

De cómo la Ley orgánica de Tribunales se convirtió en la Ley sobre organización del Poder Judicial y su secular provisionalidad

How the Organic Law of Courts became the Law on the organization of the Judiciary and its secular provisionality

RESUMEN

La Constitución de 1869 se remitió para su desarrollo a una Ley de organización de Tribunales que cuando en 1870 se promulgó lo fue como Ley provisional sobre organización del Poder Judicial. No obstante, detrás de fachada que representaba esa nomenclatura siempre fue una ley de organización de tribunales que, por ser tal y nunca de un poder político independiente, pudo prolongar su vigencia a lo largo de poco más de un siglo y con regímenes políticos divergentes. A través del estudio de textos normativos, parlamentarios y doctrinales, se demuestra la inexistencia de un poder judicial orgánicamente independiente, pero sí, por el contrario, de la existencia de una función judicial independiente encomendada a jueces y tribunales.

PALABRAS CLAVE

Tribunales. Poder Judicial. Función judicial. Independencia judicial.

ABSTRACT

The Constitution of 1869 was referred for its development to a Law on the organization of Courts which, when it was promulgated in 1870, was as a provisional of the Judicial Branch. However, behind the façade that this nomenclature represented was always a law for the organization of courts that, because it was such and never from an independent political power, was able to prolong its validity for a little over a century and with divergent political regimes. Through the study of normative, parliamentary and doctrinal texts, the non-existence of an organically independent judicial branch can be demonstrated, but on the other side, the existence of an independent jurisdiction entrusted to judges and courts.

KEY WORDS

Courts. Judicial Branch. Independent jurisdiction. Judiciary independence.

Recibido: 23 de enero de 2023

Aceptado: 7 de febrero de 2023

SUMARIO/SUMMARY: I. Planteamiento.–II. Rúbricas de leyes.–III. Regímenes políticos y provisionalidad secular. III.1 República. III.2 Restauración. III.3 Dictadura de Primo de Rivera. III.4 II República. III.5 Franquismo.–IV. Conclusiones.

I. PLANTEAMIENTO

Es indiscutible la relevancia que en nuestra historia político-jurídica tuvo la Constitución de 1869. Todavía, sin embargo, existen aspectos en ella que, quizá por la falta de profundización historiográfica, no han incidido en algunas facetas relevantes que permiten entender mejor qué buscaban sus redactores y hasta dónde querían llegar, no solo en materia de libertades y derechos, sino también en la llamada división de poderes, así como atisbar el caudal hereditario que transmitió.

La mayor parte de quienes han abordado su estudio resaltan tal división formal que, en mi opinión, no fue real¹. El título II de este texto constitucional

¹ La herencia moderada, como veremos, se prolongaría en aspectos clave. Por ejemplo, bajo la vigencia de la Constitución de 1845 y desde su posición como miembro de la Judicatura, BRAVO, E., *De la administración de justicia*, Establecimiento tipográfico de Estrada, Díaz y López, Madrid, 1864, pp. 126-127, afirmaba que «es, pues, la administración de justicia, según el Derecho constituido, un orden que emana de la autoridad real, pero independiente de la misma en el ejercicio de sus funciones y que no tiene cumpliendo con su deber otra sujeción que la de las leyes del Reyno, ni puede darse contra sus providencias ejecutorias recurso alguno, ni hay quien pueda acordar la suspensión de sus efectos fuera de los casos de indulto. Como se ve claramente, todo esto significa que la administración de justicia es un poder, y que para llamarlo así no hay que

lleva por rúbrica *De los poderes públicos*, aunque luego matiza, porque la potestad de hacer las leyes *reside* en las Cortes, el poder ejecutivo *reside* en el rey, si bien aclara inmediatamente que lo *ejerce* por medio de sus ministros, y, por último «los tribunales *ejercen* el poder judicial» (art. 36). Juego de sustantivos y verbos que enmascara la inexistencia práctica de esta división o separación de poderes, por mucho que en dos –ejecutivo y judicial– se emplee el mismo sustantivo, aunque en uno de ellos se sabe en quién reside, mientras que el otro se limita a ejercer². Para mayor concreción, el título VII se dedica al *Poder judicial* que, a mi juicio, no existe orgánicamente como poder político independiente, puesto que no se indica en quién reside y, en consecuencia, quién es su verdadero titular. El primer artículo de este título establece que «a los Tribunales corresponde exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales», omitiendo la declaración negativa de atribuciones recogida en otras constituciones de no poder ejercer otras funciones que la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; y, al mismo tiempo declara que «la justicia se administra en nombre del Rey» (art. 91).

Por una parte, se dispone que los tribunales *ejercen el poder judicial*, y por otra les *corresponde la potestad de aplicar las leyes* tan solo en los juicios civiles y criminales, de donde, en un razonamiento silogístico, el *poder judicial es la potestad aplicar las leyes en determinados juicios*, cuyo ejercicio corresponde (exclusivamente) a los tribunales en sentido amplio. En consecuencia, el poder judicial estaba concebido, al menos implícitamente, como un poder funcional, y quizá es más comprensible si lo entendemos como el *ejercicio* de una potestad. Pero, en ningún caso, se expresa en qué órgano u órganos (judiciales o no) *reside* el poder judicial. Ejercer un poder (potestad) no significa ser el

salirse del terreno de la legalidad existente, pues si bien es cierto que la Constitución vigente no le da el nombre de poder judicial, es indudable que no ha menoscabado en lo más mínimo las atribuciones que la de 1812 le concedía, y poco importa el nombre en verdad cuando en la esencia es el mismo. De cualquier modo, se ha convenido por muchos en asegurar que debe llamarse hoy orden judicial, y nosotros no veríamos en esto riesgo alguno siempre que se le rodeara de las necesarias condiciones para su fecundo ejercicio». Las cursivas son mías.

² Basta un simple cotejo con los artículos 15, 16 y 17 de la Constitución de 1812, que emplean el verbo residir, con el 34, 35 y 36 de la de 1869 para comprender estos matices, a mi juicio, sustanciales. Por la argumentación que apunto discrepo de SERVÁN, C., «Configuraciones y desfiguraciones de la Justicia bajo el constitucionalismo de 1869», en Lorente Sariñena, M. (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 365-395, cuando afirma, tras mencionar los artículos 34 a 36 de la Constitución, que «se distinguen y se separan, atribuyendo titularidad sin contemplar conjunción» (p. 369), porque los verbos residir y ejercer no significan lo mismo, y en el artículo 36 no se indica dónde reside el «poder judicial». La misma objeción extendiendo a lo que manifestara 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 LOPJ de 1870)», en *Revista de las Cortes Generales*, 39, 1996, pp. 7-64, en particular cuando afirma en pp. 46-47 que la Constitución de 1869 «sigue fielmente el modelo» de 1812, por equiparar los verbos residir y ejercer. Con anterioridad e incidiendo en aspectos clave de 1812, TOMÁS Y VALIENTE, F., «De la Administración de Justicia al Poder Judicial», en *Jornadas sobre el Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pp. 11-32.

titular del mismo, como explícitamente se señala con respecto al ejecutivo en el artículo 35 de la Constitución de 1869.

En línea con lo expuesto, en otro lugar se ha manifestado la discordancia existente entre la dependencia de la organización judicial decimonónica española y la exclusividad en el ejercicio de la administración de la justicia en los juicios civiles y criminales³. Constitucional era que los tribunales administraran justicia en lo civil y en lo criminal, como también que al ejecutivo le correspondiera el nombramiento de los funcionarios y la vigilancia para que la administración de justicia fuera pronta y cumplida (art. 73 de la Constitución de 1869). Era legal por cuanto las leyes encomendaron a los tribunales aquella potestad juzgadora, regularon los procedimientos o determinaron las instancias, con independencia de que los principales asuntos relativos al estatuto de los jueces dependieran en último término del Ministerio de Gracia y Justicia, puesto que, como sabemos, primero llegó la ley de enjuiciamiento civil y después la orgánica. Por último, durante décadas aspectos sustanciales del procedimiento fueron regulados por decreto y, por disposiciones de este rango se regularon requisitos básicos de la Judicatura y del enjuiciamiento⁴.

A mayores y fortaleciendo la preponderancia que el ejecutivo tenía desde la etapa gaditana, quedó establecido constitucionalmente el carácter funcional de quienes componían ese orden, poder o simplemente integraban la estructura judicial. Asunto favorecido, entre otros motivos, por la regulación reglamentaria de su estatuto hasta 1870, y por las asimilaciones entre categorías funcionariales del Ministerio y del orden judicial desde 1837, que permitía pasar de cargos ministeriales a puestos judiciales de conformidad con los diferentes niveles, pues en definitiva tan funcionarios eran unos (los ministeriales) como los otros (los judiciales), y todos ellos dependían directamente de la misma autoridad del ejecutivo, el ministro de Gracia y Justicia⁵. Empleando vocablos tradicionales, el órgano de gobierno del poder judicial se ubica en el ejecutivo.

³ ORTEGO GIL, P., «Breves reflexiones sobre la división de poderes y la administración de justicia en España durante el siglo XIX», en *Historia Constitucional*, 20, 2019, pp. 499-544. Para la época más reciente léase, entre otras obras del mismo, la visión crítica de NIETO, A., «La administración de justicia y el poder judicial», en *Revista de Administración Pública*, 174, 2007, pp. 31-47, quien sostiene con vehemencia que «el llamado solemnemente Poder Judicial no es, por tanto, un poder constitucional auténtico –como no lo ha sido nunca, dicho sea de paso–, pero en la actualidad la operación esterilizadora se ha realizado en unas circunstancias singularmente perversas en las que concurren la hipocresía más refinada con el cinismo más descarado». Con mayor extensión se explayó en *El desgobierno judicial*, Trotta, Madrid, 2005 (2.ª ed.), p. 106, cuando afirmó que «el Poder Judicial no existe, es una mera ficción; los jueces tampoco son independientes y su autogobierno no es tal; lo único que nos queda es un servicio público como otros tantos: el de la Administración de Justicia».

