cuatrienio. La carrera para acceder a la Judicatura comenzaba, en realidad, antes del nombramiento por real orden. Los pretendientes anteriores a la implantación de la oposición comenzaban habitualmente con el desempeño durante algunos años, como regla general, en una promotoría fiscal. No obstante, fue un clamor que a la carrera

(14) «Es personal judicial a efectos de esta Ley: Uno. El Presidente del Tribunal Supremo. Dos. Los Magistrados del mismo alto Tribunal. Tres. Los miembros de la carrera Judicial. Cuatro. Los Jueces municipales y comarcales».

(15) R. O. de 7 de mayo de 1929. *Gaceta* de 8 de mayo.

judicial accedían, o al menos así se denunció desde 1836, pasantes que «por su corto saber» no eran a propósito para ejercer la abogacía con éxito (16).

No obstante, el principal requisito para ingresar en la Judicatura fue el componente ideológico del pretendiente, proyectado sobre la conducta moral (pública y privada) como sobre la política o, según se diría tiempo después, la intachable conducta esperada del juez en lo público y en lo privado, para evitar la depravación de costumbres (17). Esta exigencia se contrastó durante el siglo XIX a través de informes conservados en sus expedientes, cartas y otras manifestaciones de las autoridades civiles, eclesiásticas y, en ocasiones, militares, cuando no denuncias periodísticas. Si este prurito ideológico, cuando no partidista, era necesario para ser nombrado juez, el mismo control se extendería una vez integrado en el organigrama judicial. Se les iba a exigir una «virtuosidad ajurídica» para poder acceder, mantenerse y progresar en la Judicatura, pauta por la ideología política dominante. En 1812 se requería ciencia, desinterés, moralidad, buen concepto en el público y ser adictos a la Constitución, independencia y libertad de la nación (18); y en 1835 probidad, pureza, fidelidad, inteligencia, aplicación, experiencia práctica, buen concepto público, informes sobre antecedentes, conducta moral y política, fidelidad, reputación –en los magistrados, reputación ilesa– e idoneidad (19). El R. D. de 13 de diciembre de 1867 insistía en el buen concepto justificado (20). Puede pensarse que cuando se implantó la oposición como procedimiento casi exclusivo de ingreso en la carrera judicial, por mandato constitucional en 1869 y legal en 1870, tales informes fueron innecesarios, pero no, pues los aspirantes debieron justificar una conducta intachable. Más de medio siglo después, el Reglamento del Cuerpo de aspirantes de 1933 exigía «buena conducta» y no haber ejecutado hechos que desmerecieran el concepto público de quien pretendía ingresar (21).

(16) *El Español* de 18 de febrero de 1836. Sin entrar en una larga enumeración, baste lo expresado en «Apéndices a la Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación. Apéndice III. Exposición dirigida al ministro de Gracia y Justicia dándole cuenta del estado de los trabajos de la Comisión, de las dificultades que esta halla para concluir su obra, de algunos vicios y defectos graves que nota en la administración de justicia, y de su parecer sobre ciertas cuestiones importantes relativas a la organización de los tribunales y su modo de proceder en lo criminal», en *RGLJ*, núm. XIX, 1871, pp. 97-142: «Los títulos universitarios y las certificaciones de pasantía y práctica es todo lo más que los Gobiernos tienen a su alcance para conocer y juzgar la aptitud de los que les asedian para recibir el poder de juzgar a los españoles: ¿y qué títulos y qué certificaciones? Los primeros nada significan desgraciadamente; lo mismo los obtienen los que saben algo que los completamente ignorantes, y lo mismo a unos que a otros el mundo judicial es perfectamente desconocido... Las certificaciones son una decepción; cuando más, y esto las menos veces, significan que los que las obtienen han asistido por más o menos tiempo al estudio de un letrado de mucho o poco crédito, donde todo lo más que han hecho ha sido leer un pleito viejo que sirve como de cartilla obligada para todos los que asisten al mismo estudio, saliendo de él tan ignorantes del Derecho y de la práctica como entraron». Para la visión doctrinal coetánea, GÓMEZ DE LA SERNA, P., «Sobre la inamovilidad judicial y oportunidad de declararla», *RGLJ*, núm. XVIII, 1861, pp. 145-153; y, «Del ingreso y ascensos en la carrera judicial», *RGLJ*, núm. XIX, 1861, pp. 342-352 y 388-396.

(17) GÓMEZ DE LA SERNA, P., «Sobre la manera de proveer los cargos judiciales», *op. cit.* SERRANO GONZÁLEZ, A., «Gordura y magistratura: La desgracia del juez Jabalquinto», *AHDE*, núm. 67, 1997, pp. 1465-1495.

(18) Decreto de las Cortes de 9 de octubre de 1812 para el nombramiento de magistrados de las Audiencias y jueces de primera instancia, y su juramento.

(19) R. D. de 6 de octubre de 1835.

(20) *Gaceta* de 17 de diciembre de 1867.

(21) *Gaceta* de 15 de diciembre de 1933.

Si la R. O. de 2 de octubre de 1835 determinó que los pretendientes para ser nombrados debían ser «acreedores a la confianza de la nación y del mismo gobierno» (22), un siglo después el D. de 10 de diciembre de 1936 exigía a cada juez que «responda a las exigencias que impone el nuevo régimen social que el Estado español va concretando en estos momentos», es decir, el del lado republicano (23). Otro tanto ocurrió durante el franquismo. En el discurso de apertura de tribunales de 1940 se manifestó que «a nuestro Movimiento interesa funcionarios probos, competentes... y enérgicos... con solvencia moral... y capacitación técnica» (24). Para participar en las oposiciones convocadas en 1948 para el ingreso en la Escuela judicial se requería ser español, varón, de estado seglar, no estar comprendido en ninguno de los casos de incapacidad que para obtener cargos judiciales señala la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial, ser doctor o licenciado en Derecho, tener la necesaria aptitud física y carecer de antecedentes penales, pero, sobre todo, se demandaba de los opositores una intachable conducta moral y adhesión al Movimiento Nacional y no haber ejecutado actos que hubieran provocado su desmerecimiento en el concepto público, con el fin de infundirles «un único espíritu y sacrificio» (25). Todo ello con independencia de la posterior formación ideológica una vez ingresados en dicha Escuela (26). En otras ocasiones y, singularmente en el tardofranquismo, se sustituyó la citada adhesión por la conducta «moral y cívica» (27).

(22) Se buscó tanto depurar a los jueces absolutistas y a los partidarios del pretendiente, como que «todos los empleados, además de reunir las siempre indispensables calidades de aptitud suficiente, de probidad nunca desmentida, de moralidad y reputación sin tacha, sean fieles y sinceramente adictos a la persona y legítimos derechos de nuestra augusta e inocente Reina». Adhesión política en la que «ninguna consideración puede autorizar el más leve disimulo».

(23) *Gaceta* de 12 de diciembre de 1936.

(24) Memoria elevada al Gobierno Nacional en la solemne apertura de los Tribunales el día 16 de septiembre de 1940 por el fiscal del Tribunal Supremo Blas Pérez González, Ministerio de Justicia, Madrid, 1940, pp. 10-19.

(25) D. de 4 de junio de 1948 por el que se autoriza al Ministerio de Justicia para convocar oposiciones a ingresos en la Escuela Judicial, *BOE* de 17 de junio de 1948. Este año fueron convocadas 50 plazas (Orden de 26 de junio), aclarando la convocatoria los requisitos: «Para tomar parte en las oposiciones se requiere ser español, varón, de estado seglar, no estar comprendido en ninguno de los casos de incapacidad que para obtener cargos judiciales señala la Ley orgánica del Poder Judicial, ser Doctor o Licenciado en Derecho, tener la necesaria aptitud física, carecer de antecedentes penales y justificar, una intachable conducta moral y adhesión al Movimiento Nacional. La mayoría de edad habrá de estar cumplida en el día en que termine el plazo de admisión de instancias». Para demostrar esa conducta sociopolítica se requería presentar: «Certificación del alcalde del domicilio del solicitante durante los dos últimos años por la cual se acredite que éste ha observado intachable conducta moral y no ha ejecutado actos que le hubieren hecho desmerecer en el concepto público». *BOE* de 9 de julio de 1948.

(26) «Las enseñanzas que no tengan carácter jurídico y singularmente las de formación religiosa, moral y cívica se encomendarán a personas que por su preparación, puedan cumplir satisfactoriamente estos fines, y los nombramientos habrán de hacerse de acuerdo con las autoridades competente». O. de 26 de mayo de 1948, art. 8. *BOE* de 9 de julio.

(27) Si bien ya aparece en la O. de 6 de febrero de 1946 por la que se convocan oposiciones para proveer cien plazas de aspirantes a la Judicatura, para «dar cumplimiento a lo preceptuado en el artículo séptimo del citado Reglamento de 5 de mayo de 1941, reunirán la mayor cantidad de datos para que el informe reservado a que el mismo se refiere, sea lo más concreto y exacto posible, principalmente en lo que afecta a la conducta moral y cívica del solicitante y en su adhesión, al Estado Nacional». *BOE* de 13 de febrero de 1946.

B. La oposición y otras vías de ingreso

Ya en 1834 se proponía la celebración de «oposiciones públicas» (28). A raíz de la Constitución de 1869 y de la LPOPJ se creó, como había propuesto con anterioridad Gómez de la Serna, un cuerpo de aspirantes, y es a él al que se oposita. No obstante, durante los primeros años la posibilidad del paso de la carrera fiscal a la judicial motivó que se convocaran las del Ministerio público, quizá por dos motivos: la recolocación de cesantes y excedentes, pero también porque los fiscales –amovibles a diferencia de los jueces– estuvieron más sometidos a la jerarquía que partía del Ministerio de Gracia y Justicia (29).

A pesar de lo dispuesto en la Constitución de 1869 y su desarrollo legislativo y reglamentario, los primeros pretendientes que superaron la oposición no fueron nombrados hasta el 21 de junio de 1873 (30). Es más. Las oposiciones de ingreso al Cuerpo de aspirantes a la carrera judicial no se consolidaron, al menos, hasta la década de 1880 (31). Desde finales del siglo XIX comenzó a existir mayor periodicidad en su convocatoria. En el posterior período republicano se convocaron en tres ocasiones estas pruebas: en 1931 para 60 (32), en 1933 para 100 (33), y otros tantos en 1935 (34), aunque acabaron por ingresar 111 (35). Es decir, se renovaron aproximadamente la mitad de los juzgados de primera instancia existentes esos años. En 1941 se convocaron 130 plazas –un número similar posiblemente al de jueces muertos, exiliados y depurados–, lo que denota la falta de juzgados por cubrir.

Además de los requisitos académicos y cualidades señaladas, la oposición se convertiría en una «prueba de aptitud científica en público certamen», como expuso la Ley adicional a la del Poder judicial de 1882 (36). Con independencia de la trascendencia que tuvo la implantación de la oposición, debemos tener en consideración que no fue nunca un factor de independencia, sino un instrumento técnico de selección (37). Una vez aprobada era cuando se aparecía, con toda su vehemencia, la presión partidista para poder acabar en un destino cercano, poder trasladarse, ascender, etc.

(28) MONERRI MOLINA, B., *Las Cortes del Estatuto Real (1834-1836)*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 140. Volviéndose a hablar de este procedimiento en el Bienio progresista, MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., «El juez-funcionario y sus presupuestos», *op. cit.*, p. 21.

(29) Me remito a ORTEGO, P., *Inamovilidad*, *op. cit.*, pp. 245-246, 248, 251, 258-260, entre otras.

(30) Orden nombrando aspirantes a la Judicatura por el orden de escala que les corresponde en el cuerpo a los 32 señores que se expresan. *Gaceta* de 22 de junio de 1873.

(31) JIMÉNEZ ASENSIO, R., «El acceso a la función judicial», p. 128, matiza, a mi juicio con notable acierto, que «la frontera entre el primer período, caracterizado por la politización de las estructuras judiciales, y el segundo, con la nota distintiva de la exigencia de una oposición para ingresar en el cuerpo, es más difusa de lo que a simple vista pudiera parecer».

(32) *Gaceta* de 28 de julio de 1931.

(33) *Gaceta* de 14 de julio de 1933.

(34) *Gaceta* de 21 de febrero de 1935.

(35) Decreto autorizando al Tribunal calificador de las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a la Judicatura para incluir en la propuesta, que en su día eleve a este Ministerio, un número de opositores no superior a la quinta parte de las plazas anunciadas, *Gaceta* de 17 de junio de 1936. Orden aprobando la propuesta de los opositores que han de sustituir el Cuerpo de Aspirantes a la Judicatura, *Gaceta* de 23 de junio de 1936.

(36) Con anterioridad, D. de 23 de enero de 1875. *Gaceta* de 24 de enero.

(37) APARICIO, M. A., *El status del Poder judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 1995, p. 107.

La igualdad formal de oportunidades para acceder a la Escuela judicial no siempre existió (38). Así sucedió en 1948 mediante la reserva de plazas para excombatientes, alféreces de complemento y huérfanos, si bien la mayoría de los opositores concurren por libre (39). Desde hace décadas se considera un procedimiento de acceso socialmente estructurado en cuanto al origen de los opositores, particularidad que no resultaba ajena al momento de su implantación en el siglo XIX. En cualquier caso, en 1974, en la motivación de la ley de bases, se consideraba la oposición como el procedimiento «menos malo» y se argumentó su mantenimiento por ser el «tradicional» (40).

Lo que no se planteó, salvo alguna mención esporádica (41), es la presencia o ausencia de vocación antes y después de la implantación de la oposición como manifestación del interés por acceder a un cuerpo profesional y técnico.

Con referencia a la formación verdaderamente práctica de los aspirantes que hubieran aprobado, no se consiguió plenamente ni obligando a asistir a los aspirantes a las vistas (siglo XIX), ni solo pasando por la Escuela judicial –Aguilar García ya había propuesto en 1923 una escuela de prácticas judiciales (42)–, sino que se adquiría y adquiere en los juzgados de primera instancia de entrada, lo cual implicaba, sin embargo, que en esos partidos judiciales la administración de justicia era muy deficiente en relación al resto de partidos, pues las categorías se determinaron desde 1834 fundamentalmente por el criterio poblacional que se arrastraba de antiguo en la mayor parte de los casos (43).

Superada la prueba y la fase de formación, quedaba por conseguir el primer destino. De conformidad con el artículo 123 de la LPOPJ quedó dispuesto que los juzgados de instrucción se proveerían únicamente en aspirantes a la Judicatura, confiriendo de cada cinco vacantes: dos a los que tuvieran los dos primeros números en el Cuerpo de aspirantes; otras dos a los que el Gobierno considerase «más dignos entre los comprendidos en la tercera parte superior de la escala»; y la última, «al que el Gobierno considere más digno entre todos los que correspondan al mismo Cuerpo de aspirantes», con tal que llevara en él un año por lo menos.

(38) D. de 2 de noviembre de 1945, por el que se aprueba el Reglamento de la Escuela Judicial, *BOE* de 22 de noviembre de 1945. LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M., «La preparación de los jueces para el ejercicio de la profesión», en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado Mexicano*, núm. 47, 1963, pp. 363-372.

(39) O. de 26 de mayo de 1948, *BOE* de 9 de julio. La lista de firmantes en *BOE* de 15 de mayo de 1949.

(40) Ley 42/1974, de 28 de noviembre, de Bases, Orgánica de la Justicia. *BOE* de 30 de noviembre de 1974.

(41) BRAVO, E., *De la Administración de Justicia*, Establecimiento tipográfico de Estrada, Díaz y López, Madrid, 1864, pp. 419-421, continuaba considerando la judicatura como un sacerdocio que requería virtudes y conllevaba sacrificios, que exigía tener vocación y no solo ser *buenos* y *dignos* sino también parecerlo. *Diario de sesiones de las Cortes. Congreso de los Diputados*, Legis. 1876/77, tomo III, n. 66, 22 de mayo de 1876, pp. 1643-1653, en la que Augusto Ulloa defendió la oposición como procedimiento de ingreso pues, entre otras razones, presumía una vocación. El R. D. de 22 de diciembre de 1902 de igual modo justificaba la oposición como «un verdadero noviciado que aquilata la vocación y aptitud de los aspirantes».

(42) AGUILAR GARCÍA, A., «El ingreso en la carrera judicial», *Revista de los Tribunales*, núm. 5, 1923, pp. 68-70.

(43) GONZÁLEZ DEL ALBA, P., «El juicio oral y público. Reformas orgánicas en el personal», *RGLJ*, núm. XLVIII, 1876, pp. 41-56, enumeró ejemplos de mala práctica judicial que, en principio, podrían resolverse gracias a la oposición.

La situación política marcó este ámbito judicial como al resto. El D. de 8 de mayo de 1873 dispuso que los juzgados de entrada se proveerían en aspirantes a la Judicatura y en jueces cesantes de igual categoría (art. 1). No bastaban estos criterios generales, pues para cada categoría se fijaban diferentes reglas (44). La categoría del juzgado inferior, e incluso su ubicación geográfica, marcaban ese primer destino. Es indiscutible que en estos juzgados de entrada confluía falta de experiencia (45), sin duda de formación, y juventud en la mayoría de los casos.

Por otra parte, en la Ley 56/1961, de 22 de julio, sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer, establecía en su artículo 3.1 que «en las mismas condiciones que el hombre, la mujer puede participar en oposiciones, concursos-oposiciones y cualesquiera otros sistemas para la provisión de plazas de cualesquiera Administraciones públicas», pero, a continuación, excluía a las mujeres de las Fuerzas Armadas, la Policía y la Guardia civil, por un lado, y, por otro, de «la Administración de Justicia en los cargos de magistrados, jueces y fiscales, salvo en las jurisdicciones tutelar de menores y laboral» (46). Esta limitación acabó por ser suprimida a través de la Ley 96/1966, de 28 de diciembre, justificándolo en que aquella excepción respondió, «no a la idea de una falta de capacidad o responsabilidad de la mujer para desempeñar tales cargos, sino más bien a una protección de sus sentimientos ante determinadas actuaciones que el cumplimiento del deber haría ineludibles», restricción que un quinquenio después se estimaba superada «por la propia realidad social y porque la mujer que se sienta llamada al ejercicio de la función judicial habrá de encontrar en ella ocasiones de satisfacer su vocación, que la compensarán de las aflicciones que pueda depararle» (47). Lo cierto es que, a pesar de lo plasmado en esta ley, hasta 1972 no ingresó en la Judicatura la primera mujer, ni hasta cinco años después la primera jueza de primera instancia (48).