⁴ LORENTE SARIÑENA, M., «Reglamento provisional y administración de justicia (1833-1838). Reflexiones para una historia de la justicia decimonónica», en Johannes-Michael Scholz (coord.), *El tercer poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Frankfurt am Main, 1992, pp. 215-296; y, «Justicia desconstitucionalizada: España, 1834-1868», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 6, 2006, pp. 243-286.

⁵ ORTEGO GIL, P., *Inamovilidad, interinidad e inestabilidad. El control ministerial sobre los jueces en el siglo XIX*, Madrid, Universidad Complutense, 2018, pp. 65, 145 y 226-228, entre otras.

Una dependencia que se robusteció desde el segundo tercio del siglo XIX a medida que los partidos políticos se fueron configurando, asentando y haciéndose fuertes, y en la que se aprecia mejor la preponderancia del ejecutivo sobre los integrantes del poder/orden judicial⁶. La independencia del poder judicial se postula, en los textos constitucionales, en cuanto al ejercicio de la potestad, pero no se reclama su extensión a la representación de ese poder, a la determinación de en quién reside, y, en definitiva, a su configuración como un verdadero poder político no dependiente de otro⁷. Este discurrir se proyectó al siglo XX, de manera que solo en momentos muy concretos de ambas centurias, en los que se intentó (1842, 1873, 1931) y que no fructificaron, hubo intención de atribuir al Tribunal Supremo el nombramiento de los jueces (aunque el formal siguiera depositado en el rey) o que su presidente asumiera la representación ante los poderes ejecutivo y legislativo⁸.

Durante estos dos siglos, la sujeción estructural y estatutaria de jueces y magistrados al ejecutivo anula la existencia de un poder judicial independiente, o al menos autónomo, en lo orgánico, capaz de relacionarse con los otros dos; mientras que, por el contrario, la exclusividad en aplicar las leyes en los mencionados juicios es una potestad exclusiva y excluyente, de modo que en este caso sí podemos hablar de independencia⁹. Por esta conjunción entre dependencia e independencia se ha hablado, gráficamente, de un *medio poder*¹⁰. Los

⁶ Véase las recientes aportaciones de SOLLA SASTRE, M.^a J., «“Servidores del partido” mismo». Sintonías y desencuentros entre lo político y lo judicial en el constitucionalismo español», en *Revista de Estudios Políticos*, 198, 2022, pp. 23-67; y ORTEGO GIL, P., «¿Solo juzgar y hacer ejecutado lo juzgado? Entre principios constitucionales y actividades políticas», en *Cuadernos de Historia del Derecho*, 29, 2022, pp. 53-113. Incluso para la época presente, NIETO, *El des-gobierno judicial*, pp. 113-114, afirma con su acostumbrada y racional vehemencia que «el ejecutivo se considera el ocupante legítimo de ese poder y pretende imponerse unilateralmente 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».

⁷ «El orden judicial no es un Poder social, ni tampoco un Poder político. De consiguiente, hay error en la fórmula o expresión que en la Constitución –se refería a la de 1837– se emplea de Poder judicial... En suma: el orden judicial ejerce la potestad que le confiere la ley, la ley formada por el Poder. No la ejerce más que aplicando ciertas leyes; no es más que una ramificación de lo que se llamaba Poder ejecutivo, que es menos que el Poder Real», afirmaba con rotundidad Alejandro OLIVÁN, *DSCD*, n. 46, sesión de 3 de diciembre de 1844, pp. 792-794. Intervención que dio lugar al cambio de rúbrica en la Constitución de 1845.

⁸ Incluso durante el franquismo hubo propuestas (limitadas y muy restringidas) en esta misma línea. LANERO TÁBOAS, M., *Una milicia de la justicia. La Política judicial del Franquismo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1996, pp. 87-88, 125-127 y 141.

⁹ Como advierte MUÑOZ MACHADO, S., «La independencia judicial y el problema de la relación de la justicia con los demás poderes del Estado», en *Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla*, Universidad Complutense, Madrid, 1992, tomo I, pp. 261-278, en los artículos 242 y 243 de la Constitución de 1812 se entiende que «la garantía primera de la independencia radica en la exclusividad, en la reserva de la función al cuerpo de los jueces, en la eliminación de cualquier residuo de poder jurisdiccional en manos de los otros dos poderes», aunque con posterioridad se trasladara hacia la independencia personal del juez.

¹⁰ Algo apuntó LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación española. Organización judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, p. 24, al concluir su introducción apuntando que en el

juristas del siglo XIX trataron de conciliar esa dependencia del ejecutivo con la defensa de la existencia de un poder judicial, aunque sus argumentaciones entrañen no poca contradicción¹¹. No hubo separación orgánica, pero sí funcional, aspecto en el que se insistió habitualmente durante esta centuria¹², desde luego desde las posturas moderadas y conservadoras, pero también desde las

siglo XIX los juristas concedieron «poca extensión al estudio del Poder judicial, a causa de mostrarse entonces más relacionado con el Derecho político, por el afán de diferenciarlo de los otros poderes del Estado, vinculándolo en las Constituciones con el Poder real, del que emanaba como titular de una función recientemente independizada de la Administración pública».

¹¹ Por ejemplo, FABIÉ, A. M., *Disertaciones jurídicas sobre el desarrollo histórico del Derecho, sobre las bases del Código civil y sobre la organización de los Tribunales*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1885, pp. 341-343, donde al hablar de la organización de los tribunales apuntaba lo siguiente: «Tan grande, tan reconocida es la importancia de estos organismos, que, como es sabido, hay escuelas políticas y filosóficas que los consideran en su conjunto como uno de los poderes del Estado; doctrina que ha prevalecido en nuestra patria alguna vez, y que no me atrevo a afirmar que hoy prevalezca; pero la ley provisional de 1870, dice que es relativa a la organización del Poder judicial... Sea como quiera, cuando menos hay que reconocer que la administración de la justicia es una de las funciones más altas, una de las funciones más importantes del Poder público, porque la cuestión relativa a la división de los poderes, aparte de que ahora quizá no fuera de todo punto oportuno tratarla, no tiene, en mi concepto, una importancia práctica y de trascendencia. Creo que dentro de todas las escuelas se puede admitir como un Poder el orden judicial, porque al menos desde mi punto de vista, el poder es único... En España, más que en otra nación alguna, estas cuestiones vienen debatiéndose, de una manera especial y con una actividad particular y propia, desde principios del presente siglo, desde que se dio por primera vez carta de naturaleza en la Constitución de 1812 a las doctrinas que por entonces prevalecían, relativas a la división de poderes, que vulgarizó, por decirlo así, y casi la convirtió en materia de sentido común y de ciencia universal, el famoso Montesquieu en su libro tan conocido que lleva por título *El espíritu de las leyes*. Desde que se consignó en aquella Constitución este principio de una manera más o menos clara y explícita, pero al fin y al cabo concreta y de tal suerte que nadie podrá desconocerla, desde entonces ha venido agitándose esta cuestión no con gran fortuna, porque todos sabemos que las bases, que se echaron en la Constitución de 1812, no llegaron a tener sobre sí el edificio que estaban llamadas a sustentar... el Poder monárquico ejerce sus funciones, en cuanto al Poder ejecutivo se refiere, por medio de un Ministerio responsable; y la primera cuestión, la cuestión quizá más grave de todas las que hay que resolver, a propósito de la organización del Poder judicial, es la de las relaciones que han de existir entre el Poder ejecutivo representado por los Ministros y los Tribunales de justicia, porque de las relaciones de estos depende la primera cualidad, la primera condición, la que ha de ser, por decirlo así, esencia de los Tribunales: su completa independencia».

¹² MARRÓN Y VILLODAS, F., *Nueva teoría sobre la división y funcionamiento de los tres poderes legislativo, gubernativo y judicial en los gobiernos liberales*, Madrid, Imprenta de la viuda de Calero, 1857, p. 25: «La división de los tres poderes, legislativo, gubernativo y judicial, nace naturalmente de los actos por los que debe pasar el ejercicio de la soberanía desde el establecimiento de una ley hasta su cumplimiento. Estos actos se ve fácilmente que son tres distintos». Más adelante incide en esta visión funcional, aunque la ejerza una *corporación particular de hombres*: «el pronunciar sobre la justicia, no puede ser un acto que emane de la soberanía del pueblo, o bien un acto que pueda mirarse como la expresión de una voluntad emanada de esta soberanía, porque en el tal acto se tratará únicamente de hacer manifestación explícita de una relación inmutable y verdadera, emanada de la razón, y dictada por la conciencia, mas no de resolver por un impulso voluntario» (*ibidem*, p. 122). Aunque inmediatamente defiende que la separación orgánica: «es aún menester que estos no tengan dependencia alguna del poder gubernativo o sea del gobierno, y que por tanto sus nombramientos y destinos, y los ascensos en su carrera no sean provistos por este, sino que estén sujetos, en primer lugar a leyes bien concebidas que determinen el medio de graduar sus méritos y servicios, y les sean en segundo lugar conferidos por la misma corporación de que hacen parte, o bien por el supremo tribunal que sea su cabeza» (*ibidem*, p. 123). La realidad marchaba por otro lado.

progresistas y demócratas, aunque en este caso alegaran una cosa en la oposición y practicaran lo opuesto en el gobierno. Postulados decimonónicos que se heredan en el siglo xx. Así se apuntó en el debate constituyente de la II República la conveniencia de diferenciar el poder judicial como organización y el poder judicial como función, tal y como quedó reflejado en el siguiente diálogo entre dos diputados bien conocidos:

«El Sr. Ruiz-Funes: No flota en el dictamen este problema; queda perfectamente precisado. Se dice: “Los jueces serán independientes en su función”. (El Sr. Ossorio y Gallardo: Pero no en su organización)¹³».