Junto o más bien frente a la oposición existió otro procedimiento de ingreso a través de los turnos, y en particular del discrecional del Gobierno, que permitieron acceder en las categorías superiores a quienes, reuniendo determinados requisitos, ejercían profesiones jurídicas, especialmente en los tribunales colegiados, salvo error mío, desde 1838, alcanzando como máximo un tercio de las plazas (49). Singularmente

(44) *Gaceta* de 9 de mayo de 1873.

(45) MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., «El juez-funcionario y sus presupuestos», pp. 50-55.

(46) *BOE* de 24 de julio de 1961.

(47) *BOE* de 29 de diciembre de 1966.

(48) En 1972 María Jóver Carrión aprobó las oposiciones a juez comarcal, pero no fue hasta la Orden de 13 de junio de 1977 por la que se aprobó la propuesta del Tribunal calificador de las oposiciones a ingreso en la Escuela Judicial, cuando ingresó en ella la primera mujer con el número 15 de su promoción. *BOE* de 17 de junio de 1977.

(49) El R. D. de 29 de diciembre de 1838 fijó los requisitos (calidades) para nombramientos y ascensos de promotores fiscales, jueces de primera instancia, fiscales y magistrados de las Audiencias territoriales, o como se manifestaba en la rúbrica «estableciendo reglas para mejorar la condición de los magistrados y jueces». Para obtener el nombramiento real con destino a juzgados de primera instancia de entrada, esto es, para el escalón judicial inferior, se propondrían, en primer lugar a quienes hubieran servido por dos años «con buena nota» una promotoría fiscal; y en su defecto, a los que reuniendo los requisitos para ser promotor fiscal los hubieran desempeñado durante un lapso temporal de cuatro años. Tratándose de un juzgado de ascenso, los requisitos temporales de servicio en las anteriores plazas o actividades se incrementaban, al exigirse el desempeño de un juzgado de entrada durante un trienio; o de una promotoría fiscal durante cinco años; u ocho años para quienes reunieran tan solo los requisitos del artículo 1, con el matiz de que «si la abogacía se hubiese ejercido con crédito en los tribunales superiores, bastarán siete años de ejercicio». Y así sucesivamente.

del cuarto se convirtió en medio predilecto de acceso para quienes no habían ingresado en la carrera por el escalón inferior mediante oposición, como se plasmó en los arts. 133, 136 y 144 de la LPOPJ. Tanto en un caso como en otro se buscaba de consolidar la Judicatura como un cuerpo profesional y técnico.

Al inicio de la Restauración, uno de los RR. DD. de 23 de enero de 1875 ratificaba el cuarto turno en las categorías superiores para quienes no fueran jueces. Pero esta vía de acceso fue objeto de numerosas críticas y propuestas de supresión por los abusos ministeriales que se hicieron de él ya desde 1879, pero la Ley adicional de 14 de octubre de 1882 en sus artículos 40 a 42 regulaba la provisión de las vacantes de acuerdo con el sistema de turnos, otorgando una amplia discrecionalidad al Gobierno para cubrirlas: las vacantes de los juzgados de entrada serían proveídas de acuerdo con los tres turnos ordinarios, a los que se sumaba una vía para los cesantes y un turno para abogados, quedando más abierta las posibilidades en las categorías de ascenso y término. En virtud del R. D. de 22 de diciembre de 1902 se abandonó, con algún matiz, el sistema de turnos, en particular el cuarto que desaparecía, pues había que ubicar a los excedentes de Ultramar (50). El cuarto turno se volvió a abrir por R. D. de 21 de noviembre de 1904, se cerró por otro de 24 de enero de 1905 y se confirmó su desaparición por el de 30 de marzo de 1915.

En 1985 se volvió a reactivar, buscando «entre la carrera judicial y el resto del universo jurídico la ósmosis que, a buen seguro, se dará cuando se integren en la Judicatura quienes, por haber ejercido el Derecho en otros sectores, aportarán perspectivas diferentes e incorporarán distintas sensibilidades a un ejercicio que se caracteriza por la riqueza conceptual y la diversidad de enfoques» (51).

A mi juicio el cuarto turno, y más concretamente el acceso al mismo por parte de abogados, plantea una diversidad en el modo de fundamentación que puede plasmarse en la resolución motivada: los abogados argumentan de ordinario «a favor» de sus patrocinados y «en contra» de la parte opuesta, mientras que los jueces lo hacen «entre» los razonamientos de unas y otras partes. No solo se trata de un proceso cognoscitivo e interpretativo de la ley, sino de racionalidad o mentalidad para exponer los fundamentos que motivan el fallo.

Existieron, a mayores, otras vías de acceso mediante la legitimación ministerial por decreto en los casos de quienes asumieron durante los prolíficos pronunciamientos del siglo XIX la judicatura en determinados lugares. Una vía de hecho por la que, en diferentes ocasiones, los beneficiados acabaron por ver legalizada su situación como jueces de primera instancia, como ocurrió tras el levantamiento progresista de 1840 (52).

2. EL INTRINCADO CAMINO DE LA PROMOCIÓN DEL JUEZ-FUNCIONARIO

La oposición, o más bien su consolidación, también conllevó la desaparición de las cesantías, institución emblemática del siglo XIX de la cual se sirvieron todos

(50) *Gaceta* de 24 de diciembre de 1902.

(51) Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *BOE* de 2 de julio de 1985.

(52) Sobre lo sucedido en 1840, ORTEGO, P., *Inamovilidad*, *op. cit.*, pp. 95-96.

los gobiernos para apartar a los jueces ideológicamente contrarios, quienes al igual que otros funcionarios mantuvieron su condición a cargo del presupuesto, pero sin ejercer las funciones que les correspondían. Cada cambio en el ejecutivo conllevaba el de unos cesantes por otros. Diferentes disposiciones normativas, incluidas las presupuestarias, consiguieron paulatinamente su desaparición concluyendo aquella centuria. No obstante, prevaleció el procedimiento de traslado como mecanismo que servía para conseguir el mismo objetivo que las cesantías (53). En cualquier caso, desde la década de 1890 se fue ajustando el número de jueces al de juzgados y dejaron de existir juzgadores que no juzgaban por (arbitraria) decisión ministerial.

El pretendiente y, más tarde, el opositor que hubiera resuelto satisfactoriamente el procedimiento de ingreso accedía al ejercicio –verificados los trámites de toma de posesión– por un juzgado de primera instancia de entrada y, a partir de ahí, o bien una carrera de obstáculos (políticos) o una promoción de destino y/o categoría fulgurante. Todo ello con independencia de los famosos informes que registraban sus propias actuaciones procesales y extraprocesales (54).

Superada la fase de aspirante comenzaba la verdadera «carrera», en la que como en otras se podían estancar en cualquier nivel o llegar hasta la cabeza del Tribunal Supremo. Para unos, los adictos política o ideológicamente, la carrera resultó fulgurante y sin obstáculos, mientras que para otros se convirtió en un «martirologio judicial» (en expresión de Romero Girón) por la amplia discrecionalidad del ministro correspondiente (55).

El proyecto de ley presentado por Lorenzo Arrazola en noviembre de 1850 preveía que los nombramientos de jueces y magistrados fueran «de escala y de libre provisión», con la consiguiente repercusión sobre los ascensos: rigurosa antigüedad y libre provisión (56). Poco después, las posibilidades se fueron enmarcando, y el R. D. de 7 de marzo de 1851 fijó un complejo procedimiento para las propuestas de plazas de magistrados de los tribunales y de jueces de primera instancia, de manera que para estos últimos se fijaron series de seis vacantes y tres

(53) ORTEGO, P., *Inamovilidad*, op. cit., pp. 399, 404, 407 y 416.

(54) Quienes hayan consultado los libros-registro de informes habrán podido comprobar cuántos jueces recibieron prevenciones y multas sin que, a la postre, hicieran demasiada mella en su hoja de servicios; y habrán observado que las demostraciones realizadas a los jueces de primera instancia poca eficacia tenían, bien porque a través de la vía de equidad se les alzaban al resolver los recursos presentados por los sancionados, bien porque sencillamente no se tenían en cuenta. Johannes-Michael SCHOLZ, «La compétence judiciaire. Sur l'histoire contemporaine de la justice espagnole», en Johannes-Michael Scholz (coord.), *El tercer poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Klostermann, Frankfurt am Main, 1992, pp. 297-348. Como destacó SERRANO GONZÁLEZ, A., «Chocolate a la española: formación y afección de jueces en el siglo XIX», en Aldo Mazzacane y Cristina Vano (coords.), *Università e professioni giuridiche in Europa nell'Età liberale*, Jovene Editore, Nápoles, 1994, pp. 423-462, en concreto pp. 443-447, fabrican una vida administrativa de los jueces y narrativa de su entorno más inmediato, nunca de la justicia. Sirviendo tales expedientes no para un arreglo planificado de la misma, sino que son elementos para «hacer arreglos», en suma, «una grotesca inversión documental de la decisión jurídica». Julia SOLLA SASTRE, *La discreta práctica de la disciplina. La construcción de las categorías de responsabilidad judicial en España, 1834-1870*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2011, *passim*. ORTEGO, P., *Inamovilidad*, op. cit., *passim*.

(55) Enumerando algunos ejemplos. *Diarios de Sesiones de las Cortes. Senado*, Legislatura de 1887, tomo VI, n. 110, 7 de junio de 1887, pp. 2337-2338.

(56) *Diario de sesiones de las Cortes. Senado*, Legis. 1850, tomo único, n. 9, 23 de noviembre de 1850, p. 68 y apéndice primero. *Gaceta* de 3 y 5 de diciembre de 1850.

turnos para cesantes, de ascenso y de nueva entrada, con un amplio margen de discrecionalidad del Ministerio (57). Los turnos fijados fueron matizados en años sucesivos.

En los ascensos no siempre se preceptuó que fuera el más antiguo en la categoría inferior, sino que los turnos facilitaron mayor discrecionalidad ministerial bajo el argumento de la experiencia adquirida. Hasta la promulgación de la LPOPJ, la aplicación del criterio de antigüedad para promocionar de categoría era admitido por unos, pues defendían que se trataba de una medida objetiva que evitaba el favoritismo político, mientras otros lo rechazaban por cuanto entendían que podía llegar a producir situaciones injustas al permitir ascender a cualquier juez, con independencia de que sobre ellos hubieran recaído demostraciones por su mala administración de la justicia, o por entender que favorecía a los que hubieran sido designados por gobiernos anteriores de ideología contraria. Para salvar este problema, la LPOPJ trató de conciliar la antigüedad y el mérito para ascender en todos los grados de la jerarquía judicial. Problema de índole política que se puede atestiguar acudiendo a las fechas insertas en los escalafones y vinculándolas a los acontecimientos políticos trascendentes ocurridos en España. En cualquier caso, antigüedad, inamovilidad y oposición fueron elementos interrelacionados y claves en la configuración interna de la jerarquía judicial, campo en el que la primera jugaba contra la discrecionalidad ministerial, y la valoración exclusiva del mérito a su favor. Asunto al que habría que sumar la situación de los cesantes por motivaciones políticas y su reincorporación, como se puso de manifiesto durante la Restauración.

La provisión de juzgados de ascenso y término se haría con jueces activos de la categoría inmediatamente inferior mediante los cinco turnos prevenidos en el artículo 128 de la LOPPJ, y dos con cesantes que hubieran desempeñado juzgados de igual categoría, de conformidad con la disposición transitoria octava. El D. de 8 de mayo de 1873 determinó que los juzgados de ascenso se proveerían en jueces de entrada activos o cesantes, y los de término en jueces de ascenso activos o cesantes (art. 1). Desde el R. D. de 12 de marzo de 1889 se puede distinguir los turnos de mérito y los discrecionales en manos del ministro. Para limitar la facultad ministerial, el R. D. de 14 de octubre de 1901 estableció requisitos más objetivos que intentaban fundarse en hechos concretos, contrastables y excepcionales (58). A partir del R. D. de 22 de diciembre de 1902 quedó fijado el ascenso por rigurosa antigüedad en la categoría como principio ordinario.

Turnos y vacantes estuvieron estrechamente unidos, aunque en ocasiones no se hablara de los primeros. De acuerdo con el D. de 23 de julio de 1935, de cada cuatro vacantes que se produjeran en las distintas categorías se cubrirían la primera, segunda y cuarta con el funcionario que ocupara el número uno en la escala de la inmediatamente inferior, y la tercera, con el de la misma que contara con más antigüedad de servicios efectivos en la carrera judicial, evitando situaciones un tanto

(57) *Gaceta* de 13 de marzo de 1851.

(58) «Las propuestas en favor del ascenso de los funcionarios de la carrera judicial y fiscal se basarán en hechos concretos, que demuestren, en quien los haya realizado, méritos verdaderamente excepcionales, que excedan al estricto cumplimiento del deber, expresándose de una manera clara en la comunicación que se eleve al Ministerio». *Gaceta* de 15 de octubre de 1901.

peculiares (59). Lo que confirmó el D. de 8 de febrero de 1946 que vino a aprobar el Reglamento orgánico de la carrera judicial (60).

Los obstáculos que se presentaban a lo largo de la carrera fueron variados y acabaron por acumularse. En primer lugar, las asimilaciones entre categorías de jueces y fiscales; en segundo lugar, sobre todo, las asimilaciones entre cargos ministeriales y categorías judiciales. La primera asimilación facilitó la estrecha relación entre Judicatura y Ministerio fiscal, incluso con relación a las oposiciones. Así, por ejemplo, el D. de 8 de mayo de 1873 permitía pasar indistintamente de una a otra carrera por traslado o ascenso cuando no hubiera candidato en la propia carrera (art. 10) (61). En 1875 se prefería emplearlos primero en la carrera fiscal para que fueran íntegros, celosos, de porte decoroso, etc. (62). Por tanto, a mi juicio el paso previo por la fiscalía servía para formarles en el debido respeto y cumplimiento de cuanto dispusiera la superioridad, léase ministro de Justicia (63). Una regulación, la legal de 19 de agosto de 1885, vino a unificar las carreras judicial y fiscal, que sustancialmente era lo que existía (64), permitiendo situar a numerosos fiscales por delante de muchos jueces, sin perjuicio de haber ingresado unos y otros por oposición, según delatan los escalafones que se fueron publicando. En 1926 se procedió a separar ambas carreras al aprobarse por decreto el Estatuto del Ministerio fiscal (65). Los afectados optaron en gran número por este último, lo que obligó a reforzar la cifra de jueces a pesar de la reducción que se había verificado en el de juzgados.

Por su parte, la asimilación entre oficiales de la estructura de la sede ministerial de Gracia y Justicia con categorías judiciales y fiscales afianzará, todavía más, tal carácter funcional del juez (66), al poder pasar desde la administración a la judicatura y viceversa. Con el D. de 3 de julio de 1869, sin embargo, cesaron estas

(59) *Gaceta* de 25 de julio de 1935: «Reducidas a una las tres categorías de jueces y a otra las cuatro de magistrados, aparte de las del Tribunal Supremo, se ha podido dar y se ha dado con excesiva frecuencia el caso de que un magistrado recién ascendido a esa categoría haya obtenido los puestos más codiciados de la carrera o haya presidido a funcionarios dignísimos que, con muchos más años de antigüedad que aquél, han tenido que pasar por tal sonrojo, por no tener valedores o carecer de aptitudes para la intriga».

(60) *BOE* de 5 de marzo de 1946.

(61) *Gaceta* de 9 de mayo de 1873.

(62) Proyecto de ley, presentado por el Sr. Ministro de Gracia y Justicia (Cristóbal Martín de Herrera), organizando las carreras judicial y fiscal, *Diario de sesiones de las Cortes. Senado*, n. 83, 13 de noviembre de 1876, apéndice tercero.

(63) Así, por mano de Cristóbal Martín de Herrera, *Diario de sesiones de las Cortes. Senado*, Legis. 1876, tomo II, n. 83, 13 de noviembre de 1876, p. 1278 y apéndice tercero; *Gaceta* de 15 de noviembre de 1876, con una rectificación del día siguiente que afecta al artículo 1; y, *RGLJ*, núm. IL, 1876, pp. 456-468. Se dispuso que al opositor que hubiera superado las pruebas de acceso a la Judicatura primero «se les empleará en el ministerio fiscal, en cuyo ejercicio se probará si son íntegros, celosos, de costumbres puras, de porte decoroso».

(64) *Gaceta* de 22 de agosto de 1885. Sobre esta disposición, SOLLA SASTRE, M.ª J., «Una norma, dos magistraturas, tres escenarios: La Ley de 19 de agosto de 1885 sobre unificación de la carrera judicial en la Península y en Ultramar», en Alejandro Guzmán Brito (coord.), *El Derecho de las Indias Occidentales y su pervivencia en los Derechos patrios de América. Actas del XVI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Ed. Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2010, t. I, pp. 405-423.

(65) *Gaceta* de 23 de junio de 1926.

(66) ORTEGO, *Inamovilidad*, p. 51. Aun cuando hubo alteraciones sobre la aceptación y el rechazo de las asimilaciones. Así, los RR. DD. de 10 de junio de 1851 y 2 de noviembre de 1853.

asimilaciones entre jueces y funcionarios del Ministerio de Gracia y Justicia (67), que se retomaron por el D. de 17 de enero de 1884 (68), hasta que finalmente desaparecieron en 1900. A ello puede agregarse el hecho de que algunos jueces fueron designados para cargos administrativos y/o políticos, no solo en el ámbito funcional del Ministerio de Gracia y Justicia, sino en otros ramos y niveles, regresando a la Judicatura una vez cesados en ellos.

Los escalafones que se publicaron, con ciertas lagunas, a partir de 1852 permitieron una mayor publicidad sobre la progresión interna de los jueces. En realidad, el escalafón es un «acto administrativo sin relieve» (69), pero marca o abre posibilidades para numerosos procedimientos, como los ascensos, al conocer la antigüedad de cada cual en la carrera y en la categoría. Se entendió que esta publicidad limitaba o restringía la discrecionalidad de los ministros, al tener que justificar sus decisiones sobre estos listados y las fechas que en ellos figuraban en cada uno de los enumerados. Sobre la importancia de los escalafones, cabe recordar una frase del abogado y diputado Pablo Castellanos, cuando manifestaba que prefería «jueces de carrera y no a la carrera» (70).

Sin entrar en todo el desenvolvimiento normativo del siglo XIX, baste señalar que en octubre de 1865 se determinó que ningún funcionario tuviera mayor o menor categoría que la que correspondiera al cargo que ejerciera, de manera que era el juzgado de destino el que marcaba la categoría de quien lo desempeñara (71). Lo difícil fue determinar si el ascenso era una necesidad impuesta por la propia estructura judicial o un estímulo para recompensar el esfuerzo (72).

Por R. D-L. de 15 de agosto de 1927 se procedió a la reordenación, básicamente personal y salarial, de las categorías judiciales que pasaron a ser «meramente personales» (73). El argumento para decretar tal medida, que también se adoptó durante la II República, era permitir una mayor estabilidad en los juzgados y, por tanto, distinguir a los miembros de la carrera judicial no por las categorías

(67) *Gaceta* de 4 de julio de 1869. En palabras de SERVÁN, C. «Configuraciones y desfiguraciones de la Justicia bajo el constitucionalismo de 1869», en Marta Lorente Sariñena (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, CGPJ, Madrid, 2007, pp. 365-395, este decreto «no destaca por la parte de la Constitución que aplica sino, precisamente, por la que deja inoperante».

(68) *Gaceta* de 20 de enero de 1884.

(69) *Boletín Oficial del Ministerio de Gracia y Justicia*, núm. II, 1852, pp. 82-91 y 106-113. R. O. de 14 de febrero de 1852. *Gaceta* de 16 de febrero de 1852. VILLACORTA, F., *Profesionales y burócratas*, op. cit., p. 70. SERRANO GONZÁLEZ, A., «Categorías en la magistratura: honores y escalafones en el siglo XIX español», en Lorenzo Martín-Retortillo Baquer (coord.), *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*. *Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 2077-2093.

(70) «Nosotros sí queremos magistrados y jueces de carrera; no los queremos a la carrera, sino que los queremos de carrera y profesión. No queremos ninguna magistratocracia que esté absolutamente al margen del país». *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, n. 109, 13 de julio de 1978, p. 4250.

(71) *Gaceta* de 15 de octubre de 1865.

(72) BECEÑA, F., *Magistratura y justicia: Notas para el estudio de los problemas fundamentales de la organización judicial*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1928, pp. 402-403.

(73) El argumento para adoptar tal medida, que también se adoptó durante la II República, era permitir una mayor estabilidad en los juzgados y, por tanto, a distinguir a los miembros de la carrera judicial no por las categorías tradicionales, sino por su salario, respetando la doble de magistrado y juez. *Gaceta* de 17 de agosto de 1927.

tradicionales, aunque respetando la doble de magistrado y juez, sino por su salario. En el mundo judicial comenzaba a asentarse la idea de que el régimen de categorías estaba «abiertamente reñido, pues, con la naturaleza de la función» (74). Tras el cambio de régimen, el D. de 20 de abril de 1932 determinó que la «categoría personal administrativa» sería «independiente de la señalada a los juzgados por nuestras leyes orgánicas», aunque matizando tal declaración para los juzgados que tuvieran gran volumen de asuntos (capitales y ciudades con más de diez mil habitantes) (75). Por D. de 3 de mayo de 1932, en relación con el artículo 46 de la Ley adicional a la orgánica del Poder judicial, los funcionarios de la carrera judicial, con excepción de los magistrados del Tribunal Supremo, presidentes de Sala de dicho Tribunal y presidentes de las Audiencias territoriales de Madrid y Barcelona, se agruparon en dos únicas categorías, cuyas denominaciones fueron magistrados de Audiencia y jueces de primera instancia e instrucción, pero dentro de estos continuaron existiendo tres categorías salariales, a pesar de la pretensión de reducir a una las tres de jueces y a otra las cuatro de magistrados, aparte de las correspondientes al Tribunal Supremo (76). Esta reducción de categorías fue ratificada por D. de 2 de junio de 1933 (77). Se justificó esta medida porque tanto los jueces como los magistrados desempeñan la misma función, juzgar y ejecutar lo juzgado, con independencia de que su posición y preeminencia no sea la misma. Este decreto fue derogado por el posterior de 23 de julio de 1935, que estableció nueve categorías y fijó el salario correspondiente a cada una de ellas, retomándose la tradicional para los jueces de entrada, ascenso y término, permitiendo ascensos de sueldo (en la misma categoría) y ascenso de sueldo y categoría (a la superior) (78). El Reglamento Orgánico de la carrera Judicial de 1956 conservó las nueve categorías, la primera reservada para el presidente del Tribunal Supremo y la última para los jueces de primera instancia e instrucción de entrada. Algunos destinos, como las presidencias de las Audiencias o las magistraturas del Tribunal Supremo, se mantuvieron dentro de la libre designación del Gobierno.

De un modo o de otro, por diversos vericuetos (turnos en las categorías y asimilaciones de funcionarios ministeriales), antes y después de 1870, se podía favorecer a los jueces afines o postergar a los adversarios. Resulta manifiesta la divergencia entre los procedimientos ministeriales, es decir, la práctica política, y los principios constitucionales, singularmente el de inamovilidad. La meritocracia política, conseguida por los servicios prestados al partido gobernante, aunque de duración temporal, muestra la recompensa servicial. Durante el siglo XIX, el cambio de cesantes por

(74) ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «El juez, la ley y la jurisprudencia», *op. cit.*, p. 36.

(75) «La división de los jueces de primera instancia e instrucción en tres categorías correlativas a la clasificación de los juzgados, obliga a los funcionarios de la carrera Judicial a sufrir traslados sucesivos y penosos, apenas compensados con el aumento de retribución que supone el ascenso de una a otra categoría. La organización actual impide, sobre todo en las categorías de ascenso y término, la permanencia de los jueces al frente de los mismos juzgados; permanencia que si bien no debe prolongarse con exceso, tampoco debe ser tan breve que impida conocer las peculiaridades de cada región, su espíritu y costumbres y hasta la idiosincrasia de sus moradores». *Gaceta* de 22 de abril de 1932.

(76) *Gaceta* de 8 de mayo de 1932.

(77) Se ratificaron las dos únicas categorías: magistrados y jueces de primera instancia e instrucción. Con respecto a estos últimos desaparecía, al menos legalmente, la clasificación tradicional. *Gaceta* de 4 de junio de 1933.

(78) *Gaceta* de 25 de julio de 1935.

cesantes o la pretendida reparación de aquellos, devenía en nuevos favoritismos y el acrecentamiento de la bolsa de jueces defenestrados e inactivos. En todo caso, antes y después, los jueces fueron y tuvieron amigos políticos (79), porque también fueron y tuvieron enemigos políticos (80).

A. Principios constitucionales y realidad

Se apuntó que la diferencia entre cualquier funcionario del orden administrativo y del judicial estaba en que estos últimos eran inamovibles, pero la realidad mostró que también estuvieron sometidos a traslados involuntarios, a pesar del repetido y proclamado constitucionalmente principio de inamovilidad, porque durante el siglo XIX y parte del XX, sin excepción, la presión partidista, múltiple o única, sobre los jueces estuvo presente de continuo. La inamovilidad fue un problema/asunto de historia política más que jurídica, aunque también lo fuera, mostrando el triunfo de la partidocracia incluso por encima de las disposiciones constitucionales y legales hasta finales del siglo XIX (81).

En esta «carrera» los jueces estuvieron continuamente sujetos a alteraciones normativas que afectaron en particular a la inamovilidad pues, hasta 1870 y, más en concreto, hasta 1889 fue una concesión graciosa y nominal (personal) otorgada por el ministro de Gracia y Justicia, bien directamente, bien a través de alguna de las comisiones o juntas de calificación o clasificación que se crearon para tal menester. La oposición trastocó todo, incluido la aplicación casi exacta del principio constitucional, perfilando los ascensos y promociones mediante la aplicación del criterio de antigüedad. El D. de 23 de enero de 1875 fue terminante en este aspecto, pues mediante esta concesión se les hacía «especial y nominalmente declarados inamovibles». Con posterioridad, en la línea de la LPOPJ y del D. de 24 de septiembre de 1889 se dictaron varias sentencias por el Tribunal Supremo determinando la inamovilidad general de todos los hubieran ingresado tras su entrada en vigor y con arreglo a sus preceptos. El D. de 1889 y la STS 37/1891, de 4 de febrero aclararon el panorama: los anteriores al 15 de septiembre de 1870 lo eran, los posteriores, no (82). Hasta el R. D. de 30 de marzo de 1915, con el antecedente del decreto Canalejas, la inamovilidad no tuvo carácter general por el hecho de ingresar en la Judicatura (83). El cambio, a pesar del procedimiento de las traslaciones, supuso un paso sustancial.

(79) FIESTAS LOZA, A., «Justicia y amigos políticos en el siglo XIX», en Javier Alvarado (coord.), *Poder, economía, clientelismo*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 233-255.

(80) Es conocido este suelto publicado en la *Gaceta* de 14 de mayo de 1838: «Todos los partidos claman contra las cesantías que hacen sus enemigos políticos, y todos, cuando llegan al poder, dejan un gran número de cesantes. Todos quieren que los magistrados sean inamovibles, cuando ni ellos ni sus amigos políticos están sentados en las sillas ministeriales; porque si llega este caso, ya se piensa de otro modo; el trasiego es permitido».

(81) Me remito a ORTEGO, P., *Inamovilidad*, *op. cit.*, *passim*.

(82) «Examen de calidades y circunstancias personales para declarar inamovibles, particular y nominalmente, a los que hubiesen ingresado antes de la Ley de 1870, exención de este requisito para los nombrados después del planteamiento de la ley», *Jurisprudencia administrativa. Colección completa de las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo*, núm. 44, 1894, pp. 50-52.

(83) *Gaceta* de 31 de marzo de 1915.

Hasta llegar a la consolidación práctica, más que constitucional y legal (84), de la inamovilidad, conviene recordar que los jueces estuvieron sometidos durante el siglo XIX a declaraciones infralegales y generales de interinidad. Se partía de un principio básico: todos los nombramientos anteriores están bajo sospecha. Sobre este argumento se procedía a la calificación de los expedientes personales y la concesión (graciosa) de la inamovilidad por decisión ministerial, a través de juntas, comisiones o consejos *ad hoc*, de manera que estos órganos están estrechamente vinculados a las declaraciones generales de interinidad (85).

Desde 1834, al menos, las declaraciones generales de interinidad iban acompañadas de un anuncio de estabilidad personal y, en consecuencia, limitada, una vez que los expedientes hubieran sido calificados y clasificados (86). La interinidad, y por tanto la excepción a la inamovilidad, se justificó no solo por los cambios políticos, sino también con la mala formación jurídica alegando la falta de capacidad acreditada para poder administrar justicia. De este modo, se defendió que tal declaración general conllevaba menos males que la perpetuidad de la que venían gozando quienes administraban justicia (87), de modo que se atendió a una evaluación individual sobre las cualidades precedentes y otras circunstancias. La mayor parte de estas decisiones fueron fruto de un efecto político de acción/reacción seguido en el tiempo de otro en sentido contrario.

Los jueces fueron sometidos a purgas o depuraciones ideológicas durante los siglos XIX y XX con cada alteración política habida en España. Sin remontarnos más atrás, en 1869, frente a lo que propugnaban (en teoría) los progresistas, la inamovilidad se consideró incompatible, como se había demostrado en momentos anteriores, con los cambios políticos profundos si se querían consolidar. Por ejemplo, en 1873 se consideró que no se podía llevar adelante la transformación que se pretendía si se mantenían jueces que procedían de épocas anteriores y si no mediaba una nueva purga ideológica. Salvo en la reciente Transición, a pesar de

(84) El artículo 222 de la LPOPJ fijó el concepto legal de inamovilidad judicial: «La inamovilidad judicial consiste en el derecho que tienen los jueces y magistrados a no ser destituidos, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causas que en este título se expresan».

(85) R. D. de 3 de octubre de 1870, por el cual se dictaron reglas para organizar la Junta de calificación de los magistrados y jueces actuales y cesantes: «Los actuales jueces y magistrados y los que se nombraren hasta el planteamiento de esta ley, no gozarán de inamovilidad mientras que no sean examinados sus respectivos expedientes, y en su virtud sean especial y nominalmente declarados inamovibles». *Gaceta* de 6 de octubre de 1870. Más tarde, el proyecto de 13 de noviembre de 1876, organizando las carreras judicial y fiscal, incidía en este aspecto: «Los actuales funcionarios de las carreras judicial y fiscal así activos como cesantes, no gozarán de inamovilidad aunque ejerzan cargos que tengan este carácter, mientras no sean especial y nominalmente declarados inamovibles en virtud de la revisión que ha de hacerse de sus expedientes personales».

(86) Por R. O. de 5 de mayo de 1834 se puso en marcha un expediente general de alcaldes mayores y corregidores, evitando dejar la decisión en manos de las Audiencias. La R. O. de 2 de octubre de 1835, dirigida a los regentes de las Audiencias, que es, en lo sustancial, un programa para depurar la Magistratura y la Judicatura y ejercer el oportuno control sobre los que se mantuvieran o accedieran de nuevo. El R. D. de 6 de octubre de 1835 sentó las circunstancias que debían reunirse para acceder a las plazas de jueces letrados y ministros togados. El R. D. de 24 de marzo de 1836 fijó el procedimiento para que los jueces interinos de primera instancia pudieran obtener la propiedad. El D. de 26 de agosto de 1836 creó una Junta para la calificación de magistrados y jueces, que fue completado con el R. D. de 22 de septiembre de ese año en aras de implantar el principio de inamovilidad. La Junta de calificación funcionó entre el 2 de octubre de 1836 y el 13 de diciembre de 1837.

(87) En este sentido se pronunció Nicolás María Garelly. *Diario de sesiones de las Cortes. Estamento de Procuradores*, Legis. 1834/35, tomo II, n. 112, 2 de enero de 1835, p. 1092.

que hoy en día se haya puesto parcialmente en duda, históricamente siempre se actuó sobre las pautas precedentes en este punto.

B. Los controles y su (escasa) efectividad

El complemento constitucional inseparable de la inamovilidad es la responsabilidad judicial, exigible en los ámbitos penal, civil y disciplinario. La Constitución de 1812 era clara en este punto: «Toda falta de observancia de las leyes que arreglan el proceso en lo civil y en lo criminal, hace responsables personalmente a los jueces que la cometieren». Las de 1837 y 1845 simplificaron esta declaración: «Los jueces son responsables personalmente de toda infracción de ley que cometan» (arts. 67 y 70). El texto fundamental de 1869 anunciaba, incluso, una ley de responsabilidad judicial (art. 98), que nunca llegó, aunque el mandato se plasmó en la LPOPJ, y por ello el de 1876 volvió a la sencillez de las dos anteriores. La Constitución de 1931 la reguló con mayor detalle y atribuyó su conocimiento al Tribunal Supremo con la intervención de un jurado especial, fijando la responsabilidad subsidiaria del Estado (arts. 99 y 106).

Con independencia de las declaraciones constitucionales, la responsabilidad disciplinaria quedó reflejada desde 1844 en las demostraciones transcritas en los libros-registros de informes, en los que, a pesar de la abundancia de supuestos se advierte una notable lenidad en la imposición de sanciones. Las disciplinarias podían levantarse o minorarse a través de la «vía de equidad», en ocasiones incluso se optaba por traslados (88), las penales escasamente se han impuesto, y de las civiles apenas hay rastro en tiempo pasados.

En el ámbito de la responsabilidad disciplinaria sí se actuó con mayor contundencia (89), tanto por comportamientos públicos como privados, aunque en muchos casos quedaran ocultos ante la comunidad mediante los procedimientos de traslado, separación o jubilaciones forzadas (90). Estas últimas se convirtieron en un mecanismo para reemplazar a los magistrados de mayor edad tachados, lo fueran o no, de conservadores, esto es, se mantuvo uno de los añejos procedimientos para buscar la homogeneidad ideológica entre los jueces y de estos con el cambio político. Resulta interesante conocer que a raíz de la Ley de jubilaciones de 1932 abandonaron la judicatura 128 jueces y magistrados (91), al tiempo que se convocaron cien plazas a través de la oposición. En los primeros años del franquismo, tras acabar la guerra y aunque se pueden establecer diferentes fases, la depuración en la carrera judicial alcanzó a 62 jueces (de unos mil jueces y magistrados a los que se abrieron 368 expedientes) (92). A estos habría que sumar los exiliados.

(88) ORTEGO, P., «Control y descontrol ministerial sobre jueces y juzgados», en particular pp. 213-214.

(89) SOLLA, M.^a J., *La discreta disciplina, op. cit., passim*.

(90) Sobre estos asuntos, véase los trabajos para la época que nos ocupa contenidos en el libro colectivo José Sánchez-Arcilla Bernal (coord.), *Control y responsabilidad de los jueces (siglos XVI-XVI)*, Dykinson, Madrid, 2017.