El propósito de las siguientes páginas es realizar un repaso, a través de una lectura marcada por la nomenclatura y lo que ella esconde desde 1869 a 1974, a partir de un texto que sobrevivió no solo más de un siglo, sino que estuvo en vigor con diferentes regímenes políticos, sin apenas variaciones sustantivas, tratando de comprender al menos una de las posibles causas de tal vigencia.

II. RÚBRICAS DE LEYES

La única ley orgánica –pues otras sin tal carácter son citadas– a la que la Constitución de 1869 se remite en varias ocasiones y la nombra de modo explícito fue la *ley orgánica de tribunales*. Su artículo 94 dispuso que «el Rey nombra a los magistrados y jueces a propuesta del Consejo de Estado y con arreglo a la *ley orgánica de Tribunales*... Sin embargo, el Rey podrá nombrar hasta la cuarta parte de magistrados de las Audiencias y del Tribunal Supremo sin sujeción a lo dispuesto en el párrafo anterior, ni a las reglas generales de la *ley orgánica de Tribunales*¹⁴». El artículo 95 se remitía a la «mencionada ley orgánica». Por último, en sus disposiciones transitorias, el primer inciso del artículo 1 comenzaba señalando que: «Hasta que, promulgada la *ley orgánica de Tribunales*...¹⁵». Sus redactores estuvieron sujetos a cierto conservadurismo en cuanto a lo que querían regular, pero, al mismo tiempo, delatan la escasa confianza en crear un verdadero poder judicial independiente de los otros dos, o al menos, como indiqué antes, capaz de gozar de una notable autonomía en lo orgánico respecto del ejecutivo.

Frente a la dicción literal de la Constitución, el 15 de septiembre de 1870 se promulgó una ley ni mencionada ni prevista explícitamente en ella: la *Ley provisional sobre organización del Poder judicial*. En otras palabras, se pasó de la ley (constitucional) *orgánica de Tribunales* a otra (provisional y aconstitucional)

¹³ DSCC, n. 75, sesión de 17 de noviembre de 1931, p. 2380. El acceso a los Diarios de sesiones se ha realizado a través de https://app.congreso.es/est_sesiones.

¹⁴ DSCC, n. 80, sesión de 22 de mayo de 1869, apéndice único. Véase también la sesión de 26 de mayo siguiente, n. 83, pp. 2371-2376 y 2380-2383.

¹⁵ Léase el artículo «La Revolución y la Justicia» de *El Imparcial*, de 10 de febrero de 1874, acerca de cómo se aprobó este precepto de las disposiciones transitorias, la continuidad que significaba en el panorama normativo español y la decepción que supuso para los más progresistas.

sobre organización del Poder judicial. Conviene recurrir a un razonamiento acorde a lo expuesto más atrás: si los tribunales *ejercen el poder judicial* y si éste es *la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales*, resulta que la Ley de 1870 es la que regula los tribunales –entendámoslo en sentido amplio y vulgar– que ejercen la potestad de aplicar las leyes en tales juicios, pero no la que regula uno de los poderes independientes de la división tripartita de Montesquieu. En otras palabras, se mantenía la misma perspectiva política que en las décadas anteriores, aunque la fachada del nombre escondía una querencia similar a la de los proyectos que precedieron a dicha ley, que no era otro que el del control (ideológico, estatutario y, en suma, estructural) de jueces y magistrados, aunque en el ejercicio de la administración de la justicia en tales juicios gozaran, en la mayor parte de los casos, de amplias facultades e independencia funcional.

Como se ha defendido con anterioridad y siguiendo este hilo, ejercer el poder no significa constituir un poder, ni siquiera ser el titular de él. Por ello creo que el artículo 36 de la Constitución de 1869 debe entenderse en estos términos¹⁶, es decir, los tribunales ejercen el poder judicial (la potestad judicial, art. 91), aunque no constituyen un poder orgánico independiente y por tal motivo no se indica dónde reside¹⁷. En consecuencia, solo les corresponde la aplicación de las leyes en los procesos –en el ámbito civil y en el criminal– por pertenecer exclusivamente a ellos el ejercicio de dicha potestad, concebida como una función constitucional y legal¹⁸.

Esta postura posibilita, a mi juicio y así se ha manifestado, diferenciar dos expresiones que, aunque discutibles, permiten apreciar la realidad más allá de los textos: poder de juzgar (potestad para juzgar) y poder judicial (en cuanto estructura orgánica). Lo funcional y lo orgánico con dos centros diferenciados: el primero, cuyo vértice se situará normativamente en el Tribunal Supremo mediante la casación (1838 la civil, 1870 la criminal); y el segundo, situado efectivamente en

¹⁶ Artículo que fue aprobado tras dos brevísimas intervenciones. Rodríguez Pinilla entendía que «el poder judicial no reside solamente en los tribunales, si se toma esta palabra en el sentido restrictivo y si se quiere en el técnico en que hasta ahora se ha tomado en España, sino en el jurado tan luego como sea aceptada esta institución». Salustiano Olózaga, por la comisión redactora, fue tajante: «Bajo la palabra tribunales se comprende, no solo como hasta aquí los tribunales de derecho, sino el jurado». *DSCC*, n. 79, sesión de 21 de mayo de 1869, p. 2166. Sobre esta inclusión, junto con otras consideraciones acerca del tema que nos ocupa, véase la discusión entre Laureano Llanos y Vicente Sancho en las Constituyentes del Bienio progresista anterior, *DSCC*, n. 253, sesión de 27 de noviembre de 1855, pp. 8851-8852.

¹⁷ Véase el discurso pronunciado por GÓMEZ DE LA SERNA, P., presidente del Tribunal Supremo, el 15 de septiembre de 1869, bajo el título «Del poder judicial y sus relaciones con los demás poderes y de las condiciones y deberes de los que lo ejercen», publicado en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (en adelante *RGLJ*) 35, 1869, pp. 145-162, en el que afirmaba que «el Poder judicial, que en su desenvolvimiento no había llegado a serlo en realidad, perdió el nombre que le había dado la Constitución de 1812 y en el que le había confirmado la de 1837, tomando el de *Orden judicial*, especie de degradación al que se le sujetó tal vez para hacerlo pasar indefinidamente por humillaciones que ha experimentado». Pero si observamos la realidad, sobre todo desde 1834, moderados, progresistas o unionistas actuaron de la misma manera con respecto a la Judicatura, luego el asunto no dejaba de ser, en la realidad vivida por los jueces, de nomenclatura.

¹⁸ En *DSCC*, tomo IV, n. 83, sesión de 26 de mayo de 1869, p. 2380, se alude a la *Ley Orgánica de Tribunales* y no a la del Poder judicial.

el Ministerio de Gracia y Justicia, de quien depende desde el acceso a la jerarquía, en un control en el que tuvieron notable importancia las filias y fobias políticas¹⁹. Es decir, que el pretendido poder judicial no tenía como cabeza en lo orgánico un órgano jurisdiccional, sino (en la realidad constitucional, legal y reglamentaria) un miembro del poder ejecutivo; mientras que el vértice funcional solo venía delimitado por vía reglamentaria²⁰ y, ocasionalmente, legal²¹.

Como se ha apuntado en otro trabajo, mientras el legislativo y el ejecutivo tienen cabezas constitucionalmente definidas (en las que reside el poder o la potestad), el judicial carece de tal concreción y, a mayores, no se determinan con exactitud cuáles son esos tribunales que ejercen tal poder (en ocasiones las constituciones se limitan a indicar que serán los determinados por la ley), pues de aceptarse que recae en todos equipararíamos al Tribunal Supremo con las Audiencias territoriales y con los jueces de primera instancia (incluidos los más bajos en el escalafón, los de entrada, e incluso los municipales), lo cual no cabría, en buena lógica, en la configuración de un poder²². Desde luego, no hay división, y ni siquiera separación, en lo orgánico entre el ejecutivo y el judicial si la cabeza de jueces y tribunales está situada en el Ministerio de Gracia y Justicia²³. Con este bagaje dispositivo no podemos hablar de un poder orgánicamente constituido e independiente respecto del ejecutivo.

Asimismo, desde los planteamientos moderados, se alegó que el pretendido poder judicial no podría alcanzar la altura o equipararse a los otros dos, pues su ámbito de actuación no pasaba de los intereses individuales en lo

¹⁹ ORTEGO, «Breves reflexiones», p. 523.

²⁰ Por ejemplo, Reglamento de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Ordinaria de 26 de septiembre de 1835; o, el Reglamento Supremo Tribunal de España y de Indias de 17 de octubre de 1835. Por supuesto, a estas disposiciones es preciso añadir las que regularon los recursos de casación.