(91) TOHARIA, J. J., *El juez español, op. cit., pp. 194-195*.

(92) LANERO TÁBOAS, M., *Una milicia de la justicia. La política judicial del franquismo (1936-1945)*, CEC, Madrid, 1996. MADRID CRUZ, M.^a D., «Otra vuelta de tuerca. Los expedientes de revisión de depuración de jueces y fiscales entre 1940 y 1965», *Clío & Crimen*, núm. 16, 2019, pp. 275-302.

Con relación a la responsabilidad penal los resultados estadísticos son mínimos, pero muy elocuentes. De treinta sentencias condenatorias por prevaricación contra jueces durante poco más de un siglo (1883-1997), apenas tres afectaron a quienes lo eran de primera instancia (93). Lo cual permite interpretar que existe una manifiesta ausencia de corrupción en ellos (94), o un evidente corporativismo. Afirmando lo primero, pero negando lo segundo.

No puede extrañar, de acuerdo con lo expuesto páginas atrás, que durante los siglos aquí estudiados a los jueces siempre se les juzgó más por su, llamémosla, «integridad moral», que por su aptitud jurídica y de trabajo. En otros términos, se controló, sobre todo, su actividad «aconstitucional», y raramente la estrictamente procesal, salvo en supuestos clamorosos. Así pues, hallamos una exigencia de responsabilidades no solo por deficiencias o irregularidades procesales, siempre subsanables acudiendo a los recursos, sino extendida a multitud de aspectos o hechos de la vida del propio juez. Para esta tarea se crearon en todos los regímenes políticos por los que atravesó la historia de España en los siglos XIX y XX diferentes comisiones, consejos o juntas (95). Como muestra, el Consejo judicial creado en 1926 se interesaba por la vida oficial y privada de los jueces, es decir, por la «integridad de su buena fama», pues en caso contrario se constituía en tribunal de honor (96). Es decir, lo que con otro término más claro había manifestado con anterioridad la dictadura al crear la Junta organizadora del Poder judicial en 1923: la depuración.

Junto a los anteriores controles existió durante el siglo XIX otros más borrosos referidos a los reiterados conflictos de competencia con las autoridades administrativas, en los que es habitual que desde el Gobierno se conmine a la Audiencia correspondiente para que amoneste a los jueces que han actuado contra aquellas. Conminación dirigida por el ministro de Gracia y Justicia por vía de los regentes de las Audiencias. Esta intervención del ejecutivo sobre el judicial es más fácilmente apreciable en cuanto al enjuiciamiento de los asuntos contencioso-administrativos, con particular atención a las autorizaciones administrativas previas para enjuiciar a funcionarios o autoridades.

(93) RAMOS TAPIA, M.^a I., *El delito de prevaricación judicial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 544.

(94) TOHARIA, J. J., *El juez español*, op. cit., p. 192.

(95) Por citar tan solo los órganos creados durante el siglo XX con sujeción al título XVIII de la LPOJ, baste consultar el R. D. de 29 de noviembre de 1920 por el que se aprueba el Reglamento orgánico de la Inspección de Tribunales y Juzgados, suprimida por R. D. de 4 de abril de 1921, y restablecida por el de 29 de mayo de 1922. El Consejo judicial se constituyó por R. D. –con fuerza de ley– de 21 de junio de 1926, en sustitución de la Junta organizadora del Poder judicial y asumiendo las funciones de la Inspección central de la Administración de Justicia. D. de 29 de agosto de 1935 sobre la Inspección central de Tribunales. D. de 21 de agosto de 1936, de acuerdo con el cual se crearon «Juntas de Inspección de Tribunales encargadas de investigar la actitud y la adhesión al régimen de los funcionarios de la Administración de Justicia, cualquiera que sea su categoría y jurisdicción». L. de 17 de julio de 1945 que reorganizó el Tribunal Supremo y la Inspección de Tribunales, pues con respecto a esta última se señalaba que «tal como hasta hoy es llevada a cabo acusa deficiencias que pueden subsanarse mediante la creación del adecuado órgano inspector, dependiente siempre de la suprema jerarquía del presidente del más Alto Tribunal de la Nación». Su reglamento fue aprobado por D. de 11 de diciembre de 1953. Para la etapa franquista, MADRID CRUZ, M.^a D., «¿Vigilancia, control o farsa? Las tres caras de la Inspección Central de los Tribunales», en José Sánchez-Arcilla Bernal (coord.), *Control y responsabilidad de los jueces: (siglos XVI-XXI)*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 471-572.

(96) *Gaceta* de 22 de junio de 1926.

El control sobre los jueces desenvuelto desde diferentes niveles, ángulos y posibilidades no se limitó a los establecidos normativamente, puesto que la ciudadanía, especialmente en lugares pequeños –como los juzgados de entrada, e incluso los de ascenso–, conocían bien las virtudes y defectos de sus jueces, con independencia de que en estas valoraciones también estuvieran presentes en la sociedad.

III. LO ANEJO AL OFICIO Y A SU EJERCICIO

El ejercicio no siempre fue fácil, pues los jueces se vieron sometidos a críticas y necesidades. ¿Sería cierta la mala formación de los jueces o esto solo pasaba en el imaginario social o en el político (interesado)? Entre las críticas y hasta que se consolidó la oposición como procedimiento selectivo de ingreso, la opinión pública decimonónica estaba asentada la idea de que el mal abogado o con carrera no consolidada en la Abogacía estaba destinado o predestinado a la Judicatura, lo que dio lugar a que se hablara de la mala formación de los jueces desde mediados del siglo XIX (97). Una crítica que, sin embargo, se extendió al primer tercio del siglo XX, esto es, de jueces con experiencia y competencias limitadísimas que desde su primer destino iban perpetuando defectos de su formación y aprendizaje [«No vamos a negar la verdad», se llegó a afirmar (98)].

Un inciso con respecto a lo anterior. En muchas ocasiones olvidamos o postergamos la influencia que los abogados tienen tanto sobre el proceso y las decisiones judiciales, como en el mismo desarrollo de los procesos, en particular de los civiles, y las consecuencias que de ello derivan en la lentitud de la administración de la justicia. Tampoco se hace hincapié en que muchos jueces de primera instancia, en particular en sus primeros destinos, tienen delante abogados con mucha más experiencia, porque no todo es formación legal y jurisprudencial.

Entre las necesidades, las penurias de los juzgados y las personales, singularmente las salariales, pues siempre se consideró corto el sueldo y abonado con retraso (99). Cabe rememorar la R. O. de 27 de diciembre de 1851, por virtud de la cual los jueces cesaron de percibir derechos fijados arancelariamente y se les asignó sus respectivos sueldos por categorías en el Presupuesto que había de regir para el año siguiente (100). Tal falta de adecuada remuneración ocasionó durante el siglo XIX situaciones de presión por parte de caciques y poderosos, el adelantado de dinero por los oficiales del juzgado al recién incorporado, el abandono de la carrera, etc. Durante la dictadura de Primo de Rivera –por D. L. de 15 de agosto de 1927 se procedió a la reordenación, básicamente personal y salarial, de las categorías

(97) GÓMEZ DE LA SERNA, P., «Sobre la inamovilidad judicial y oportunidad de declararla», *op. cit.* y «Sobre la manera de proveer los cargos judiciales», *op. cit.*

(98) BECEÑA, F., *Magistratura y Justicia*, *op. cit.*, p. 323.

(99) Junto con la escasez de sueldos fue común la tardanza e irregularidad en su cobro, con los consiguientes problemas familiares, de presencia social y, por supuesto, de traslados. SCHOLZ, «Rendre justice», pp. 364-366.

(100) «En los presupuestos que han de regir en el año próximo de 1852, se ha señalado a los jueces de primera instancia de término el sueldo anual de 20.000 reales; a los de ascenso el de 16.000, y el de 12.000 a los de entrada, señalándose además para gastos de representación 10.000 rs. anuales a los de Madrid, y 2.000 a los de Barcelona, Sevilla, Granada y Valencia». *Gaceta* de 28 de diciembre de 1851.

judiciales— y, sobre todo, durante la II República, pasaron a recibir mayores emolumentos —por D. de 11 de enero de 1933 se aprobaron los sueldos de magistrados y jueces: noventa cobrarían 12.000 pesetas, ciento treinta y siete jueces, 11.000, y doscientos setenta y cinco 10.000; cantidades ratificadas por el de 23 de julio de 1935 (101)—, progreso que se consolidó en la etapa franquista. A lo cual no fue ajena la consideración de jueces y magistrados como élite funcionarial.

Junto con los problemas salariales, no faltaron denuncias sobre los escasos, cuando no nulos, medios materiales y personales (102). Al parecer existieron juzgados no ya sin biblioteca, pues ni siquiera tenían colecciones legislativas.

Por otra parte, la planta de los juzgados de primera instancia apenas varió a lo largo de un siglo, pues si bien se incrementó ligeramente en las capitales importantes, decreció en los partidos judiciales que lentamente se fueron despoblando. En la década de 1920 se pedía la reforma de las demarcaciones judiciales por haber quedado desfasada la de 1834 al producirse un notable desarrollo poblacional, haberse incorporado nuevos medios de transporte y comunicación, etc., por lo que se reclamaba que los juzgados se pudieran establecer en ciudades con notable vida y posibilidades de desenvolver correctamente su trabajo, con medios suficientes, favoreciendo la responsabilidad de sus titulares (103). Por ejemplo, en 1860 había 502 juzgados; en 1861 uno más, aunque existió una reorganización entre los de ascenso y término; en 1863, 505 pues hubo una notable reorganización en las tres categorías; en 1916 existían 522; en 1932 había un total de 547; en la década de 1940 eran 554; en 1960 existían 579; en 1969 habían descendido a 495 al amparo de la reducción de partidos judiciales; y esta tendencia descendente se confirmó en 1973, con 467 juzgados de primera instancia, consecuencia de la despoblación, por un lado, y del crecimiento de las grandes ciudades y sus zonas de influencia, por otro.

Asimismo, no debemos olvidar que el número de jueces no se correspondió, durante el siglo XIX, al de juzgados, puesto que las cesantías y otros problemas, como el de los excedentes de Ultramar (104), implicaron que el número de aquellos fuera superior al de estos.

Vinculado con la planta surge otro asunto nada baladí durante el siglo XIX, y en ocasiones en el XX: la residencia efectiva del juez en la localidad sede del juzgado (105). Se impusieron sanciones por este motivo, si bien fue habitual que recayeran sobre los municipales. Pero, en la actualidad, con la nueva planta y distribución de partidos judiciales, los jueces o no residen en las cabezas de partido o tienen una amplia distancia a todos los lugares de su circunscripción, con los consabidos problemas, particularmente en lo penal (106).

(101) *Gaceta* de 25 de julio de 1935.

(102) AGUILAR GARCÍA, A., «Organización de Tribunales», *RGLJ*, núm. LXXXIV, 1894, pp. 116-131.

(103) BECEÑA, F., *Magistratura y Justicia*, *op.cit.*, pp. 397-399.

(104) ORTEGO, P., *Inamovilidad*, *op. cit.*, pp. 451-461.

(105) Algunas situaciones peculiares al respecto en BOUZADA GIL, M.^a T., «La responsabilidad disciplinaria de los jueces en Galicia según los asientos de los Libros-Registro de la Audiencia de La Coruña: 1868-1900», en José Sánchez-Arcilla Bernal (coord.), *Control y responsabilidad de los jueces (siglos XVI-XXI)*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 231-319.

(106) Dándose situaciones «un tanto peculiares» como la referida por NIETO GARCÍA, A. «La administración de justicia y el poder judicial», *Revista de Administración Pública*, núm. 174, 2007, pp. 31-47.

Anexo a la residencia se encuentran las limitaciones o restricciones acerca de sus actividades patrimoniales y de sus relaciones familiares. Como también los traslados a nuevos destinos con todo lo que ello conllevaba, o incluso el rechazo a las traslaciones a zonas en guerra, como sucedió en diferentes momentos del siglo XIX. Su destino en lugares donde los conflictos políticos o sociales fueron habituales les colocaba en tela de juicio frente a uno de los bandos, aunque en ocasiones ellos dieron pie a esta situación por sus actuaciones y filias políticas. Sobre este particular, es poco conocido el número de jueces, tanto de primera instancia, como más en concreto de los municipales, que fueron asesinados en el siglo XIX y, en menor medida, en el XX.

A la vista de estos y otros problemas complementarios, cabe plantearse si la administración de la justicia a los ciudadanos se ha resentido en estos dos siglos por un viejo mal que hoy en día todavía se da en los juzgados de primera instancia, particularmente en sedes alejadas de las capitales provinciales, incluso en localidades bastante pobladas: la inestabilidad en la titularidad de los juzgados (107). Lo cual repercute en una deficiente administración de la justicia, siendo uno de los factores coadyuvantes a la famosa, pero nunca nueva, lentitud de la misma. Se intentó resolver en el RD-L de 15 de agosto de 1927, y durante la II República. Fue habitual, no obstante, observar cómo por un mismo juzgado pasaban varios jueces a lo largo de un año, o cómo hasta la consolidación de la antigüedad como procedimiento ordinario de progresión un mismo juez podía ser designado en el plazo de doce meses para varios destinos sin solución de continuidad.

La pregunta obvia es si durante los siglos XIX y XX se administró pronta y eficazmente justicia en los pueblos. A pesar de las críticas expuestas y de lo que buena parte del imaginario social parece que consolidó en su visión sobre ella, con carácter general hay que dar una respuesta positiva, aunque con los matices expuestos y observando la evolución a lo largo de ambas centurias, pues algunos de los problemas se fueron superando, como el referido a la habitual mala formación, pero desde luego otros siguieron manteniéndose, como el de la movilidad de los titulares de algunos juzgados de primera instancia, en particular los alejados de las ciudades importantes, a lo que no resultó ajena la desatención sobre su actividad y funcionamiento por parte de los Gobiernos de cualquier signo político. Y junto a ellos los grandes desconocidos, los municipales, de los que apenas tenemos la información inserta en las disposiciones normativas y, me temo, una descripción estereotipada que, quizá, no se corresponda a la realidad o convenga realizar numerosos matices. En cualquier caso, la situación fue mejorando a lo largo del siglo XX, aunque no terminaran de solventarse todas las deficiencias en los juzgados inferiores y ni siquiera mejorara el sentir que la llamada opinión pública tiene sobre quiénes y cómo imparten justicia.

Una muestra de que la administración de la justicia impartida a los ciudadanos no interesó a los partidos políticos parlamentarios en las constituyentes –1837, 1845, 1869, 1876, 1931 y 1978– es la celeridad con la que fueron discutidos los artículos pertinentes (así el art. 117 en las sesiones de 12 y 13 de julio de 1978), o el conservadurismo de algunas de sus declaraciones mantenidas con

(107) ORTEGO GIL, P., «Control y descontrol ministerial sobre jueces y juzgados de primera instancia (1834-1902)», en José Sánchez-Arcilla Bernal (coord.), *Control y responsabilidad de los jueces (siglos XVI-XXI)*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 159-229.

muy ligeras variantes desde la época liberal, o la inclusión de aspectos más propios del desarrollo legislativo. Los que sí interesaron fueron los jueces y magistrados en cuanto de ellos dependió el resultado de las reformas legislativas de cada período ya que les competía su aplicación a los casos concretos, en especial en los ámbitos en que más interés mostraba el poder ejecutivo, como el penal o el administrativo.

Otro aspecto muy interesante y sobre el que tienen reflejo los anteriores es la delimitación del juez-funcionario y del juez-personaje, y su inserción en la comunidad (108), difícil de deslindar en una sociedad como la española, sobre todo durante el siglo XIX y, al menos, el primer tercio del siglo XX, e incluso después cuando algunos de ellos desempeñaron puestos de relevancia político-administrativa. No obstante, es lugar común hablar de la soledad del juez, y no solo en el momento de fallar como manifestación de su independencia, sino también en su vida social. Asunto clásico que tiene por finalidad evitar influencias externas ajenas a la ley sin mostrarse, por otra parte, distante de la realidad social a la que se refiere el artículo 3.1 del Código civil, porque aquella no significaba aislamiento (109). Soledad como juez y como persona, que se extendía incluso a la familia. Lo cual no impidió que, como autoridad, compartiera con otros asuntos civiles, eclesiásticos o militares, preocupaciones y, sin duda, ideología, pues difícilmente podía evadirse del entorno compuesto por los personajes que, de una u otra manera, gobernaban las poblaciones que eran sede de los juzgados. Sin menospreciar, al mismo tiempo, la soledad que vino impuesta por el rechazo de la comunidad cercana –o de las autoridades ideológicamente opuestas– por determinadas decisiones, en no pocas ocasiones incomprensibles o, lo que es más llamativo, ni siquiera leídas. Los jueces desempeñaron una tarea que requería virtudes y conllevaba sacrificios, que debían trasladar a la vida pública como a la privada (110).

Los jueces, en cuanto personajes que no solo gozan de autoridad por lo que son, sino por lo que pueden llegar a influir, se vieron presionados o colaboraron con el entorno sociopolítico en el que convivieron. Colaboraron o sufrieron con el caciquismo porque siempre estuvieron expuestos a la presión partidista, ya que no existió un órgano o institución que los protegiera ante tales presiones. No en vano tuvieron prohibida la asociación, sin perjuicio de que ellos mismos participaran en todo tipo de actividades políticas, tanto durante los procesos electorales como desempeñando cargos políticos de cualquier índole.

Sin entrar en pormenores, negar la existencia de avances sería falso, como también rebatir la continuidad de carencias y problemas. Seguimos como en los siglos XIX y XX hablando de apartar la política de los jueces, aunque con diferentes razonamientos. Quizá debiéramos separar la independencia judicial (constitucional) de la independencia (práctica) del juez. Pero mientras en el siglo XIX no se hablaba de la politización de la justicia y hoy sí se hace, antaño en realidad se ponía de manifiesto cómo los partidos politizaban a los jueces en asuntos estatutarios e

(108) Basta con leer los informes que se enviaban por parte de las autoridades de los partidos judiciales, a favor o en contra, de los jueces de primera instancia.

(109) «La soledad del juez tiene siempre el sabor del propio respeto, se asienta en la fuerza y suficiencia interiores, la produce y desea. En cambio el aislamiento es la repulsa ajena, que se apoya en la convicción de estar ante un indeseable», como afirmó COSACOV, L. L., *La peregrinación de la justicia*, Lerner Editora, Córdoba (Argentina), 1979, p. 140.

(110) BRAVO, E., *De la Administración de Justicia*, op. cit., pp. 419-420.

incluso electorales, pero no –como regla– en la resolución de los procesos civiles o penales. En la actualidad seguimos con el mismo problema al entrelazar política y justicia, pero en mi opinión no se trata de apartar a los jueces de la política, sino que los partidos se aparten de los jueces, que es el camino inverso y, posiblemente, el más efectivo. Cabe traer a colación las palabras de Beceña cuando afirmaba en 1928: «No por ser político un juez es necesariamente un mal juez», puesto que el problema se encontraba en que cuando el ejecutivo utilizaba/abusaba de la facultad de entrometerse en la aplicación del régimen estatutario de los jueces, nombrando personas no idóneas o intentando influir en o través de cualquiera de ellos, es cuando se dañaba a la justicia (111). En suma, como apuntó Jiménez Asensio, hemos tenido –y quizá tenemos– una «justicia cautiva de la política» (112), o más bien un inusitado interés de los gobernantes por el control ideológico de los jueces.

El juez acabaría por perder en el último cuarto del siglo xx el notable grado de influencia que tuvo su homónimo del siglo xix. Ya no estamos ante el personaje que tanta impronta tuvo en numerosos aspectos de la vida de los partidos judiciales y sus cabezas.

En resumen, los jueces no fueron ni son actores aislados, sino que conviven al administrar justicia con otros actores sin los cuales no podrían pronunciarse. Por tanto, ¿a quién achacar el mal funcionamiento de la justicia? Desde luego que a jueces y abogados. Pero por encima de ellos, antes y después, está el legislador.

IV. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

1. SU CARÁCTER

Azcárate sostuvo que «si la ley es la garantía del Derecho, los tribunales son la garantía de la ley», por lo cual era imprescindible que los juzgadores la aplicaran con rectitud y, en situaciones extremas, «era preferible que hubiera malas leyes y buenos jueces, que no leyes buenas y jueces malos» (113). Esta afirmación, sin embargo, fue matizada cuando la opinión pública adquirió una influencia indiscutible, pues en la mayor parte de las ocasiones los males se personificaron por la sociedad en los jueces, desconociendo que su función, ejercida con independencia, es esencial para y en la vida de las sociedades.

Tal preeminencia de la función encomendada a los jueces, y de ello dan buena muestra los discursos de apertura de tribunales, hizo que se concibiera como un sacerdocio que entroncaba con los templos de Themis y Astrea. Una idea que se retomará con notable relevancia durante los primeros años del franquismo, al concebir el ejercicio de la judicatura como un apostolado permanente (114). Poco

(111) BECEÑA, F., *Magistratura y Justicia*, op. cit., p. 405.

(112) JIMÉNEZ ASENSIO, R., «El acceso a la Judicatura», op. cit., p. 134.

(113) AZCÁRATE, G. de, *El régimen parlamentario de la práctica*, Librería de Fernando Fe, Madrid, 1892 (2.ª ed.), pp. 112-113.

(114) Expresión utilizada, aunque a otros efectos, por Vázquez de Mella: «El apostolado permanente del sacrificio no le conoció la sociedad pagana, ni fuera del Cristianismo, en los pueblos apóstatas le ha visto nadie aparecer», en *Discurso leído por el Excmo. Sr. D. Eduardo Aunós, Ministro*

después se entendió que este sacerdocio era mucho más que ejercer una función. El propio franquismo añadió a esta faceta la de milicia, lo cual no solo se entiende dentro de la ideología del régimen –no cabían jueces políticamente «asexuados» (115)–, sino también en cuanto denota disciplinarietà o sometimiento a los nuevos mandatos legales y políticos. No fue una etapa absolutamente unívoca en este ámbito, pues a lo largo de sus cuatro décadas se advierte cierta evolución al pasar de juez/sacerdote vinculado con la milicia que debe cumplir los ideales del Nuevo Estado, al juez típicamente funcionario como miembro de uno de los cuerpos de la Administración General del Estado, transformación que fue reflejo de los cambios ideológicos internos del propio régimen. Con posterioridad, en pleno tardofranquismo se mudará tal faceta por la de «misión» –aunque en 1943 ya se decía que la misión del juez es un auténtico sacerdocio–, porque,

«cuando se trate de juzgar no puede hablarse de función sino de misión: función es la acción y ejercicio de un empleo o cargo; misión es poder y facultad para desempeñar un cometido. En la labor judicial el cometido está por encima del cargo; es mucho más trascendente la misión que la función. El juez no ejerce solamente el empleo; tiene una verdadera misión que cumplir dentro la sociedad. Su actividad desborda el mero ejercicio del Derecho de un modo mecánico, para llegar a la perfección exigida por la ley orgánica de “aplicar recta, cumplida e imparcial justicia”» (116).

La apostilla final procede del juramento de los jueces plasmado en el artículo 188 de la LPOPJ, con independencia de las variaciones que se introdujeron en 1931 y 1938.

En cuanto a sus funciones me permito partir de algo que vengo repitiendo y que considero una valoración esencial: no hubo un poder judicial orgánicamente independiente, un verdadero poder político, pero sí una potestad, si se quiere poder, funcional independiente. Los textos constitucionales –los arts. 34, 35 y 36 de 1869 son quizá la mejor muestra– fueron claros: no dejan constancia explícita de dónde residía el poder judicial, pero sí que jueces y tribunales ejercían con carácter exclusivo la función de juzgar y ejecutar lo juzgado, primero y constitucionalmente hablando, en los juicios civiles y criminales, para paulatinamente ir incrementado su presencia en ciertos ámbitos materiales (contencioso, laboral), por un lado, y ver cómo se les despojaba de materias claves propias de su competencia (penal), por otro.

En cuanto a la concepción de la función jurisdiccional la redacción del *Anteproyecto de Bases para la Ley orgánica del Poder judicial* elaborado por la Comisión Jurídica Asesora en julio de 1931, base 1.^a, permite comprender la evolución

de Justicia en la solemne apertura de los Tribunales celebrada el 15 septiembre 1943, Reus, Madrid, 1943. La importancia ideológica, dentro del franquismo, de este discurso fue ampliamente destacada por CANO BUESO, J., *La política judicial del régimen de Franco (1936-1945)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pp. 163-165. Véase, asimismo, Valentín SILVA MELERO, «En torno a la función del juez en el Estado moderno», *Revista de la Universidad de Oviedo*, núm. 9-10, 1942, pp. 19-38.

(115) En expresión de ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «El juez, la ley y la jurisprudencia», *op. cit.*, pp. 34-35. Como muestra de que no lo fueron, con multitud de pasajes, BASTIDA, F. J., *Jueces y franquismo. El pensamiento político del Tribunal Supremo en la Dictadura*, Ariel, Barcelona, 1986.

(116) RUIZ-JARABO BAQUERO, F., *La Misión de Juzgar. Discurso leído en la solemne apertura de Tribunales el día 15 de septiembre de 1969*, Tribunal Supremo, Madrid, 1969, p. 18.

que se venía produciendo, al menos doctrinalmente, desde el período de entre siglos: «La Administración de Justicia es la función delegada de la Soberanía, con todos los atributos del Poder eminente del Estado, totalmente autónoma e independiente de las otras funciones del Poder y con jurisdicción plena para aplicar las leyes, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, en los casos concretos en que ellas sean negadas o indebidamente aplicadas en la vida jurídica». Una declaración que enlaza con la idea de unidad de poder y división/separación de funciones en los términos en que venía propugnándose desde finales del siglo XIX, tratando de superar la manida división clásica de poderes, y que sirvió para negar la existencia de un poder judicial orgánicamente independiente en cualquier régimen político, pues lo esencial era la delimitación clara y tajante de las funciones, correspondiendo a jueces y tribunales en exclusiva la de juzgar y ejecutar lo juzgado (117).

Hay que entender que el llamado poder judicial nunca pudo delimitar a lo largo del período aquí estudiado su ámbito funcional ni material, faceta que, en la lógica del desenvolvimiento contemporáneo, era perfectamente comprensible. No existió hasta 1978 un órgano que representara y asumiera atribuciones de ese llamado poder. Durante el siglo XIX y buena parte del XX existió un poder judicial funcional e independiente, pero no un poder judicial orgánicamente independiente de los otros dos, y en particular del ejecutivo. Ni siquiera los jueces tuvieron una institución que les amparara frente a las injerencias de los gobiernos, quedando a salvo para ciertos supuestos la vía judicial. En suma, no existió independencia orgánica, pero sí funcional.

2. CONCRECIÓN MATERIAL DE LA FUNCIÓN

Las leyes las aprueba el legislador, controlado o no desde el ejecutivo, pero al fin y al cabo a él le corresponde determinar el campo jurisdiccional de los jueces y magistrados. Así, lo amplió con la jurisdicción contenciosa-administrativa, pero también lo restringió con otras disposiciones legales, como la Ley de jurisdicciones de 1906 u otras en favor de la jurisdicción militar (118). Quizá, con matices, hubiera que hacer una consideración similar con respecto a los Tribunales de urgencia de la II República. En otros momentos los jueces ordinarios fueron privados de ámbitos materiales propios, como sucedió con el Derecho del enemigo dictado durante el franquismo (119).

El ámbito jurisdiccional encomendado a los jueces fue variando. Se consideraba que podían atenderlo sin obstáculos por su formación generalista. El artículo 1 del Reglamento de 1 de mayo de 1844 dispuso que «los jueces de primera instancia son los únicos que conocen, en sus respectivos partidos, de todos los negocios correspondientes a la Real jurisdicción ordinaria, a excepción de los juicios verbales por cantidad que no exceda de 200 rs. en los pueblos donde no reside juzgado de primera instancia». Ámbito delimitado por la vía positiva de la atribución y la

(117) Un planteamiento que, entre otros muchos, defendió ROMANÍ CALDERÓN, J., «¿Función judicial o poder judicial?», *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 35, 1927, pp. 816-823.

(118) BECEÑA, F., *Magistratura y Justicia*, op. cit., pp. 330-331.

(119) TÉBAR RUBIO-MANZANARES, I. J., *Derecho penal del enemigo en el primer franquismo*, Universidad de Alicante, Alicante, 2017.

negativa de la exclusión. Sin adentrarnos en todos los proyectos anteriores a la LPOPJ, el de 7 de enero de 1842, reproducido en 1865, establecía lo siguiente: «Art. 1. En los negocios comunes, civiles y criminales, la justicia se administrará en todo el reino y a nombre del Rey». A continuación, el artículo 2 determinaba cuáles no eran «negocios comunes» y para cuyo conocimiento habría juzgados y tribunales especiales: los que por ordenanzas del Ejército y de la Armada correspondían al fuero de Guerra y de Marina, pero solo para los militares en activo; los negocios y causas espirituales o puramente eclesiásticas; los negocios de comercio; los de minas; y, los de Hacienda, incluidos los de amortización, correos, maestrazgos, loterías y Cruzada. El D. de 6 de diciembre de 1868, de unificación de fueros simplificó y concentró tal variedad jurisdiccional, con independencia del mantenimiento de algunas especiales, disponiendo que «la jurisdicción ordinaria será la única competente para conocer» de los negocios civiles y causas criminales, de extranjeros, negocios de Hacienda, contrabando y comercio (120). Y la jurisdicción ordinaria correspondía a los jueces y magistrados designados por el ministro de Gracia y Justicia.

Esto por lo que respecta a sus funciones propias, las judiciales, porque desde el siglo XIX fueron asumiendo otras que podríamos llamar «aconstitucionales». Sobre algunas se discutió su verdadera naturaleza: participación en la subasta de bienes nacionales, presidencia de las mesas electorales (121), etc. Los jueces se han movido, pues, entre las limitaciones constitucionales, tanto de índole positiva como negativa. La separación funcional en materia judicial sí se dio y se mantuvo, aunque jueces y tribunales acabaran por asumir otras tareas al margen de la declaración (prohibición) constitucional de que solo podían juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. A diferencia de los proyectos que la precedieron, la LPOPJ fue más sutil –pues se habían aprobado algunas leyes en 1870 que atribuyeron funciones diversas a los jueces en ámbitos al margen de los estrictamente judicial– y reconoció en su artículo 3 esta situación: «Los jueces y tribunales no ejercerán más funciones que las expresadas en el artículo anterior “y las que esta u otras les señalen expresamente”». Incluso el artículo 117. 4 de la Constitución de 1978 lo vuelve a declarar: «Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior –el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, según las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan– y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho».

Resulta interesante comprobar cómo durante el franquismo, incluso con posterioridad, los jueces han participado, como tales, en organismos autónomos y entes o corporaciones de Derecho público cuyas materias competenciales eran la concentración parcelaria, protección de menores, jurados provinciales de estimación, Escuela Judicial, contrabando y defraudación, expropiación forzosa, Tribunal

(120) Proyecto de Ley sobre arreglo y organización de los tribunales, leído en el Senado por el señor ministro de Gracia y Justicia en la sesión del día 7 de enero de 1842. *Diarios de sesiones de las Cortes. Senado*, Legis. 1841/42, tomo único, n. 4, 7 de enero de 1842, p. 29 y apéndice primero. También en *Boletín de Jurisprudencia y Legislación*, núm. I, 1842, pp. 128-142 y 179-187.

(121) ORTEGO GIL, P., «¿Solo juzgar y hacer ejecutar lo juzgado? Entre principios constitucionales y actividades políticas», *Cuadernos de Historia del Derecho*, núm. 29, 2022, pp. 312-375.

arbitral de seguros, etc. (122). Más destacada fue la participación de algunos magistrados en la Comisión General de Codificación desde su creación hasta la actualidad, no como miembros del llamado poder judicial, sino como juristas de prestigio (123).

Volviendo al ámbito estrictamente judicial, hay que tener presente, sin embargo, el diferente comportamiento que las leyes procesales encomiendan al juez, desde la mayoritaria posición pasiva en el enjuiciamiento civil, por quedar en manos de los abogados, hasta el activo de buena parte del procedimiento criminal. Se achacaba que en el proceso civil apenas tenían ninguna atribución que excediera de su ordenación rituaría, y se llegó a afirmar que el juez era víctima de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881: «Parece absurdo que una ley que está en poder del juez para que la aplique e interprete, haga víctima de sus preceptos a la autoridad que tiene que aplicarla», pues «sería lo natural que el juez dominara a la Ley de procedimiento y no al contrario» (124). Pero los jueces continuaron gozando de un amplio margen discrecional (125), que solo puede ser quebrado a través de decisiones de los órganos judiciales superiores. Se pasó de un arbitrio dentro del Derecho propio del mundo judicial medieval y moderno, a una discrecionalidad dentro de la ley, pues esta no se puede aplicar miméticamente en todos los casos.

A pesar de la laguna historiográfica que existe sobre la forma de sentenciar de los jueces en las primeras décadas del siglo XIX, paulatinamente se impuso por vía legal la obligatoriedad de motivar sus decisiones (126). El R. D. de 4 de noviembre de 1838 dispuso que en las sentencias del Tribunal Supremo admitiendo o no el recurso de nulidad se expusieran «los fundamentos legales del fallo». No obstante, la doctrina se debatía, con relación a las sentencias de los jueces ordinarios (127),

(122) Orden de 24 de junio de 1967 por la que se aclaran diversas disposiciones en relación con el ejercicio por el personal de Administración de Justicia de actividades anejas a su cargo o carrera y sustituciones. *BOE* de 7 de julio de 1967.

(123) Puede servir de orientación SÁENZ DE SANTA MARÍA GÓMEZ-MAMPASO, B., *Las Comisiones de Códigos durante el reinado de Isabel II (1843-1869)*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2010, pp. 67-134.

(124) TORRES, M., *El juez español. Lo que ha sido, lo que es y lo que debe ser*, Góngora, Madrid, s/f [¿1920?], pp. 75-77. ÁLVAREZ CORA, E. *La arquitectura de la justicia burguesa. Una introducción al enjuiciamiento civil en el siglo XIX*, CEPC, Madrid, 2002.

(125) Resultan curiosos los diálogos imaginarios contenidos en BANCES, J., «Reformas de Gracia y Justicia. Bases para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil», *Revista de Derecho y Sociología*, núm. 1, 1895, pp. 211-221. Baste un pasaje: «La lectura de las bases en este punto nos hizo un efecto así como si se dijera a los jueces: “Entérense ustedes de lo que piden los litigantes; que para ver cómo lo prueban y saber si tienen razón, no sirven ustedes. De esas cosas entiende más la Audiencia”».

(126) ORTELLS RAMOS, M., «Origen histórico del deber de motivar las sentencias», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, núm. 4, 1977, pp. 899-932. Marta Lorente y Carlos Garriga, «El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489-España, 1855)», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, 1997, pp. 97-144.