²¹ Ley provisional prescribiendo las reglas para la aplicación de las disposiciones del Código penal de 19 de marzo de 1848, o Ley de enjuiciamiento civil de 13 de mayo de 1855, entre otras. Más específica para nuestro tema la Ley señalando bases para la organización de los Tribunales de 11 de abril de 1868. Para profundizar en ello, LORENTE, *Justicia desconstitucionalizada*, pp. 248-249.

²² ORTEGO, «Breves reflexiones», pp. 522-523.

²³ Sin perjuicio de introducir restricciones legales, como apuntó en el debate constituyente CHACÓN: «Si los ministros de Gracia y Justicia han de tener la autoridad y la responsabilidad debidas en la administración de justicia, es necesario no desposeerlos de sus facultades naturales. No vayamos a fuerza de querer dar remedios para un mal, a buscar una nueva enfermedad. Una buena ley orgánica, que descendiendo a detalles aprecie debidamente las circunstancias y las conveniencias es la que únicamente puede dar reglas acertadas y oportunas en la materia, y excogitar los medios de que se salven las dificultades indicadas y se ponga correctivo a los defectos que en las disposiciones vigentes en la actualidad haya... Debe dejarse más amplitud a los Ministros de y Justicia y no quitarles el derecho de nombrar; que la ley sea buena, que sea clara, que sea explícita, y con ello, y con la constante inspección que las Cortes ejercen sobre los ministros, es suficiente». El debate continuó sobre la posibilidad de atribuir o no al Tribunal Supremo intervención en los nombramientos frente al Consejo de Estado, propugnando Estanislao Figueras, frente a Olózaga, que jueces y magistrados fueran nombrados por el rey a propuesta del alto tribunal. El viejo político, sin embargo, adujo que «si el Tribunal Supremo hubiera de elegir los cargos de la Magistratura, entonces sería un cuerpo separado completamente del Estado, de toda acción del Gobierno y de todo lo que con el Estado pudiera ligarle; se formaría a sí mismo de una manera que sería un monstruo: la Comisión concede, pues, al Consejo de Estado esas atribuciones, principalmente por su carácter de imparcialidad». *DSCC*, n. 81, sesión de 24 de mayo de 1869, pp. 2256-2260.

civil o en lo criminal. En otras palabras, solo hallamos una independencia funcional manifestada constitucional y legalmente, aunque de modo ocasional y desde las posturas progresistas –cuando se hallaban en la oposición– siempre se pusiera en duda esta limitación. En cualquier caso, la separación funcional en materia estrictamente judicial sí se dio, 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, matizada en 1870 por el artículo 3 de la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial: «Los jueces y tribunales no ejercerán más funciones que las expresadas en el artículo anterior y *las que esta u otras les señalen expresamente*»²⁴.

En suma, se distinguió entre lo que era el entramado estructural y personal de la administración de justicia (en sus diferentes categorías) de esta última, porque una cosa era configurar la planta orgánica y designar y controlar a quienes debían cumplir con esta tarea constitucional y otra, muy diferente, la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado²⁵. Lo cual, reitero, lleva a plantear que no puede entenderse realmente como un poder independiente en cuanto a su configuración orgánica constitucional, pero sí en cuanto al ejercicio de sus atribuciones en la aplicación de la ley en los procesos civiles y criminales (por la vía positiva de la atribución y la negativa de la exclusión que, como he señalado, no recogió la Constitución de 1869).

Si hacemos un repaso histórico por los debates parlamentarios y por la prensa política, comprobaremos cómo habitual y reiteradamente se habló de la *ley orgánica de tribunales* desde, al menos, 1836²⁶ y de modo más acusado en los períodos dominados por los moderados, en particular a partir de 1844, frente a la

²⁴ Por ejemplo, acerca de su participación en los procesos electorales, ORTEGO «¿Solo juzgar y hacer ejecutado lo juzgado? Entre principios constitucionales y actividades políticas», ya citado.

²⁵ Véase al respecto el debate entre RODRÍGUEZ CAMALEÑO L., y POSADA HERRERA, J., ministro de la Gobernación, en *DSS*, n. 46, de 7 de febrero de 1862, pp. 577-567. Mientras el primero defendía que «el poder judicial debe ser un poder constitucional: donde esto no sea, la Constitución, cualesquiera que sean sus frases, será una farsa»; el segundo, optaba por la separación funcional: «El poder público tenía que dividirse para su ejercicio en diversas funciones, las funciones legislativas, las funciones administrativas y las judiciales, y cada una de estas funciones necesita ser completamente independiente de las otras, no en provecho de los que la ejercen, sino en provecho de los intereses que tienen que proteger en el país». En esta línea deben entenderse las siguientes palabras de Cánovas del Castillo: «Dadme un poder judicial, independiente, completamente independiente del poder legislativo y del poder ejecutivo; dadme a este poder judicial con aquella independencia y aquella parte de irresponsabilidad que corresponde necesariamente a todo poder verdadero; dádmele con fuerza propia y con evidente eficacia; dádmele con una vida peculiar, con un espíritu propio y congénito, como está en los Estados-Unidos y en Inglaterra, y yo abandonaré otras muchas exigencias en la organización del Estado. Con solo que deis medios independientes y reales al poder judicial para que no pueda haber ninguna infracción de los derechos individuales sin que él los persiga, los alcance, los reprima, aunque esta infracción venga de las colectividades, de las asociaciones, de las muchedumbres, del poder ejecutivo, del mismo poder legislativo, y os pediré poco más para hacer posible la libertad», *DSCC*, n. 44, sesión de 8 de abril de 1869, p. 930

²⁶ *El Español* de 15 de mayo de 1836. *El Correo Nacional* de 1 de enero de 1839. *El Genio de la libertad* de 12 de abril de 1842.

esporádica de *ley (orgánica) del poder judicial*²⁷. Incluso, a pesar de la rúbrica del título X de la Constitución de 1856, su artículo 70 optaba por la primera fórmula: «*Las bases de la ley orgánica de Tribunales determinarán...*». Interesante matiz porque anunció lo que sucedería en el siguiente período progresista. Su artículo 92 insiste en ello, puesto que formaban «parte integrante de la Constitución, considerándose para su reforma y todos sus efectos como artículos constitucionales, las bases de las leyes orgánicas siguientes: ... 5. La *de organización de los Tribunales*». Nunca se habla de una (posible) ley del tercer poder.

Los proyectos redactados hasta 1870 nos dan una idea más aproximada de lo que se pretendía regular por vía legal, pues mayoritariamente omiten la expresión «poder judicial» y optan por referirse explícitamente en sus rúbricas a los tribunales o a la organización judicial (sobre arreglo y organización de los tribunales, ley constitutiva de los tribunales, organización, competencias y facultades de los Tribunales del fuero general, etc.). Referencias que, si bien aparecen en períodos dominados por el moderantismo²⁸, no pueden reducirse en exclusiva a estos. Encontramos también referencias (en 1856) a una comisión encargada de redactar «el proyecto sobre organización judicial», separar la justicia civil de la criminal y determinar la organización que debía darse a sus tribunales, entre cuyos objetivos estaba el de fijar «en sus verdaderos límites al poder judicial, estrictamente clasificado y definido», cuyo contenido se decanta por la separación funcional²⁹.

Durante décadas, desde las instancias del poder ejecutivo no se pretendió regular un poder judicial orgánicamente independiente sino la planta de los tri-

²⁷ Aunque se empleó. Por ejemplo, algunos diputados con Gómez Becerra a la cabeza pidieron el nombramiento de una comisión que formara «un proyecto de ley orgánica del poder judicial», en *DSCD*, n. 182, sesión de 27 de abril de 1837, p. 3043. El *Dictamen de la comisión especial para la reforma del poder judicial, proponiendo la base sobre que debe redactarse dicho proyecto*, en n. 205, sesión de 28 de mayo de 1837, apéndice segundo, aunque después de tan pomposo título se limitaba a que se incluyera en el futuro texto el juicio por jurados.

²⁸ Incluso en su proyección doctrinal. Así, VICENTE Y CARAVANTES, J., *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Imprenta de Gaspar y Roig, Madrid, 1856, tomo I, p. 151, afirmaba: «El poder judicial es propiamente una desmembración del ejecutivo, al mismo tiempo que constituye un orden separado de este poder. Es una desmembración del poder ejecutivo, puesto que según todas nuestras constituciones políticas, la justicia se administra en nombre del rey... Forma el poder judicial un orden separado del poder ejecutivo por la independencia con que funciona en el ejercicio de sus atribuciones».

²⁹ «La comisión nombrada para proponer las bases de la Ley orgánica de tribunales, después de haber discutido detenidamente los puntos a que debe extenderse su encargo, ha convenido por unanimidad en el dictamen que debe presentar a las Cortes Constituyentes... Desde que la nación es regida por el gobierno representativo, es una anomalía insostenible que no exista incompatibilidad completa y absoluta entre las funciones judiciales y las administrativas. Todas nuestras Constituciones han proclamado el principio de que los jueces y tribunales no pueden ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado: este principio salvador alcanza a todas las categorías del orden judicial. Cuando los jueces ejercen funciones políticas o de la administración activa; cuando son agentes más o menos inmediatos del poder ejecutivo, entonces pelagra la independencia del poder judicial, y con ella la justicia... Bases de la ley de organización judicial. 1.^ª Las funciones judiciales en todos los grados serán absolutamente incompatibles con las funciones del orden administrativo». *Gaceta de Madrid* de 19 de febrero de 1856, a la que hay que sumar las de 31 de marzo (con las enmiendas y adiciones), 7 de abril (nueva redacción de algunas bases), y 20 y 25 de abril (nueva redacción de las bases 3.^ª y 4.^ª). *DSCC*, n. 313, s. de 15 de febrero de 1856, apéndice tercero.

bunales y el estatuto de los jueces, lo cual, desde la teoría política de la separación de poderes, implicaba una manifiesta negación de la existencia de ese tercer poder. Nos movemos en términos de administración³⁰. Incluso cuando se promulga la Ley provisional sobre organización del poder judicial en septiembre de 1870 hallamos que en su articulado las menciones al «poder judicial» –al contrario de lo que sucede con el ejecutivo³¹– son mínimas y formales³², pues las referencias, como por ejemplo la del artículo 2, lo son a jueces y tribunales a quienes corresponde «la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales». Las palabras de la rúbrica legal esconden la realidad.