(127) En materia mercantil ya lo habían establecido el Código de 1829 y la Ley enjuiciamiento sobre negocios y causas de comercio de 24 de julio 1830, a pesar de los obstáculos en su aplicación. Asimismo, se impuso al Consejo Real y a los Consejo provinciales para las sentencias que hubieran de causar estado por sus respectivos Reglamentos de 1846. Para la Real Hacienda se fijó en el D. de 20 de junio de 1852 sobre delitos de fraude y contrabando.

entre la no motivación amparada en la Novísima Recopilación (128), y la inserción de la argumentación conducente al fallo como expresión de sujeción a la ley y medio de impedir el arbitrio judicial (129). Debate que en materia penal se resolvió en la Ley de 22 de septiembre de 1848 al prescribir las reglas para la aplicación del Código penal: «Los tribunales y jueces fundarán las sentencias definitivas, exponiendo clara y concisamente el hecho, y citando el artículo o artículos del Código penal de que se haga aplicación». Su homónima de 1850 reiteró esta carga, que se trasladó al ámbito civil con la llamada Instrucción del marqués de Gerona de 30 de septiembre de 1853 en términos más amplios y tajantes: «fundarán siempre las sentencias definitivas y las interlocutorias de igual clase, cuando así lo reputen conveniente exponiendo con claridad y concisión las cuestiones de hecho y de derecho, y citando las leyes o doctrina legal en que se apoyen» (art. 68). Fundamentación que exigieron y consolidaron las posteriores leyes de enjuiciamiento civil y criminal, con separación de los hechos y de las cuestiones de derecho en pos de una decisión «lógica, legal y acertada» (130). Los aspectos formales y alcance de la motivación fueron variando a lo largo de los siglos XIX y XX. Mudanza que se aprecia no solo en la extensión de sus fundamentos jurídicos, en particular en las sentencias de los recursos de casación del Tribunal Supremo, sino en los elementos reflejados en ellas (131), porque no solo se remitieron a la ley, sino que paulatinamente fueron incluyendo referencias en sus sentencias a la jurisprudencia como argumento para fortalecer sus decisiones, en una especie de retroalimentación que permitió conocer la interpretación auténtica, por oficial, de las leyes.

El artículo 689 de la LPOPJ dispuso que «las sentencias definitivas se formularán con resultandos en que se exprese con claridad y con la posible concisión los hechos importantes que estén enlazados con las cuestiones que haya de resolver el juez o tribunal, y con considerandos en que se apliquen las leyes». Por su parte, la Ley de 28 de junio de 1933, que reformó la de Enjuiciamiento criminal, dispuso que las sentencias de los recursos de casación tendrían la siguiente forma: encabezamiento, antecedentes de hecho, motivos de casación, fundamentos de derecho y

(128) Al respecto, «Si es o no conveniente fundar las sentencias», en *Boletín de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 4, 1843, pp. 219-229. Pedro Gómez de la Serna y Juan Manuel Montalbán, *Elementos de Derecho civil y penal de España*, Imprenta de don Vicente de Lalama, Madrid, 1846 (3.ª ed.), tomo III, p. 107, mantenían con arreglo a este cuerpo legal que en la sentencia «no deben expresarse las razones que tuvo para dictarla». Frente a la ley recopilada, véase *Diario de las sesiones del Senado*, Legis. 1841, tomo único, n. 48, sesión de 12 de julio de 1841, pp. 328-329, Proyecto de ley presentado por Mauricio Carlos de Onís y Francisco Sánchez Fernández para que los jueces motivaran las sentencias que dictaran en los juicios civiles y criminales. Proyectos ministeriales posteriores también plasmaron este deber, como el de 23 de noviembre de 1850.

(129) «El dar los motivos de la sentencia prueba por lo menos un sagrado respeto a la virtud de la justicia, y una sumisión absoluta a la ley, prueba imparcialidad, prueba estudio profundo y meditado sobre el proceso y el derecho», en palabras de Fermín Verlanga Huerta, *Tratado que continuando la jurisprudencia popular sobre pleitos de menor cuantía comprende el procedimiento correspondiente a los demás negocios civiles de la jurisdicción ordinaria*, Librería de Ríos, Madrid, 1841, tomo I, pp. 246-248; que reitera en *Procedimiento en materia criminal*, Librería de Ríos, Madrid, 1842, pp. 424-427, donde aclara que «la motivación de la sentencia es la expresión de las razones y fundamentos que el juez tiene para condenar o absolver».

(130) Manuel Ortiz de Zúñiga, «Fundamentación de las sentencias», en *RGLJ*, núm. XXIX, 1866, pp. 113-126.

(131) Aunque no tardó el Tribunal Supremo en declarar que no cabía recurso de casación contra la motivación de las sentencias. Entre otras muchas, STS (Civil) 97/1861, de 15 de abril.

fallo (132). En todo caso, la extensión de las sentencias –de las que son buena muestra las del Tribunal Supremo, al menos desde la década de 1960– se fue incrementando paulatinamente, pasando apenas de uno o dos considerandos/fundamentos a un largo listado que se vuelve incomprensible para muchos de los justiciables, y que viene provocando una inflación en cuanto al número de sentencias citadas y que éstas no se limitan a las del Tribunal Supremo (133). Además, falta habitualmente diálogo con los abogados o el fiscal a través de las motivaciones, aunque en ocasiones sus argumentos sean objeto de crítica mediante diferentes fórmulas como, por ejemplo, «sin fundamento bastante», «sin fundamento suficiente» o similares (134).

Los jueces tienen muy presente desde 1974 en sus fundamentos jurídicos el artículo 3.1 del Código civil: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas». Si bien funcionalmente los jueces actúan sobre unas bases comunes, no podemos generalizar su modo de actuar y resolver, pues es preciso introducir cautelas o matices respecto a lo civil y en lo penal, por ejemplo. El reflejo de los cambios sociales, antes o después, acaban por incluirse en las argumentaciones judiciales, aunque en ocasiones se demoren (135).

Por ser la sentencia el trámite conclusivo, era esencial que el juez gozara, en ese momento más que en todo el procedimiento, de independencia. Pienso, como he manifestado en otra ocasión, que deberíamos hablar más de la independencia del juez y menos de la independencia del poder/orden judicial. Más que negar la independencia del «poder judicial» si un juez no la tiene, creo que debiera plantearse desde la del juez individualmente considerado, desde la del juez que tiene que resolver un caso concreto y que se aísla y resiste cualquier injerencia, en especial la política más cercana, la caciquil o de índole similar, es decir, del juez que cumple de forma independiente la misión constitucional de juzgar, o en otras palabras que solo está sometido a la ley. Esto es lo que más aprecia el ciudadano de a pie, porque es lo que más le afecta e interesa. Estas circunstancias no implicaron, al menos durante el siglo XIX, que al resolver sobre la propiedad de unas tierras, la

(132) *Gaceta* de 7 de julio de 1933.

(133) STS (Penal) 138/1968, de 30 de enero: «Considerando que el juez no puede utilizar en el relato de hechos, con carácter exclusivo, expresiones técnicas sustantivas, que hubiera empleado el legislador para definir el núcleo del delito, sino que debe usar conceptos de matiz vulgar fácilmente comprensibles por las personas de cultura media y no solo aprehensibles por especialistas en Derecho, pues si emplea aquel vicioso sistema, da lugar a la casación autorizada en el artículo 851, número 1.º, inciso 3.º, de la Ley procesal penal, por establecer el describir tal relato histórico conceptos que por su carácter jurídico predeterminan el fallo, pues sustituyen la narración en lo esencial y subsumen en ella la calificación posterior, que indebidamente anticipan, involucrando dos funciones diferentes y separadas, en una sola, y produciendo una lesión de derechos de las personas juzgadas».

(134) Por ejemplo, STS (Civil) 123/1905, de 29 de marzo: «no son de estimar los motivos del recurso, porque todos ellos están basados en distinta interpretación sin fundamento suficiente, que pretenden dar los recurrentes al testamento». STS (Contencioso) 856/1966, de 8 de octubre: «sin que la manifestación que más tarde realizó su abogado, sin fundamento racional alguno, y sin prueba acreditativa de ninguna clase, pueda volver a ser tenida en consideración a los efectos pertinentes de reducir la multa, impuesta proporcionalmente en la repetida valoración».

(135) MADRID CRUZ, M.ª D., «La mirada de los magistrados del Tribunal Supremo a la pornografía durante la transición española», en José Sánchez-Arcilla Bernal (coord.), *La jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente del Derecho Penal (1870-1995)*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 459-560.

resolución de un contrato o la querrela por un robo, la impronta política se trasladara miméticamente al procedimiento judicial y, en último término, al fallo (136).

En este ámbito funcional es en el que los diferentes gobiernos siempre tuvieron un resquemor hacia los jueces y tribunales, porque entendieron que para que sus disposiciones se aplicaran correctamente, en el sentido pretendido por ellos, era necesario controlar a los jueces. De ahí sus manifestaciones para ejercer ese control personal e ideológico, reproducidas insensiblemente en la actualidad (137), en ocasiones sin tener presente que los jueces aplican las leyes, buenas o malas, aprobadas por el legislador, y las disposiciones reglamentarias que las desarrollan.

3. SUJECIÓN A LA LEY

Un dato absolutamente crucial y que es preciso tener presente es que hasta vísperas de la última década del siglo XIX los jueces tuvieron que resolver conforme a una acumulación de leyes históricas en materia civil, sobre las que todavía regía la prelación de fuentes de la Edad moderna. Es cierto que en lo penal se habían promulgado códigos, pero no lo era menos el proceso de descodificación en esta rama como en otras (138). En otros ámbitos jurídicos la situación era más enrevesada. Los jueces a lo largo dicha centuria tuvieron que ir combinando la aplicación de leyes medievales y modernas con otras liberales, interesante asunto que se puede comprobar incluso con los temarios de acceso al cuerpo de aspirantes (139). A partir de 1889 para los territorios en los que regía el Código civil la situación se modificó considerablemente, porque antes existía una prelación de fuentes, pero no una verdadera jerarquía normativa (140), mientras que en los restantes se mantendría la ordenación previa. El caso de Cataluña es muestra de ello

(136) Palabras que reproduzco de «Breves reflexiones sobre la división de poderes y la administración de justicia en España durante el siglo XIX», ya citado.

(137) Para los tiempos actuales, NIETO, A., *El desgobierno judicial*, Trotta, Madrid, 2005 (2.ª ed.), pp. 113-114, ha denunciado la presión que ejerce el ejecutivo «con la inmensa fuerza de su aparato burocrático y de su potestad reglamentaria porque los jueces pueden ser potencialmente peligrosos desde el mismo momento en que pueden enjuiciar a las instituciones y a los hombres que detentan el poder».

(138) PETIT CALVO, C., «El Código inexistente (I): Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 48-4, 1995, pp. 1429-1466.

(139) Por ejemplo, *Gaceta* de 27 de julio de 1884. Entre los temas de Derecho civil: 7. De la jurisprudencia como fuente de derecho. Valor legal de las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia. 8. Carácter del Fuero Juzgo. Elementos de que consta. Idea de sus principales disposiciones. 9. Causas que determinaron la publicación de los fueros municipales. Breve reseña de los principales. Juicio crítico de los mismos. 10. Exposición sumaria de los trabajos jurídicos de don Alfonso el Sabio. 11. Elementos que entraron en la formación del Código de las Partidas. Plan y distribución de sus leyes. Su autoridad. 12. Autoridad y juicio de las leyes de Toro. 13. *Idem* de la Nueva Recopilación y de la Novísima. 11. Breve análisis de la Colección legislativa. 15. Examen de la ley 3.ª, tít. 2.º, libro 3º de la Novísima Recopilación sobre prelación de Códigos, Monumentos legales comprendidos en dicha ley. 16. Breve noticia de la legislación de Navarra. 17. Naturaleza y carácter del Fuero de Vizcaya. Su autoridad legal. 18. Legislación catalana. Fuentes de su Derecho civil. 19. Elementos de que se compone la legislación aragonesa. Decisiones del Justicia.

(140) GARRIGA ACOSTA, C., «Continuidad y cambio del orden jurídico», en Carlos Garriga (coord.), *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, Instituto Mora, México, 2010, pp. 59-106.

porque «a falta de ley municipal se observa en las provincias del antiguo Principado de Cataluña como derecho supletorio el romano y las Partidas» (141). Lo mismo ocurría con el romano en Navarra (142). Aunque no en los términos del siglo XIX, desde el primer tercio del siglo XIX se ha venido produciendo una acumulación de disposiciones por una desmedida e irrefrenable tendencia a regularlo todo, de manera que tal acervo no es histórico sino tan diverso en origen, y en algunas ramas tan circunstancial en su vigencia, que si no fuera por los mecanismos actuales de acceso a tal normativa resultaría imposible saber cuál es la disposición vigente para la resolución del caso planteado.

A pesar de estos inconvenientes, el juez ha estado sometido a la ley en abstracto y a cada una de ellas en particular. El artículo 94 de la Constitución de 1931 declaraba que «los jueces son independientes en su función» y que «solo están sometidos a la ley». El artículo 117. 1 de la Constitución de 1978 es más taxativo: «sometidos únicamente al imperio de la ley». No obstante, como veremos a continuación se plantea una duda práctica respecto de su sujeción a la jurisprudencia, y los pertinentes matices al adverbio constitucional.

Este sometimiento tuvo una manifestación primeriza desde el último tercio del siglo XIX. Resulta evidente que desde la declaración constitucional de que los jueces no podrían aplicar los reglamentos contrarios a las leyes (art. 92 de la Constitución de 1869, borrado en la de 1876; y 7.1 de la LPOPJ), algo se avanzó. Pero es preciso tener presente que este control de legalidad tuvo un alcance muy limitado –se cita en los recursos planteados ante el Tribunal Supremo, pero no fue habitualmente aceptado, aunque sí ocasionalmente y siempre por la Sala de lo Contencioso, STS 1085/1911, por ejemplo–, y el de constitucionalidad de leyes muy discutido y restringido (cuestión de constitucionalidad, art. 100 de la Constitución de 1931). En materia de derechos plasmados constitucionalmente su actuación distó mucho de la protección, al menos hasta que se plantea con éxito la cuestión social.

En ambos siglos, la sujeción a la ley por parte del juez no conoció contradicciones entre regímenes políticos. En 1943, por ejemplo, se dejaba claro que «el juez debe sujetarse a las nuevas leyes», lo que da idea del interés de las autoridades

(141) STS 6/1862, de 30 de diciembre, por ejemplo.

(142) Sirva de muestra STS (Civil) 4/1898, de 9 de abril: «Considerando que el Código civil, al disponer, como textualmente dispone en el párrafo segundo del artículo 12, que las provincias y territorios en que subsiste derecho foral lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico escrito o consuetudinario por la publicación del Código, que regirá tan solo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquellas provincias, vienen a declarar que forman el régimen jurídico que debe respetarse, tanto los preceptos escritos de sus respectivos fueros como los sancionados por la costumbre y los contenidos en lo que constituye el derecho supletorio de los indicados territorios. Considerando que siendo esto así, y hallándose conformes las partes en que por no existir en el Fuero de Navarra disposiciones relativas a la extinción de las servidumbres, se observan y aplican las del Derecho romano, que es el supletorio de dicho país...». STS (Civil) 135/1926, de 19 de noviembre: «Considerando que la legislación aplicable al presente pleito es la romana, consignada en varias leyes del Digesto sobre fuerza de ley de los contratos, la prohibición de poder ser revocado el contrato por una sola de las partes y la responsabilidad nacida de la culpa y de la mora y la irresponsabilidad del caso fortuito, por el respeto a la legislación foral que se reconoce en el párrafo segundo del artículo 12 del Código civil, por ser en Navarra el Derecho romano supletorio de su propia legislación y cuyos preceptos, en su espíritu y esencia, han sido reproducidos en los artículos 1100 a 1107 de nuestro Código civil».

franquistas –siguiendo la estela que en España podemos remontar a tiempos inmemoriales– para que los juzgadores cumplieran con los nuevos ideales más que con el tenor literal de la legislación.

4. SUJECIÓN A LA JURISPRUDENCIA

La interpretación oficial de la ley concentrada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo consolidó su importancia en la configuración del ordenamiento jurídico. En el siglo XIX se defendía, frente a algunas posturas, que solo tenía el valor de jurisprudencia la emanada de él y no la de otros tribunales (143). Sin menospreciar la importancia que tuvieron y tienen los abogados en su formación a través de las argumentaciones insertas en sus escritos sobre algunos de los pronunciamientos de los jueces y tribunales.

Aun cuando se sostiene que los jueces contemporáneos están sometidos a la ley, lo cierto es que habría que añadir o insertar «no solo a la ley», porque la jurisprudencia, la doctrina legal (144), que emana del Tribunal Supremo se convirtió en elemento clave para determinar la motivación y resolución de los jueces y tribunales inferiores. Basta repasar cualquier sentencia para comprobar, en numerosas ocasiones, que la enumeración de las dictadas por diferentes órganos judiciales es tan amplia, que la labor de algunos jueces se resume en una acumulación de fundamentos ajenos procedentes de todo el espectro de la jerarquía judicial.

Desde muy pronto los juristas contemporáneos al R. D. de 4 de noviembre de 1838 comenzaron a plantearse el valor jurídico que habrían de tener los fallos, la jurisprudencia, de la suprema instancia judicial, máxime cuando dicho decreto establecía que cabía recurso de nulidad contra la «doctrina legal infringida» (art. 7), concepto, éste último, que no aparecía definido en la disposición. Como afirmó Pacheco, «la ley y la doctrina legal no son la misma cosa: aquella está en los códigos, y la segunda en los comentadores y en la práctica», por lo que concluía que «una y otra resumen lo que se llama Derecho» (145). El inconveniente, sin embargo, era la mención expresa de esa jurisprudencia doctrinal, lo que derivó en la identificación del concepto de doctrina legal con los fallos del Tribunal Supremo.

La STS 22/1860, de 27 de marzo, dejaba claro que «las opiniones de los autores no constituyen la doctrina legal de que habla la ley de Enjuiciamiento civil ni

(143) «Confiada exclusivamente al Tribunal Supremo, y aun siendo de suma evidencia que ningún otro está facultado para crearla, debo rechazar el concepto por algunos jurisconsultos mantenido, de que todos los tribunales la establecen capaz de constituir doctrina legal, que sirva para ilustrar el criterio de cuantos intervengan en los juicios. Más de una vez ha sido forzoso rectificarlo, declarando que no constituyen doctrina legal las opiniones de los autores, por muy respetables que sean, ni la práctica de localidades determinadas, ni la que, mejor o peor derivada de la ley, crea cada uno deber invocar, puesto que la doctrina legal útil para la casación, es tan solo la establecida por el Tribunal Supremo, dada la necesidad de no dejar sin resolver cuestión alguna, en el supuesto de no existir leyes apropiadas o de ser éstas oscuras o insuficientes», en *Discurso leído por el Excmo Sr. D. Eduardo Alonso Colmenares, presidente del Tribunal Supremo, en la solemne apertura de los Tribunales*, Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1887, pp. 9-10.

(144) ALONSO COLMENARES, *Discurso*, p. 10, establecía un matiz entre ambos conceptos: «el carácter objetivo de la doctrina legal y el subjetivo de la jurisprudencia».

(145) PACHECO, J. F. *Comentario al Decreto de 4 de noviembre de 1838 sobre recursos de nulidad*, Sociedad Literaria y Tipográfica, Madrid, 1845 (2.ª ed), p. 29.

pueden servir de fundamento para el recurso de casación», añadiendo sentencias posteriores «por muy respetables que sean» (146), salvo que estuvieran basadas en la jurisprudencia admitida por los tribunales. No obstante, encontramos alguna excepción que, como tal, confirma la regla. En la STS 21/1932, de 7 de julio, leemos: «Considerando que en materia de testamentos desde *Utilaganit* de las XII Tablas hasta nuestros días, pasando por el artículo 675 del Código civil y por el tratado de *Derecho civil vigente en Cataluña*, escrito por D. Antonio María Borrell, siempre se ha entendido que la Ley suprema es la voluntad del testador». Resulta más factible comprobar cómo la doctrina académica, científica si se quiere, influye en los cambios normativos con mayor intensidad y celeridad que en los jurisprudenciales, aunque en estos también acabe por asumirse. Y a pesar de estas restricciones, los abogados continuaron citando en sus recursos obras de la literatura jurídica como apoyo de sus razonamientos, práctica habitual con relación a algunos territorios de Derecho civil especial (147).

Nabal Recio –quien fuera presidente del Tribunal Superior de Castilla y León, en una cita habitualmente recogida a través de Xiol Ríos que, a su vez, fue presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo– afirmó que la jurisprudencia «no es la creación» de la última instancia judicial, sino que «es una reelaboración que el Tribunal hace con materiales de muy diferente procedencia, con los estudios doctrinales, con sus propias resoluciones y de las de los tribunales de instancia, con alegaciones de profesionales y litigantes...» (148). Afirmación que lleva a Lorente Sariñena a poner de manifiesto que no se entienda muy bien que sean los «estudios» doctrinales los únicos privados de la identificación de su autoría en las motivaciones de las sentencias (149).

Doctrina legal diferente de la doctrina científica, por cuanto si admitiéramos que los jueces incluyeran en sus sentencias quiénes son los juristas que conforman esa doctrina científica, aspecto que no considero ni bueno ni malo y que en todo caso ayudaría a advertir una posible influencia doctrinal, sin embargo nos podría hacer retrotraer a las Edades Media y Moderna, cuando la literatura jurídica apabulló en el discurso de las alegaciones de los abogados, aunque en Castilla la falta de motivación fuera, con algún matiz en el ámbito penal, elemento estructural.

Manresa había defendido sobre este punto lo siguiente:

«La doctrina, a que se refiere la Ley –se refiere a la de Enjuiciamiento civil de 1855–, es sin duda alguna la doctrina legal, de cuya locución, como sinónima de aquella, se usa en los arts. 1014, 1016, 1025 y en otros; y por

(146) Argumento reiterado en otras sentencias, por ejemplo, STS 504/1862, de 5 de febrero; o la muy tardía STS (Civil) 406/1954, de 3 de diciembre.

(147) Véase los recursos que dieron lugar a SSTS (Civil) 183/1929, de 19 de octubre; 360/1950, de 9 de noviembre; 21/1959, de 22 de enero; 851/1965, de 10 de diciembre, entre otras.

(148) NABAL RECIO, A., «Curso sobre el recurso de casación en vía contencioso-administrativa», en *El recurso de casación. Cuadernos de Derecho judicial*, núm. 14, Madrid, 1994. Juan Antonio XIOL RÍOS, «Notas sobre la jurisprudencia», en FERRERES COMELLA, V. y XIOL RÍOS, J. A., (auts.), *Carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 81-134, la cita en p. 102; y, como ponente trasladó este pasaje al FJ 4 de la STS (Civil) 7783/2007, de 26 de noviembre.

(149) LORENTE SARIÑENA, M., «La doctrina legal y el silenciamiento de los juristas en una España sin código (1808-1889)», *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, núm. 40-1, 2011, pp. 135-175.

doctrina legal debe entenderse la que tiene, más o menos explícitamente, su fundamento y apoyo en la ley, o en las reglas del derecho; la que se deriva de estas o de aquella, como consecuencia legítima de sus principios, y bajo tal concepto está admitida generalmente en el foro, y ha llegado a constituir lo que se llama jurisprudencia. La nueva Ley no ha hecho más que sancionar lo que sobre este punto estaba ya admitido en la práctica... también lo permite por las dos (causas) la Real cédula de 30 de enero de 1855, sobre administración de justicia en Ultramar: “habrá lugar, dice en su artículo 194, al recurso de casación por violación de ley expresa y vigente en Indias, *o de una doctrina legal recibida a falta de ley por la jurisprudencia de los tribunales...*”. La doctrina infringida ha de derivarse de la ley, o de los principios del Derecho; de otro modo no podría llamarse legal, y bajo este concepto ha de estar admitida generalmente por la jurisprudencia de los Tribunales; no ha de ser la opinión particular de alguno de ellos, ni de autores determinados.... Así la doctrina legal es el complemento, la interpretación o explicación de la ley; su violación, por tanto, es, más o menos directamente, la violación de la ley misma; si no en su letra, al menos en su espíritu; y nunca es más conveniente la casación que en estos casos para evitar que se extravíe la doctrina, y para conservar en toda su pureza los principios consignados en las leyes, o en las reglas de Derecho admitidas por la jurisprudencia» (150).

La STS 2/1872, de 2 de julio, ponía de manifiesto una formulación reiterada sobre este particular: «la doctrina legal repetidamente consignada por este Tribunal Supremo de que...»; o, entre otras más, la STS 110/1874, 26 de noviembre, se amparaba en que «“la doctrina legal de jurisprudencia” repetidamente consignada en fallos del Tribunal Supremo...» (151). En alguna sentencia, sin embargo, se presentaron dudas interpretativas al hablar «de doctrina legal, o sea “la admitida por” la jurisprudencia» (152).

El artículo 1012 de la Ley de enjuiciamiento civil de 1855 mencionaba la «doctrina admitida». En cambio, la de 1881 apuntaba que «respecto a la infracción de una ley no hay divergencia entre autores y comentaristas de que la casación está dentro de sus condiciones naturales cuando se funda en ella; pero no así en cuanto a la infracción de doctrina legal». En su exposición de motivos se afirmaba que la ley precedente «dio demasiada latitud a este punto, al decir “doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales”, pues si se hubiese entendido con esa latitud, si por doctrina se entendiera la opinión expresada o admitida por cualquier Tribunal sobre un punto de derecho no determinado en la Ley, era indudable que se habría establecido la casación fuera de sus naturales límites y se la habría desnaturalizado». Se entendía que no había sido propósito de la Ley de 1855 «dar a una doctrina de tales condiciones el carácter de jurisprudencia para los efectos del recurso de casación, ni el valor y autoridad que tiene la Ley», lo que se ratificaba porque la

(150) MANRESA NAVARRO, J. M.^a «Observaciones sobre el recurso de casación en España», *RGLJ*, núm. XVI, 1860, pp. 257-292, la cita en p. 271. Afirmación reiterada en *Ley de Enjuiciamiento civil, comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación*, *RGLJ*, Madrid, 1861, tomo IV, p. 384. La cursiva es mía.

(151) Entre otras muchas, STS (Civil) 40/1886, de 27 de septiembre: «La doctrina legal consignada en multitud de fallos de este Tribunal Supremo, entre ellos... y la doctrina legal de jurisprudencia sintetizada en el axioma *pacta sunt servanda...*».

(152) STS (Civil) 75/1876, de 3 de noviembre: «No es lícito... alegar la doctrina de los autores, que no debe confundirse con la legal recibida a falta de ley por la jurisprudencia de los Tribunales».

Ley de 18 de junio de 1870, que había reformado la casación civil, «dijo sencillamente ser la infracción contra ley o doctrina legal, locución que han empleado la Ley de 22 de abril de 1878 y la de 1881». La conclusión era que «a esta doctrina legal quiso referirse aquella ley, cuya doctrina se entiende la que tiene su apoyo y fundamento en la ley o en las reglas del Derecho, la que se deriva de ésta o de aquélla como consecuencia legítima de sus principios, y bajo tal concepto está admitida generalmente en el foro y ha llegado a constituir lo que se llama jurisprudencia» (153). Los arts. 1687 y 1691 de la Ley de 1881 era terminantes con respecto a su admisión «por infracción de ley o de doctrina legal», aclarando el segundo «de doctrina legal en la parte dispositiva de la sentencia».

A pesar de su trascendencia, la doctrina legal no era la ley. En lo criminal, la STS 338/1876, de 14 de junio, determinó «no ser motivo de casación el que se haya infringido por la sala sentenciadora la doctrina de la jurisprudencia» (154). No obstante esta restricción, en la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento criminal de 1882 se resaltaba que el Tribunal Supremo es «intérprete y guardián de la doctrina jurídica». Se tuvo muy presente la posición preeminente del Tribunal Supremo, no solo por ser el vértice judicial, sino por lo que representa su hegemonía jurisprudencial, que viene a condicionar notablemente las decisiones de los jueces inferiores y la argumentación de los abogados. En otras palabras, despliega un plus de imperatividad por su posición de poder jerárquico-judicial (155).

En el ámbito penal, se ha sostenido recientemente, que «la jurisprudencia, como doctrina legal (al margen de la evolución que pueda experimentar), era vinculante a efectos casacionales, en la medida que los tribunales inferiores habrán de pasar y aplicar lo establecido por el Tribunal Supremo en sus sentencias, aunque no esté reconocido como motivo de casación el de por infracción de doctrina legal; siempre en el bien entendido sentido de que el que se diga que la jurisprudencia es vinculante, no significa una petrificación de la misma, porque no se cierra el paso a su evolución». En este sentido, se plantea la contradicción que puede presentarse a un jurista extranjero ante nuestro ordenamiento jurídico, pues si «en un primer acercamiento llegaría a la conclusión de que la jurisprudencia no forma parte del sistema de fuentes», al preguntarle a un colega español acerca de las fuentes de él, «casi con toda probabilidad incluiría dentro del mismo a la jurisprudencia» (156). De este modo se hallaría ante «criptotipos», ya que «fue la realidad procesal, el derecho aplicado en los tribunales, la que rompió esa relación de fuentes enunciada en el Código civil –la ley, la costumbre y los principios generales del derecho– y bajo la denominación de “doctrina legal” pasó subrepticamente a integrarse en el

(153) *Ley de Enjuiciamiento civil de 3 de febrero de 1881. Concordada y anotada con gran extensión según la doctrina de los autores y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia bajo la dirección de D. Emilio Reus*, Revista de Legislación, Madrid, 1882, tomo IV, art. 1692, p. 83.

(154) Motivación reproducida por STS (Civil) 65/1883, de 27 de octubre; STS (Penal) 70/1884, de 24 de enero; o ATS, 22/1884, de 18 de abril de 1884, entre otras muchas.

(155) ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «El juez, la ley y la jurisprudencia», *op. cit.*, p. 46.

(156) HURTADO ADRIÁN, Á. L., «La jurisprudencia penal del Tribunal Supremo», en José Sánchez-Arcilla Bernal (coord.), *La jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente del Derecho penal (1870-1995)*, Dykinson, Madrid, 2022, Tomo I, pp. 25-70.

sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico» (157), aunque llegó a figurar como tal en los trabajos de reforma del Título preliminar del Código civil en 1973/74 (158).

En línea con lo expresado, Sánchez-Arcilla ha destacado que en el ramo penal y desde épocas tempranas con las respuestas y reglas insertas en los considerandos de la Sala segunda se empezó a elaborar «lo que en las mismas sentencias dicho Tribunal comenzó a denominar “doctrina legal”». Estas argumentaciones acabaron por consolidarse como las pautas o patrones a los que deberían quedar sujetos desde el propio Tribunal Supremo, sin perjuicio de modificaciones fruto de la propia evolución jurídica y social, a los órganos colegiados inferiores y los jueces de primera instancia e instrucción, además de servir de guía a quienes litigaban. A pesar de todo, quedó declarado por la suprema instancia que «la infracción de sus respuestas y sus reglas, su jurisprudencia o doctrina, no podían ser objeto de recurso por infracción de las mismas», porque «en el fondo lo que estaba reconociendo el Supremo no era cosa que sus fallos no podían ser equipados a la ley, por lo que, con la Ley de Enjuiciamiento criminal en la mano –se refiere al art. 847 de la de 1882–, no tenían cabida dentro de los recursos de casación». Siguiendo este discurso, ha puesto de manifiesto que «los magistrados eran conscientes de que muchas de las cuestiones que se habían solventado mediante la “doctrina legal” eran simplemente interpretaciones, que, como tales, estaban impregnadas de una gran dosis de subjetivismo y que las soluciones en ocasiones no eran pacíficas», lo que les condujo a reconocer que «la obediencia y el respeto al “templo de la ley” les impedía considerar, ni siquiera de lejos, que sus reglas, sus interpretaciones, su “doctrina legal” pudiera ser equiparada a los designios del legislador» (159).

La Ley de 16 de julio de 1949, que modificaba en algunos artículos la Ley de Enjuiciamiento criminal y en concreto su artículo 874, continuó rechazando el recurso de casación por infracción de doctrina legal aunque, manteniendo la práctica forense aceptaba que formara parte de la argumentación del recurso, en el bien entendido caso de que siempre debían figurar los fundamentos legales en los que se apoyaba. Para jueces y abogados, en definitiva, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se asentó como guía para sus argumentaciones, entre otras razones por cuanto «ha jugado y juega un papel fundamental como garante de la unidad de

(157) SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., «El infanticidio y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1870-1995)», en José Sánchez-Arcilla Bernal (coord.), *La jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente del Derecho Penal (1870-1995)*, Dykinson, Madrid, 2022, p. 392.

(158) Aunque finalmente se optó por excluirla: «A la jurisprudencia, sin incluirla entre las fuentes, se le reconoce la misión de complementar el ordenamiento jurídico. En efecto, la tarea de interpretar y aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida y los conflictos de intereses da lugar a la formulación por el Tribunal Supremo de criterios que si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno, contienen desarrollos singularmente autorizados y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta transcendencia normativa». D. 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil. *BOE* de 9 de julio de 1974.

(159) SÁNCHEZ-ARCILLA, J., «El infanticidio y la doctrina del Tribunal Supremo (1870-1995)», *op. cit.*, y, «Un proyecto de investigación para la Historia del Derecho: la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en la conformación del Sistema Jurídico», *e-Legal History Review*, núm. Extra-27, 2018, (Homenaje al profesor Pérez-Prendes).

interpretación de las leyes, siempre dentro de los límites establecidos por éstas». De ahí que Sánchez-Arcilla sostenga que:

«si el Derecho cumple una función en la sociedad es porque ordena y resuelve los conflictos entre los hombres que la integran. Nunca una resolución judicial ha intentado suplantar o rivalizar con la ley, todo lo contrario; ha intentado suplir los problemas irresueltos por el legislador y para ello los tribunales se han visto obligados a dictar reglas o, si se quiere, “respuestas jurisprudenciales”. Reglas o respuestas que se hallan cobijadas por la ley y lo único que persiguen es facilitar la resolución de los conflictos a los ciudadanos»

A la vista de tal razonamiento concluye que «la jurisprudencia, la doctrina legal, es también una fuente del Derecho» (160).

En este camino existen diferentes manifestaciones acerca de la pretensión de uniformidad, que no univocidad, en aras de la igualdad entre las sentencias en todos los niveles a partir de la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo. En una muy conocida revista jurídica decimonónica se afirmaba en 1854, a propósito de la importancia de la publicación de las sentencias sobre recursos de nulidad y casación en la *Gaceta de Madrid*, lo siguiente: «tiene por objeto la uniformidad de la jurisprudencia y la recta inteligencia y aplicación igual de las leyes en todos los Tribunales del reino» (161). Por su parte, la STS 438/1865, de 11 de diciembre, manifestaba que las sentencias dictadas por él «solo son autorizadas e indispensables precedentes para la uniformidad de la jurisprudencia, sin que sus determinaciones puedan imponerse como preceptos legales infringibles para el efecto de la casación a los que por razón de oficio tienen el deber de consultarlos y estudiarlos». En la posterior STS (Civil) 99/1914, de 10 de junio, se apuntaban los inconvenientes de alterar las motivaciones precedentes: «si la jurisprudencia ha de cumplir su trascendental misión de uniformidad, contradecirla hoy sería tanto como introducir en ella el desorden acerca de la recta inteligencia que se hubiese dado a cuestiones más o menos complicadas, pero al fin controvertidas y dilucidadas» (162). Un discurrir en el que se impone la fórmula del Alto Tribunal acerca de la «recta inteligencia» sobre la ley y la doctrina legal, de manera que en años más cercanos señaló una de sus Salas que, «aun cuando haya desaparecido del lugar donde vio la primera luz, la “doctrina legal” subsiste como fuente de producción normativa que hace autosuficiente al ordenamiento y permite al juez soportar y cumplir la pesada carga de “resolver de todo caso los asuntos que conozca”, según ordena el actual artículo 1 del Código Civil en su párrafo siguiente, no obstante la oscuridad o insuficiencia de la Ley, en expresión insuperable del viejo artículo 6». De tal manera que la doctrina legal, no solo permite la uniformidad apuntada, sino que la sujeción a ella vendría impuesta «como consecuencia del principio de seguridad

(160) SÁNCHEZ-ARCILLA, J., «El infanticidio y la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *op. cit.*, pp. 398-399.