Volvamos al inicio. ¿Cuándo y cómo la (constitucional) *Ley orgánica de Tribunales* mudó a la (aconstitucional) *Ley provisional sobre organización del Poder judicial*? Vaya por delante que fue una decisión política y nunca técnica, según se desprende de la documentación ministerial y parlamentaria. Después de la Revolución de Septiembre había que avanzar, al menos terminológicamente, y superar las rúbricas de proyectos precedentes³³. Con anterioridad a la caída de la Dinastía y del Gobierno moderado ya se habían presentado textos que repercutirían a la postre en el contenido de la segunda, a pesar de que encajaban en la rúbrica de la primera³⁴. Las fachadas, no solo arquitectónicas, son esenciales en mostrar lo que se ambiciona, aunque el interior se halle alejado de tal pretensión.

³⁰ SOLLA SASTRE, J., *La discreta práctica de la disciplina. La construcción de las categorías de responsabilidad judicial en España, 1834-1870*, Madrid, 2011; «Justicia bajo Administración (1834-1868)», en Lorente Sariñena, M. (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, 2007, pp. 291-324; y, «Finales como principios. Desmitificando la Ley orgánica de tribunales de 1870», en *AHDE*, 77, 2017, pp. 427-466.

³¹ Artículo 6. Las disposiciones reglamentarias que el poder ejecutivo adopte... Artículo 7. No podrán los jueces, magistrados y tribunales: ... 3.º Dirigir al poder ejecutivo... Artículo 8. Los jueces y magistrados responderán... No les eximirá de estas responsabilidades alegar su obediencia a las disposiciones del poder ejecutivo en lo que sean contrarias a las leyes

³² Artículo 348. Bajo la denominación de servicio militar activo, para los efectos de esta ley... en lo que se refiere al cumplimiento de sus deberes militares, aunque tenga por objeto principal auxiliar a la administración y al Poder judicial. Artículo 600. Las Audiencias y el Tribunal Supremo solo podrán constituirse en pleno para actos que no tengan carácter judicial: ... 2. Para evacuar los informes que les pida el Gobierno sobre reformas legislativas que sean o deban ser aplicadas por el Poder judicial, o sobre otros puntos que más o menos inmediatamente se refieran a la administración de justicia. Artículo 763. El ministerio fiscal velará por la observancia de esta ley y de las demás que se refieran a la organización de los juzgados y tribunales; promoverá la acción de la justicia en cuanto concierne al interés público, y tendrá la representación del Gobierno en sus relaciones con el Poder judicial.

³³ Sin necesidad de hacer relación de todos ellos, bastara con mencionar el Proyecto de Ley de bases de organización de Tribunales de 6 de abril de 1863 (*Exposición de los motivos y fundamentos de las bases para las Leyes de organización de tribunales del fuero común y enjuiciamiento criminal, Ministerio de Gracia y Justicia*, Madrid, 1863), Proyecto de Ley de organización de Tribunales presentado por el ministro de Gracia y Justicia el 6 de noviembre de 1863 (*DSS*, n. 3, apéndice vigésimo), Proyecto de organización de Tribunales presentado por el ministro de Gracia y Justicia (*DSS*, n. 5, sesión de 4 de enero de 1865). Adviértase, como se resalta en letra cursiva, que algunos de estos textos ya llevaban la referencia de *ley orgánica de Tribunales*. Referencias a todos los enumerados en LASSO, *Crónica de la Codificación española. Organización judicial, passim*.

³⁴ *Proyecto de organización provisional de Tribunales de la Comisión de Codificación* (1868), *Proyecto de bases para la organización de Tribunales presentado por el ministro de Gracia y Justicia*, en *DSS*, n. 7, sesión de 17 de enero de 1868, apéndice; *Dictamen de la Comisión relativo al*

En la sesión de 7 de julio de 1869, en una interesante interpelación de Romero Girón al ministro de Gracia y Justicia, Martín de Herrera, alude repetidamente a la *ley orgánica de tribunales*³⁵, aunque también se mencionó al poder judicial:

«¿Cree el Sr. Ministro de Gracia y Justicia que puede hacer una ley orgánica de tribunales? ¿Sí o no? ¿Cree el Sr. Ministro de Gracia y Justicia que no es parte integrante de la ley orgánica de tribunales el determinar las condiciones mediante las cuales han de ingresar en la carrera judicial los individuos que deben componerla? ¿Cree que no es parte integrante y muy característica de esa ley de tribunales el determinar las condiciones de los individuos que han de componer el Tribunal Supremo de Justicia...? ¿Cree el Sr. Ministro de Gracia y Justicia que todo esto no es materia propia de la ley orgánica de tribunales?».

Martín de Herrera sostuvo que correspondía a las Cortes plantear la ley orgánica de tribunales³⁶. Lo habían dispuesto las constituciones precedentes, pero, a pesar de mayorías posibilistas para aprobarla, siempre se prefirieron, contra las atribuciones de las Cámaras legislativas, las disposiciones infralegales.

En la sesión de 29 de enero de 1870, a efectos de lo que nos interesa, se hacía un anuncio importante por parte de Eugenio Montero Ríos: «El Ministro de Gracia y Justicia tiene el honor de anunciar a las Cortes que dentro de breves días habrá de someter a su aprobación el proyecto de ley orgánica de tribunales, y en él, no solamente se organizan los tribunales de justicia, sino que se sientan las bases de la organización del ministerio fiscal³⁷». Un plazo que, sin embargo, se dilató, a pesar de que de alguna intervención parece deducirse que estaba ya avanzada su redacción³⁸. La rúbrica del proyecto era la constitucionalmente prevista.

Con fecha 1 de junio de 1870 se envió al Congreso la siguiente comunicación: «Como Regente del Reino, y atendiendo a las razones expuestas por el Ministro de Gracia y Justicia, y de acuerdo con el Consejo de Ministros, vengo en autorizarle para que presente a la aprobación de las Cortes Constituyentes un proyecto de ley de *organización de tribunales del fuero común*», rúbrica que no era nueva porque se había empleado en 1853 y 1863, por ejemplo. No obstante, en la publicación oficial de los Diarios de las Cortes leemos otro título: Proyecto de ley, presentado por el Sr.

proyecto de ley para formar la Ley orgánica de tribunales, en n. 13, sesión de 3 de febrero, apéndice segundo; *Proyecto de ley, aprobado y remitido por el Senado, sobre organización judicial y competencia de los tribunales del fuero común*, en DSCD, n. 30, sesión de 2 de marzo de 1868, apéndice primero; el dictamen de la Comisión en n. 38, sesión de 14 de marzo, apéndice; y, *Ley señalando bases para la organización de los Tribunales*, en *Gaceta de Madrid* de 12 de abril de 1868.

³⁵ DSCC, pp. 3540-3542.

³⁶ DSCC, sesión de 7 de julio de 1869, p. 3544.

³⁷ DSCC, n. 205, p. 5322.

³⁸ Intervención de Rojas Arias: «y si en esta enmienda mía no están comprendidos los tribunales superiores, es porque sabía, es porque conocía perfectamente el propósito del señor Ministro de Gracia y Justicia de traer en un plazo brevísimo la ley orgánica de tribunales, donde tengo entendido que se mejora la posición y las condiciones de esos altos funcionarios», en *ibidem*, p. 5323.

Ministro de Gracia y Justicia, sobre *reforma del Poder judicial*, y de hecho figura en su encabezamiento como *Ley orgánica del Poder judicial* ³⁹.

La Comisión designada para su estudio lo fue con el fin de formular el dictamen acerca del «proyecto de ley sobre *reforma de la organización de tribunales* ⁴⁰». El texto que emanó de ella fue el *Dictamen de la Comisión sobre reforma de la organización de tribunales*:

«La Comisión nombrada por las Cortes Constituyentes para formular dictamen acerca del proyecto de ley *de organización de tribunales*, presentado por el Sr. Ministro de Gracia y Justicia, lo ha visto y examinado con la mayor detención y detenimiento posibles, deseosa de contribuir sin demora, en cuanto de ella dependa, al planteamiento de la serie de reformas y mejoras que contiene, importantísimas todas ellas, y en cierto modo necesarias, dado el espíritu de las nuevas instituciones políticas que la revolución de Setiembre ha levantado sobre las ruinas del antiguo régimen. Cuanto se refiere al ingreso, ascenso, traslación y separación en la carrera judicial, a competencias, correcciones disciplinarias, y en fin, todo lo que el proyecto abarca, exceptuando la formación de nuevos tribunales, que exige tiempo y estudio peculiarísimos, es conveniente y útil que desde luego se aplique, *a fin de regularizar, como sea dable, la Administración de justicia*, garantía verdaderamente principal de los derechos y libertades de las naciones cultas... Proyecto de ley. Artículo único. Se autoriza al Ministro de Gracia y Justicia para que plantee como ley provisional el adjunto proyecto de ley sobre *organización de tribunales*. Esta Comisión, tan luego como las Cortes Constituyentes reanuden sus tareas, formulará dictamen definitivo, que se discutirá con preferencia a los demás asuntos, salvo el relativo a la reforma del Código penal. Palacio de las Cortes, 15 de junio de 1870. Cirilo Álvarez, presidente. José Cristóbal Sorní. P. Muñoz de Sepúlveda. Vicente Romero Girón. Tomás María Mosquera. Marcos Oria y Ruiz. Julián Sánchez Ruano, secretario.» ⁴¹

Una lectura pausada inclina a pensar que la comisión, con independencia del título impreso del texto, lo que atendió a dictaminar, como indicaba el artículo 94 y la disposición transitoria de la Constitución, era una ley orgánica de tribunales, es decir, sobre su estructura o planta, estatuto de los jueces, etc., con el fin de regularizar la administración de justicia –lo que recuerda posturas referidas al título X de la Constitución de 1845–. En ningún momento se introduce cualquier inciso ideológico referido a la separación o existencia de un poder que con el ejecutivo y el legislativo, por este orden, constituyera la famosa tria política. Por esta razón es interesante acudir a lo que había afirmado años atrás el primer firmante del *Dictamen*:

«Hay además en ese sistema de la triple división de los poderes otro error grave, y es el de enumerar como un poder político a la facultad de aplicar las leyes en los juicios y procesos. La administración de justicia no es más que un *orden*, un *ramo* de la Gobernación del Estado; es, si se quiere, una alta institu-

³⁹ DSCC, n. 301, sesión de 8 de junio de 1870, p. 8710 y apéndice cuarto. Con anterioridad se habían realizado algunas preguntas sobre su presentación.

⁴⁰ DSCC, n. 307, sesión de 15 de junio de 1870, p. 8893 y apéndice quinto.

⁴¹ A continuación, el texto articulado del Proyecto de ley sobre reforma de la *organización de tribunales*.

ción; por su fin, la más alta de las instituciones humanas; pero no es un poder político.»⁴²

En la sesión del 22 de junio se habló en ciertos pasajes de la ley orgánica del Poder judicial o sobre reforma(s) del Poder judicial. Segismundo Moret, en su condición de ministro de Ultramar, llegó a sostener que: «El proyecto no crea más que un solo poder, y de él tenemos ansia: el poder judicial independiente de las demás fuerzas de la sociedad». Tomás Rodríguez Pinilla identificó, por un lado, ambas denominaciones —«la verdad es que esto que se llama ley de organización de tribunales, o de organización del poder judicial...»⁴³—, pero por otro criticó la formulación del texto:

«De lo que aquí se trata, Sres. Diputados, no es de la reforma del poder judicial, no es siquiera, por confesión de la misma Comisión, no es siquiera de la organización de tribunales. Se trata única y exclusivamente de unos cuantos reglamentos; pero de unos cuantos reglamentos que se han unido en un montón de artículos, que hacen nada menos que el número de mil y tantos con los adicionales; y tenemos, vuelvo a decirlo, por confesión de la misma Comisión en el preámbulo, que de todo se ha tratado, que de todo se trata *en esa llamada ley de organización de tribunales menos de la organización de tribunales, y que todo podría llamarse esto, todo, menos ley orgánica del poder judicial*; y el resultado de la discusión, el hecho mismo de la discusión, viene probando lo que estoy diciendo... Lo que veo aquí, así en el fondo como en la forma, no es organización judicial; es simplemente un cúmulo de reglamentos.»⁴⁴

En su respuesta, Sorní aclaró un aspecto interesante: «Nosotros nos hemos inspirado en el principio de nuestras leyes, y las reformas indicadas por la experiencia son las que constituyen este proyecto de ley⁴⁵». A mi juicio, un reconocimiento implícito no solo del mantenimiento de estructuras judiciales, sino también de ordenarlas sin configurar a través de esta regulación el (pretendido) poder judicial, a pesar de las innovaciones introducidas⁴⁶. Ochoa Cruz lo planteó más abiertamente:

⁴² ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *Nociones fundamentales del Derecho*, Establecimiento tipográfico de Arnaiz, Burgos, 1855, p. 45. Las cursivas en el original.

⁴³ DSCC, n. 312, sesión de 22 de junio de 1870, pp. 9065-9066.

⁴⁴ DSCC, n. 312, pp. 9063-9064. No obstante, como señaló Solla, «Principios como finales», pp. 433 y 435, se consiguió con ella «una *sol*a Ley para la organización de la justicia».

⁴⁵ DSCC, n. 312, p. 9065.

⁴⁶ «Mucho tiempo hace que se está trabajando en la ley que la orgánica de Tribunales. Diferentes son los proyectos hechos en los últimos veinte y cinco años por comisiones a que han pertenecido jurisconsultos muy notables. Estos trabajos guardados en los archivos nunca llegaron a ser ley. Más feliz ha sido el proyecto presentado en esta legislatura con el nombre de *Ley orgánica del Poder judicial*. Muchas y profundas son las alteraciones que hace en nuestras instituciones antiguas. Comenzando por anunciar una nueva división judicial, separa completa y absolutamente las funciones judiciales de las administrativas, establece y asegura la inamovilidad y la responsabilidad de los jueces y magistrados, sustituye a los juzgados de primera instancia [por] tribunales colegiados, introduce el juicio oral y público y la instancia única en las causas criminales... y desciende a todo lo que cabe dentro de una ley orgánica, tanto en lo que se refiere a las funciones de los tribunales constituidos en salas de justicia, como cuando deliberan en pleno o en salas de gobierno sobre negocios que aunque ligados con la administración de justicia, no tienen carácter

«Pero prescindiendo de esta admiración mía, digo que no sé de qué se trata, porque la *ley orgánica de tribunales comprende toda la organización del poder judicial*, con un sistema nuevo de competencias, con otro sistema nuevo de recusaciones y con todas aquellas leyes, no ya en proyecto, sino indicadas en disposiciones transitorias, que son necesarias para completar la organización judicial...

Vosotros sabéis que la ley, encaminada al objeto de garantizar al poder judicial tal como hoy se conoce, por regla general conserva todo lo que existe hoy⁴⁷».

El dictamen aprobado el 22 de junio de 1870 en las Cortes no fue el de organización del Poder judicial:

«Declarado el punto discutido, se puso a votación el artículo único, y quedó aprobado en la forma siguiente: Se autoriza al Ministro de Gracia y Justicia para que plantee como ley provisional el adjunto proyecto de ley sobre *organización de tribunales*.»⁴⁸

Se mandó pasar a la Comisión de revisión de estilo y, tras su tarea, al día siguiente se votó en las Cortes la autorización al ministro de Gracia y Justicia para plantear «como ley provisional la de reforma de *organización de tribunales*»⁴⁹. Pero de nuevo en el texto del apéndice a dicha sesión leemos: Ley decretada y sancionada por las Cortes Constituyentes para plantear como provisional la de *organización del Poder judicial*. En mi opinión parece existir una trayectoria paralela: por un lado, lo que se pretendía desde el Gobierno, es

judicial», GÓMEZ de la SERNA, P., y MONTALBÁN, J. M., *Elementos de Derecho civil y penal de España*, Librería de Sánchez, Madrid, 1870 (9.ª ed.), tomo I, pp. 270-271, n. 436.

⁴⁷ «He leído –afirmaba previamente– el proyecto, y he visto que este proyecto no me era desconocido, que este proyecto es antiguo, que de este proyecto se habla hace ya mucho tiempo, que este proyecto, en una palabra, lo conocen todos los jóvenes un tanto estudiosos que han ido en busca de los adelantos de los que pasan por grandes hombres en la ciencia del derecho; he visto que este proyecto no es ni más ni menos que el conjunto de las disposiciones francesas, y no de ahora, sino de hace algún tiempo, en materia de administración de justicia; de las leyes y Reales órdenes que en estas materia tenemos en España, y de algo que entonces pasaba por original, que viene a ser como el punto de enlace de estos dos elementos, y que en vez de armonizarlos, los perturba y los echa a perder...». La cursiva de arriba es mía. En términos parecidos, ANTEQUERA, J. M.ª, *Historia de la legislación española desde los tiempos más remotos hasta nuestros días*, Imprenta de San Francisco de Sales, Madrid, 1895 (4.ª ed.), p. 497: «esta organización estaba en algunos puntos anticuada respecto a la de las naciones modernas y fue modificada por la Ley provisional de organización del poder judicial de 18 de Junio de 1870. No era esta ley una verdadera novedad en la esfera de la ciencia, puesto que la había formado, en su mayor parte, la comisión de Códigos nombrada en 1856. Y hasta se explica lo fácil que fue formarla, teniendo en cuenta la parte que en el proyecto elaborado había tenido el que en 1870 era presidente de sección en la comisión de Códigos». Más cercanos a nosotros, LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española. Organización judicial*, p. 103, ratifica que «la Ley Orgánica en discusión era, más bien, una codificación u ordenación de múltiples disposiciones sobre la Administración de Justicia, dictadas desde las Cortes de Cádiz por el naciente Estado de Derecho».

⁴⁸ *DSCC*, p. 9074. Aunque en las enmiendas e intervenciones se habló del *Proyecto de ley de organización del Poder judicial, Ley orgánica del Poder judicial y Ley sobre reforma(s) del Poder judicial*.