(161) *El Faro Nacional*, tomo IV, 16 de marzo de 1854, p. 300. En este sentido, en tiempos más recientes, se defendió «el respeto del precedente judicial como respeto a la idea de justicia a través de la igualdad», por DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «La jurisprudencia», *El Poder Judicial*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, tomo I, pp. 267-276.

(162) Esta sentencia toma como referencia una de 20 de marzo de 1893, pero ninguna de las de esa fecha alude a la uniformidad jurisprudencial. No resulta extraño encontrarse con supuestos similares. La de 1914 fue recogida en STS (Civil) 128/1919, de 10 de diciembre, entre otras.

jurídica, en relación con el de igualdad de todos ante la ley» (163). Lo que conduce a sostener que la unidad interpretativa ínsita en la interpretación auténtica/oficial que corresponde al Tribunal Supremo asienta la seguridad jurídica y la convierte, en la práctica, en fuente del ordenamiento jurídico, a la que los jueces inferiores acaban por someterse.

La jerarquía orgánica, del oficio individual al colegiado, y el camino de los recursos forzó asimismo a que los jueces siguieran la jurisprudencia de los superiores, obviamente la del Tribunal Supremo (164), si no querían contemplar cómo sus sentencias eran continuamente revisadas y anuladas, o incluso ser acusados de prevaricación (165), con el consiguiente desprestigio en el foro, sin perjuicio de que con posterioridad fueran recibidos sus argumentos como consecuencia de los cambios evolutivos de toda índole que se producen en la sociedad.

La función judicial, como he apuntado más arriba, la desenvuelven tanto los jueces inferiores como el Tribunal Supremo, con diferente posición institucional y procesal, pues en todos los niveles judiciales la atribución constitucional y legal es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado con sujeción a la ley, pero siempre acaba siendo bajo el cobijo casi ineludible de la jurisprudencia.

V. CONCLUSIONES

A la vista de lo expuesto y aun a riesgo de que considero que enumerar de forma concisa las características del modelo de juez contemporáneo puede no responder a la realidad que cada cual se haya formado sobre él, o bien que el modelo descrito sea simplemente una construcción historiográfica, de acuerdo con la idea planteada al inicio de exponer un esquema teórico sobre esta figura compleja, creo que nos encontramos ante un funcionario singular por razón de su especialidad funcional y sujeto a normas habitual y mayoritariamente infralegales en cuanto a su estatuto.

Un funcionario que primero accedió por méritos fundamentalmente ideológicos y más tarde por oposición, que quedó sometido a comisiones de calificación y clasificación o a tribunales de honor sobre su conducta pública y privada, y dependiente durante más de siglo y medio de las querencias o animadversiones del

(163) STS (Contencioso) 27/1988, de 23 de enero. Planteamiento que trascendió con mayor difusión a partir de la STS 1600/1990, de 27 de septiembre.

(164) A pesar de que la STS (Penal) 9695/2001, de 11 de diciembre, declaró que las sentencias de las Audiencias provinciales «son resoluciones que no son de esta Sala Casacional, única que tiene encomendada a través de la casación la verificación de la correcta interpretación y aplicación de la ley», es frecuente encontrar en la actualidad la referencia en los fundamentos jurídicos de sentencias de tribunales inferiores al Supremo. Con anterioridad, la STS (Civil) 2117/1996, de 9 de abril, había declarado que la casación «no es una tercera instancia sino un recurso extraordinario con la finalidad de velar por la correcta interpretación y aplicación de la ley». Con mayor detalle, la STS (Contencioso) 3213/1999, de 11 de mayo, afirmó que «constituye una de las premisas del recurso de casación de acuerdo con su genuina naturaleza de recurso extraordinario o especial dirigido a defender la correcta interpretación y aplicación de la Ley y a propiciar la unificación de los criterios interpretativos y aplicativos del ordenamiento, corrigiendo los errores *in iudicando* o *in procedendo* en que hubieran podido incurrir los Tribunales de instancia».

(165) XIOL Ríos, J. A., «Notas sobre la jurisprudencia», *op. cit.*, pp. 62-65.

correspondiente titular del Ministerio de (Gracia y) Justicia, pues ninguno respetó el principio de inamovilidad, a lo que es preciso añadir que en la mayor parte de los regímenes políticos por los que atravesó España apenas se le facilitaron mecanismos de defensa frente al poder ejecutivo, a pesar estar sujeto a variadas responsabilidades por el irregular ejercicio de sus funciones o por hechos ajenos a él.

El juez resultó ser un funcionario que no puede considerarse un burócrata «al uso», y no solo por su falsa o muy restringida inamovilidad, pues una vez incorporado a la Judicatura desempeña y ejerce de forma independiente la misma función constitucional cualquiera que fuera la categoría en la que se encontrara dentro de la estructura piramidal que constituyó la carrera judicial, y que desde luego no ha sido un mero aplicador de las disposiciones normativas, pues también ha estado sujeto al conglomerado de sentencias del más alto tribunal colegiado que, en su conjunto, se pueden calificar de fuente del Derecho, y no solo porque la jurisprudencia del Tribunal Supremo se convirtiera en base argumental, sino porque más allá de la ley que interpreta y aplica por imperativo constitucional, su jurisprudencia es considerada doctrina legal e interpretación auténtica, permitiendo la configuración del Derecho.

Un funcionario, en fin, al que, si por una parte se le restringió el conocimiento de amplios campos tradicionalmente atribuidos a su competencia o se le amplió como garante de los derechos de los ciudadanos, por otra se le encomendaron diversas funciones al margen de la estrictamente judicial, de manera que se ha movido paulatinamente en un campo normativo más amplio en lo extensivo y en lo intensivo, convertido progresivamente en inabarcable.

Toda esta exposición puede compendiarse retomando el título. El modelo de juez de los siglos XIX y XX es el de un funcionario sometido orgánicamente a la ley, pero sobre todo a numerosos decretos, que ejerce sus funciones de forma independiente aplicando la ley, más bien muchas leyes, al juzgar y ejecutar lo juzgado con arreglo a la jurisprudencia.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GARCÍA, A., «El ingreso en la carrera judicial», *Revista de los Tribunales*, núm. 5, 1923, pp. 68-70.
- «Organización de Tribunales», *RGLJ*, núm. LXXXIV, 1894, pp. 116-131.
- ALONSO COLMENARES, E., *Discurso leído por el Excmo Sr. D. ..., presidente del Tribunal Supremo, en la solemne apertura de los Tribunales*, Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1887.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «El juez, la ley y la jurisprudencia», en Eduardo Porres Ortiz de Urbina y Jordan C. Costa (dirs.), *Derecho Judicial. El Derecho de creación judicial a la luz del siglo XXI*, Bosch Editor, Barcelona, 2022, pp. 29-47.
- APARICIO, M. Á., *El status del Poder judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 1995.
- AUNÓS PÉREZ, E., *Discurso leído por el Excmo. Sr. D. ..., Ministro de Justicia en la solemne apertura de los Tribunales celebrada el 15 septiembre 1943*, Reus, Madrid, 1943.
- AZCÁRATE, G. de, *El régimen parlamentario de la práctica*, Librería de Fernando Fe, Madrid, 1892 (2.^a ed.).

- BANCES, J., «Reformas de Gracia y Justicia. Bases para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil», *Revista de Derecho y Sociología*, núm. 1, 1895, pp. 211-221.
- BASTIDA, F. J., *Jueces y franquismo. El pensamiento político del Tribunal Supremo en la Dictadura*, Ariel, Barcelona, 1986.
- BECEÑA, F., *Magistratura y Justicia. Notas para el estudio de los problemas fundamentales de la organización judicial*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1928.
- BOUZADA GIL, M.^a T., «La responsabilidad disciplinaria de los jueces en Galicia según los asientos de los Libros-Registro de la Audiencia de La Coruña: 1868-1900», en José Sánchez-Arcilla Bernal (coord.), *Control y responsabilidad de los jueces (siglos XVI-XXI)*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 231-319.
- BRAVO, E., *De la Administración de Justicia*, Establecimiento tipográfico de Estrada, Díaz y López, Madrid, 1864.
- CANO BUESO, J., *La política judicial del régimen de Franco (1936-1945)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.
- COSACOV, L. L., *La peregrinación de la justicia*, Lerner Editora, Córdoba (Argentina), 1979.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «La jurisprudencia», *El Poder Judicial*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, tomo I, pp. 267-276.
- FIESTAS LOZA, A., «Justicia y amigos políticos en el siglo XIX», en Javier Alvarado (coord.), *Poder, economía, clientelismo*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- GARRIGA ACOSTA, C., «Continuidad y cambio del orden jurídico», en Carlos Garriga (coord.), *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, Instituto Mora, México, 2010, pp. 59-106.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P., «Sobre la inamovilidad judicial y oportunidad de declararla», *RGLJ*, núm. XVIII, 1861, pp. 145-153.
- «Sobre la manera de proveer los cargos judiciales», *RGLJ*, núm. XXIV, 1864, pp. 97-108 y 257-262.
- «Del ingreso y ascensos en la carrera judicial», *RGLJ*, núm. XIX, 1861, pp. 342-352 y 388-396.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBÁN, J. M., *Elementos de Derecho civil y penal de España*, 3.^a ed., Imprenta de don Vicente de Lalama, Madrid, 1846.
- HURTADO ADRIÁN, Á. L., «La jurisprudencia penal del Tribunal Supremo», en José Sánchez-Arcilla Bernal (coord.), *La jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente del Derecho penal (1870-1995)*, Madrid, Dykinson, 2022, Tomo I, pp. 25-70.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., «El acceso a la judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio», en Rafael Jiménez Asensio (coord.), *El acceso a la función judicial*, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 115-249.
- *Políticas de selección en la función pública española. 1808-1978*, INAP, Madrid, 1989.
- LANERO TÁBOAS, M., *Una milicia de la justicia: la política judicial del franquismo (1936-1945)*, CEC, Madrid, 1996.
- LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M., «La preparación de los jueces para el ejercicio de la profesión», *Boletín del Instituto de Derecho Comparado Mexicano*, núm. 47, 1963, pp. 363-372.
- LORENTE SARIÑENA, M., *Las infracciones a la Constitución de 1812: un mecanismo de defensa de la Constitución*, CEC, Madrid, 1988.
- «La doctrina legal y el silenciamiento de los juristas en una España sin código (1808-1889)», *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, núm. 40-1, 2011, pp. 135-175.

- LORENTE, M., y GARRIGA, C., «El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489-España, 1855)», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, 1997, pp. 97-144.
- MADRID CRUZ, M.^a D., «La mirada de los magistrados del Tribunal Supremo a la pornografía durante la transición española», en José Sánchez-Arcilla Bernal (coord.), *La jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente del Derecho Penal (1870-1995)*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 459-560
- «Otra vuelta de tuerca. Los expedientes de revisión de depuración de jueces y fiscales entre 1940 y 1965», *Clío & Crimen*, núm. 16, 2019, pp. 275-302.
- «¿Vigilancia, control o farsa? Las tres caras de la Inspección Central de los Tribunales», en José Sánchez-Arcilla Bernal (coord.), *Control y responsabilidad de los jueces: (siglos XVI-XXI)*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 471-572.
- MANRESA NAVARRO, J. M.^a, «Observaciones sobre el recurso de casación en España», *RGLJ*, núm. XVI, 1860, pp. 257-292.
- *Ley de Enjuiciamiento civil, comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación*, RGLJ, Madrid, 1861.
- MARTÍNEZ PÉREZ, F., *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*, CEPC, Madrid, 1999.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., «El juez-funcionario y sus presupuestos: el nacimiento del juez ordinario reclutado por oposición (el art. 94 de la Constitución de 1869 y el sistema de la LPOPJ de 1870)», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 39, 1996, pp. 7-64.
- MONERRI MOLINA, B., *Las Cortes del Estatuto Real (1834-1836)*, Dykinson, Madrid, 2019.
- NABAL RECIO, A., «Curso sobre el recurso de casación en vía contencioso-administrativa», en *El recurso de casación. Cuadernos de Derecho judicial*, núm. 14, Madrid, 1994.
- NIETO GARCÍA, A., *El desgobierno judicial*, Trotta, Madrid, 2005 (2.^a ed.),
- «La administración de justicia y el poder judicial», *Revista de Administración Pública*, núm. 174, 2007, pp. 31-47.
- ORTEGO GIL, P., *Inamovilidad, interinidad e inestabilidad. El control ministerial sobre los jueces en el siglo XIX*, Universidad Complutense, Madrid, 2018.
- «¿Solo juzgar y hacer ejecutar lo juzgado? Entre principios constitucionales y actividades políticas», *Cuadernos de Historia del Derecho*, núm. 29, 2022, pp. 312-375.
- «Breves reflexiones sobre la división de poderes y la administración de justicia en España durante el siglo XIX», *Historia Constitucional*, núm. 20, 2019, pp. 499-544.
- «Control y descontrol ministerial sobre jueces y juzgados de primera instancia (1834-1902)», en José Sánchez-Arcilla Bernal (coord.), *Control y responsabilidad de los jueces (siglos XVI-XXI)*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 159-229.
- ORTELLS RAMOS, M., «Origen histórico del deber de motivar las sentencias», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, núm. 4, 1977, pp. 899-932.
- ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., «Fundamentación de las sentencias», en *RGLJ*, núm. XXIX, 1866, pp. 113-126.
- PACHECO, J. F., *Comentario al Decreto de 4 de noviembre de 1838 sobre recursos de nulidad*, Sociedad Literaria y Tipográfica, Madrid, 1845 (2.^a ed.).
- PETIT CALVO, C., «El Código inexistente (I): Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 48-4, 1995, pp. 1429-1466.
- RAMOS TAPIA, M.^a I., *El delito de prevaricación judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- ROMANÍ CALDERÓN, J., «¿Función judicial o poder judicial?», *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 35, 1927, pp. 816-823.

- RUIZ-JARABO BAQUERO, F., *La Misión de Juzgar. Discurso leído en la solemne apertura de Tribunales el día 15 de septiembre de 1969*, Tribunal Supremo, Madrid, 1969.
- SÁENZ DE SANTA MARÍA GÓMEZ MAMPASO, B., *Las Comisiones de Códigos durante el reinado de Isabel II (1843-1869)*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2010.
- SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., «El infanticidio y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1870-1995)», en José Sánchez-Arcilla Bernal (coord.), *La jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente del Derecho Penal (1870-1995)*, Dykinson, Madrid, 2022.
- «Un proyecto de investigación para la Historia del Derecho: la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en la conformación del Sistema Jurídico», *e-Legal History Review*, núm. Extra-27 (2018) (Homenaje al profesor Pérez-Prendes).
- SCHOLZ, J.-M., «La compétence judiciaire. Sur l'histoire contemporaine de la justice espagnole», en Johannes-Michael SCHOLZ (coord.), *El tercer poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Klostermann, Frankfurt am Main, 1992, pp. 297-348.
- SERRANO GONZÁLEZ, A., «Gordura y magistratura: La desgracia del juez Jabalquinto», *AHDE*, núm. 67, 1997, pp. 1465-1495.
- «Chocolate a la española: formación y afeción de jueces en el siglo XIX», en Aldo Mazzacane y Cristina Vano (coords.), *Università e professioni giuridiche in Europa nell'Età liberale*, Jovene Editore, Nápoles, 1994, pp. 423-462.
- «Categorías en la magistratura: honores y escalafones en el siglo XIX español», en Lorenzo Martín-Retortillo Baquer (coord.), *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 2077-2093.
- «O juiz como categoria administrativa. Sobre a semântica estatal na Espanha do século XIX», *Penélope*, núm. 6, 1991, pp. 73-91.
- SERVÁN, C., «Configuraciones y desfiguraciones de la Justicia bajo el constitucionalismo de 1869», en Marta Lorente Sariñena (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, CGPJ, Madrid, 2007, pp. 365-395.
- SILVA MELERO, V., «En torno a la función del juez en el Estado moderno», *Revista de la Universidad de Oviedo*, núm. 9-10, 1942, pp. 19-38.
- SOLLA SASTRE, M.^a J., *La discreta práctica de la disciplina. La construcción de las categorías de responsabilidad judicial en España, 1834-1870*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2011.
- «Servidores del partido mismo». Sintonías y desencuentros entre lo político y lo judicial en el constitucionalismo español», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 198, 2022, pp. 23-67.
- «Una norma, dos magistraturas, tres escenarios: La Ley de 19 de agosto de 1885 sobre unificación de la carrera judicial en la Península y en Ultramar», en Alejandro Guzmán Brito (coord.), *El Derecho de las Indias Occidentales y su pervivencia en los Derechos patrios de América. Actas del XVI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Ed. Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2010, t. I, pp. 405-423.
- TÉBAR RUBIO-MANZANARES, I. J., *Derecho penal del enemigo en el primer franquismo*, Universidad de Alicante, Alicante, 2017.
- TOHARIA, J. J., *El juez español. Un análisis sociológico*, Tecnos, Madrid, 1975.
- VERLANGA HUERTA, F., *Tratado que continuando la jurisprudencia popular sobre pleitos de menor cuantía comprende el procedimiento correspondiente a los demás negocios civiles de la jurisdicción ordinaria*, Librería de Ríos, Madrid, 1841.
- *Procedimiento en materia criminal*, Librería de Ríos, Madrid, 1842.

VILLACORTA BAÑOS, F., *Profesionales y burócratas: Estado y poder corporativo en la España del siglo xx. 1890-1923*, Siglo XXI de España, Madrid, 1989, p. 70.

XIOL RÍOS, J. A., «Notas sobre la jurisprudencia», en Víctor Ferreres Comella y Juan Antonio Xiol Ríos (auts.), *Carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.