⁴⁹ *DSCC*, sesión de 23 de junio de 1870, p. 9092 y apéndice cuarto.

decir, proyectar una idea de existencia formal del poder judicial como apoyo al ideario del cambio ideológico que se estaba produciendo; y, por otro, una tramitación parlamentaria más apegada a la trayectoria histórica de los proyectos anteriores y del contenido del propio texto, o, en términos constitucionales, ajustada al artículo 94 y a la disposición transitoria segunda.

Tal duplicidad terminológica, con rasgos de conservadurismo precedente, la hallamos en la exposición de motivos dirigida por el Gobierno a las Constituyentes, publicada por Lasso Gaité y de la que entresaco algunos pasajes pues, a pesar de su extensión, permite descubrir la ambigüedad con la que se redactó —quizá no se deba a una única mano y, por este motivo, he optado por deslindar los fragmentos— y las alusiones tanto a la ley orgánica del poder judicial como a la ley de tribunales o de organización judicial:

«Entre todas las reformas que reclama la Administración de Justicia, ninguna más necesaria y urgente que la de organizar los Tribunales...

La *Ley Orgánica del Poder Judicial* es la base sobre la que descansar deben las de procedimiento civil y criminal, pues en rigor esas tres leyes forman un solo todo... Puede haber y hay, en efecto, diversas opiniones acerca de la joven y vigorosa organización que debe sustituir a la actual, vieja y caduca, así como del sistema procesal que convendría adoptar... Resuelto el Gobierno a llevar a cabo la obra de la reforma, tantas veces comenzada y por desgracia poco después perdida en el olvido, presenta hoy la *Ley Orgánica del Poder Judicial*, precursora de las grandes y utilísimas reformas que se practicarán muy en breve... La nueva Constitución del Estado establece algunos principios capitales de la organización judicial y proclama otros relativos al procedimiento en las causas por delitos; método que no carece de antecedentes, por lo menos en lo que a la organización judicial se refiere, pues la Constitución de Cádiz, al declarar que *la magistratura era un verdadero poder del Estado*, establecía también el principio de la inamovilidad para los funcionarios representantes de ese mismo poder. Posteriormente, las Constituyentes de 1837 y de 1854 proclamaban de nuevo este principio salvador de las libertades públicas, y ni aun los reformadores de la Constitución de 1837, ese Código tantas veces enmendado, adicionado y corregido, se atrevieron a borrar de él la inamovilidad establecida en la Carta de 1812. *La institución judicial ya no fue un poder, es cierto*; pero los jueces y magistrados debieron continuar siendo inamovibles...

Se alegaba para justificar las constantes infracciones del precepto constitucional que en principio no podía observarse en tanto se careciera de una *Ley de Organización judicial*... No quiere el Gobierno que se repita el triste y lamentable espectáculo que hace treinta años venimos presenciando: a evitarlo se propone servir una conducta muy diversa, trayendo ante las Cortes Constituyentes la *Ley de Organización judicial*... Otras consideraciones también de carácter constitucional obligan al Gobierno y le inducen a presentar el adjunto proyecto, ya que en un buen sistema de codificación, la *Ley Orgánica de los Tribunales* debe servir de base a las leyes del enjuiciamiento... La Constitución estableció el jurado para los delitos políticos y para los comunes que la *Ley Orgánica de los Tribunales* reservaba a su competencia...

Los primeros artículos del proyecto consignan las bases cardinales en que descansa el *Poder Judicial*, según los preceptos de la Constitución del Estado; determinan las diferencias que lo separan y distinguen del Poder Ejecutivo y establecen las oportunas reglas para la aplicación rigurosa de sus consecuencias legítimas y necesarias, arreglándose de tal manera a los principios consignados en el Código político de 1869, que en varios de sus puntos más importantes se hace uso de las mismas frases y palabras que la Constitución emplea... Teniendo en cuenta el Gobierno esos principios mencionados antes, consignó en él la absoluta separación de los Tribunales de Justicia y de los agentes o encargados de la Administración pública, obra comenzada en 1835, posteriormente desenvuelta, aunque de un modo tímido e incompleto, en varias disposiciones legales y que necesario es llevar hoy a su último término, a no pretender que el derecho público se vea falseado de propósito en uno de sus principios capitales... Conveniente es que los *representantes del Poder Judicial* se hallen alejados del terreno de la política activa...

El *proyecto de organización judicial* satisface aquella conveniencia y disipa estas dudas... Ni será menor la ventaja que resulta de no aumentar los funcionarios del *orden judicial*... de cuya regla solamente se exceptúa el nombramiento de la cuarta parte de los Magistrados de las Audiencias y del Tribunal Supremo, que podrán ser elegidos dentro de las categorías que la *Ley Orgánica de Tribunales* establezca⁵⁰ al efecto...

Estas contiendas en que se trata de los límites respectivos del *Poder Judicial* y del Poder Ejecutivo no pueden ser confiadas a la decisión de los Tribunales sin graves inconvenientes, porque estos vendrían entonces a constituirse en jueces de la Administración siendo partes al mismo tiempo, porque sus fallos serían irrevocables por más que invadiesen las atribuciones que la Constitución confía al Poder Ejecutivo...⁵¹.

Los límites de los que habla el final del pasaje transcrito son los funcionales, para nada se habla de los orgánicos, con independencia de las restricciones que se recogían en el texto legal, como la inamovilidad y la oposición que, en último término, quedaban en la práctica entre las atribuciones del Gobierno. No obstante, conviene introducir un matiz como puso de manifiesto Solla: «la Ley orgánica del Poder Judicial contenía una organización de tribunales revestida de lo que a lo largo de todas las décadas precedentes no se había llegado nunca a alcanzar: legalidad⁵²». Una legalidad que, sin embargo, no rompió en su totalidad con la situación (pre)existente.

⁵⁰ Llama la atención la utilización del presente de subjuntivo y no de indicativo en esta motivación previa.

⁵¹ *Crónica de la Codificación española. Organización judicial*, pp. 104-116.

⁵² «Principios como finales», p. 463. Trabajos anteriores con diferente perspectiva, RAMOS GONZÁLEZ, J. M.^a, «La Ley orgánica del Poder Judicial de 1870. Principios que la informan», en *RGLJ*, 228, 1970, pp. 764-180, centrado en la independencia y responsabilidad judiciales. MARTÍNEZ CALCERRADA, L., «El principio de independencia de la función jurisdiccional. Consagración del dogma en la Ley orgánica del Poder judicial y actualización de la normativa vigente), en

No se dice en ningún precepto de la ley qué órgano judicial dirige o asume la representación de tal poder. Ni siquiera a ninguno de los tribunales se le asignaba la función de nombrar a los integrantes de tal «poder», si bien el ingreso por oposición había liberado, parcialmente, la dependencia ministerial en cuanto al acceso a la Judicatura –pues las convocatorias seguían dependiendo del Ministerio de Gracia y Justicia–, no ocurrió lo mismo con otros aspectos de su estatuto.

Con independencia de la revisión de la Comisión parlamentaria de estilo, en la segunda quincena de julio parece que desde la Secretaría de las Cortes se remitió al Ministerio de Gracia y Justicia tanto el texto aprobado de Código penal como «de la ley orgánica de tribunales para la corrección de prueba⁵³».

Por fin, la Ley fue promulgada coincidiendo con la solemne apertura de tribunales de 1870 como *Ley provisional sobre organización del Poder Judicial*⁵⁴. No fue la única con tal carácter temporal, pues dicha calificación alcanzó ese año a la del registro civil, matrimonio civil, Tribunal de Cuentas, administración y contabilidad de Hacienda, casación en los juicios criminales y otras. La razón para revestirla de esta provisionalidad fue tanto mundana –la cercanía del período veraniego– como política, pues tan solo la Constitución y la elección de rey se juzgaban definitivas, mientras que el desarrollo legislativo ni se consideraba permanente ni inalterable⁵⁵.

RGLJ, 228, 1970, pp. 846-1004, distingue entre la independencia orgánica y la funcional, siendo la prevalente la segunda sobre la primera.

⁵³ *La Discusión* de 27 de julio de 1870.

⁵⁴ *Gaceta de Madrid* de 15 a 20 de septiembre de 1870. Me permito reproducir la distribución de sus títulos: I. De la planta y organización de los Juzgados y Tribunales. II. De las condiciones necesarias para ingresar y ascender en la carrera judicial. III. Del nombramiento, juramento, antigüedad, tratamiento, traje y dotación de los jueces y magistrados. IV. De la inamovilidad judicial. V. De la responsabilidad judicial. VI. De las atribuciones de los Juzgados y Tribunales. VII. De la competencia de los Juzgados y Tribunales. VIII. De la recusación de Jueces, Magistrados y Asesores. IX. De los auxiliares de los Juzgados y Tribunales. X. De los subalternos de los Juzgados y Tribunales. XII. De la constitución y atribuciones de las Audiencias y del Tribunal Supremo en pleno. XIII. De las Salas de gobierno de las Audiencias y de la del Tribunal Supremo y de las Juntas de Tribunales de partido para negocios gubernativos. XIV. De la apertura de los Tribunales. XV. Del modo de constituirse los Juzgados y Salas de justicia de los Tribunales. XVI. De las Audiencias y policía de estrados en los Juzgados y Tribunales. XVII. De la forma de dictar acuerdos, providencias, autos y sentencias, y del modo de dirimir las discordias. XVIII. De la inspección y vigilancia sobre la Administración de justicia. XIX. De la jurisdicción disciplinaria. XX. Del Ministerio fiscal. XXI. De los Abogados y Procuradores. XXII. De las vacaciones y licencias. XXIII. Disposiciones transitorias.

⁵⁵ En palabras posteriores del que fuera presidente de la comisión parlamentaria: «Las Cortes Constituyentes no encomendaron la revisión definitiva de la *ley provisional sobre organización judicial* a las Cortes venideras: era un encargo ridículo, indigno de su sabiduría. Las Cortes Constituyentes encomendaron la revisión de la *ley provisional sobre la orgánica de tribunales* a sí mismas, porque es lo que podían hacer, porque allí estaba el límite de sus poderes, porque lo relativo a esta ley y a otras de carácter ordinario, que no son enteramente permanentes e inalterables más que por cierta clase de poderes, no podía imponerse a las Cortes venideras. Fue una previsión, un acto de gran sabiduría. Las Cortes Constituyentes creyeron que al renovarse en el último otoño las tareas parlamentarias, tendrían tiempo de discutir la ley orgánica de tribunales, de revisar este proyecto de ley, y dijeron: “a nosotras mismas, a las mismas Cortes Constituyentes, y lo que es más, a la comisión nombrada que ha salido de su seno y han elegido las secciones, encomendamos el encargo de presentar el dictamen definitivo y a las Cortes Constituyentes el de discutirlo”. No podía ser otra cosa. Si las Cortes Constituyentes hubiesen dicho

Apenas unos meses después, sin embargo, Francisco Silvela fue tajante al considerar que «no se dispone en España de un poder judicial serio y formalmente organizado⁵⁶». Tampoco la denominación legal acababa de calar, y así en la sesión del Senado del 3 de julio de 1871, el senador Juan Antonio Seoane Bajón habló de «ley provisional de organización judicial⁵⁷». Incluso desde las instancias gubernamentales se continuó empleando la expresión *orden judicial*⁵⁸. De lo que no había duda, era de la consideración del «poder judicial independiente» del ejecutivo «en sus funciones⁵⁹».

III. RÉGIMENES POLÍTICOS Y PROVISIONALIDAD SECULAR

III.1. PRIMERA REPÚBLICA

Durante la I República y a pesar de los cambios que se propugnaron y que no fructificaron en el ámbito judicial⁶⁰, se continuó hablando de poder y orden judicial,

que esta ley orgánica de tribunales se sometería a la revisión definitiva de las Cortes venideras, hubiesen dicho, repito, una cosa que sería indigna de ellas. Las Cortes Constituyentes solo hicieron dos creaciones permanentes, inalterables, como no sea en la forma prescrita por ellas. Primera, creación de aquellas Cortes, a que nadie puede tocar, a que los poderes públicos tienen que guardarse muy bien de tocar: la Constitución del Estado; segunda creación, el levantamiento de la Monarquía, la elección del Rey. Pero fuera de estas dos creaciones de aquel poder constituyente, todo lo demás son leyes ordinarias que, aunque decretadas por aquellas Cortes y sancionadas por ellas, pueden cambiarse un día y otro, como las leyes que estamos discutiendo a cada momento», discurso del senador ÁLVAREZ, C., en *DSS*, n. 60, sesión de 4 de julio de 1871, p. 1010. Las cursivas son mías.

⁵⁶ *DSCC*, n. 321, sesión de 20 de diciembre de 1870, p. 9281.

⁵⁷ *DSS*, n. 59, pp. 988-989.

⁵⁸ «Debiendo celebrarse próximamente las elecciones generales de Diputados y Senadores, indispensable es adoptar todas las medidas convenientes... el Rey (Q. D. G.) se ha servido disponer que todos los funcionarios del *orden judicial* y fiscal que se hallen en uso de licencia... Madrid 1 de agosto de 1872», en *Gaceta de Madrid* de 2 de agosto de 1872. Incluso desde la doctrina. BARREDA, L. de, «Consideraciones sobre la ley orgánica del Poder Judicial», en *RGLJ*, 41, 1872, pp. 73-83: «leyes objetivas que han de determinar las funciones del nuevo orden judicial». Opinión de la que otros discrepaban, como GARCÍA GÓMEZ DE LA SERNA, [C.], «Informe de la Audiencia de Madrid sobre la Ley provisional de organización del Poder Judicial», en *RGLJ*, 40, 1872, pp. 290-320, cuando sostuvo «el acierto con que la ley desenvuelve los preceptos constitucionales que han elevado al orden judicial a la categoría de poder del Estado en la esfera de los principios dominantes en la ciencia jurídica».

⁵⁹ GÓMEZ DE LA SERNA, P., *Prolegómenos de Derecho*, Librería de Sánchez, Madrid, 1871, p. 97. Aunque había considerado que «el monarca no es del todo ajeno al poder judicial» (p. 90).

⁶⁰ Proyecto de Constitución federal de la República Española, artículo 48: «El Poder judicial será ejercido por jurados y jueces, cuyo nombramiento no dependerá jamás de los otros Poderes públicos». Este poder estaría representado por el Tribunal Supremo de la Federación (art. 70, *in fine*). Además, en el Título X, *Del Poder judicial*, se declaraba: «1. El Poder judicial no emanará ni del Poder ejecutivo ni del Poder legislativo». *DSAN*, n. 42, sesión de 17 de julio de 1873, apéndice segundo. Con anterioridad, SALMERÓN ALONSO, N., y CHAO, E., *Proyecto de bases de la Constitución republicano-federal de España, presentado a la Asamblea Federal por...*, Imprenta de Campuzano hermanos, Madrid, 1872, p. 1, manifestaba en la base 33: «El Poder judicial se ejercerá por medio de Tribunales colegiados, con la intervención del Jurado». Y con posterioridad, AYLLÓN Y ALTOLAGUIRRE, M., *Proyecto de Constitución Democrático-Federal de la República Española*,

como también de organización de tribunales. De nuevo la ambigüedad terminológica. El diputado Juan Domingo Pinedo preguntó al ministro de Gracia y Justicia si estaba dispuesto a revocar o reformar la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial. En su respuesta defendió que no podría hacerlo hasta que se aprobaran los artículos constitucionales dedicados al poder judicial: «Por más actividad que yo tuviera, y aun cuando en el Ministerio de mi cargo se ocupasen todos los oficiales en ese proyecto, no podría yo presentar un *proyecto de ley de organización de los tribunales* que llegara a la discusión más pronto que el título primero de la Constitución, que, como sabe S. S., organiza el *poder judicial*... Si este título llega a ser ley y el ministro actual ocupa este puesto, aseguro a S. S. que procurará poner en armonía la *ley que organice el poder judicial* con la Constitución»⁶¹.

No obstante, el decreto de Nicolás Salmerón de 8 de mayo de 1873 supuso un parcial avance en el camino hacia cierta separación orgánica, pues pretendió que en ningún caso se restaurase «la antigua involucración del Poder Judicial con el Ejecutivo, de cuya tutela urge por completo emanciparlo, no solo en el ejercicio de su autoridad, sino también en el nombramiento e investidura de sus representantes», considerando que la Constitución de 1869 todavía hacía de la administración de la justicia una de las altas prerrogativas de la Corona. En su consecuencia, «profunda reforma debe sufrir esta Ley —la provisional orgánica de 1870—, si ha de afirmarse la plena independencia del Poder judicial como un verdadero régimen republicano exige, y si ha de constituirse como un órgano sustantivo y libre de esta capital función del Estado de concierto con la soberanía de la Nación, de la cual deben emanar directamente todos los poderes públicos, acabando con el perturbador predominio que hasta ahora viene ejerciendo el Ejecutivo por triste herencia de la institución monárquica»⁶². A pesar de la intervención que se dio al Tribunal Supremo, esta iniciativa acabó también por fracasar.

III.2 RESTAURACIÓN

Superado el Sexenio democrático, el título X de la Constitución de 1876, bajo la rúbrica *De la Administración de justicia*, convivió con una Ley orgánica provisional del Poder judicial⁶³, quizá porque, partiendo doctrinalmente de la

Carlos Bailly-Bailliere, Madrid, 1873, la sección cuarta se dedicaba al Poder judicial, aunque el artículo 86 era un híbrido entre lo existente y cierta innovación: «A los Tribunales de Derecho y jurados, corresponde privativamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles, administrativos y criminales, juzgando y llevando a efecto lo juzgado»; mientras que en el artículo 31 había señalado que «en cada uno de los tres organismo políticos, existirán los Poderes legislativo, ejecutivo y judicial, los cuales funcionaran con entera independencia».

⁶¹ En la sesión de 26 de julio de 1873, *DSAN*, n. 50, pp. 955-956. Las cursivas son mías. Con anterioridad, en la sesión de 15 de febrero de aquel mismo año se había constituido una Comisión «para la organización del poder judicial», *DSAN*, n. 3, p. 79.

⁶² *Gaceta de Madrid* de 9 de mayo de 1873.

⁶³ Véase la discusión constituyente en *DSCD*, n. 66, sesión de 22 de mayo de 1876, p. 1636. Enmienda de LINARES RIVAS, que no pudo defenderla, firmada entre otros por Sagasta: *La justicia se administra por el Poder judicial en nombre del Rey*. ÁLVAREZ BUGALLAL sostuvo, por la comisión redactora, que «no puede admitirla, puesto que reducida a proponer que la justicia se adminis-

unidad de poder, se concebía como una función⁶⁴, y a pesar de que el artículo 80 de aquella remitía su desarrollo a una «ley orgánica de tribunales», que seguía siendo la única orgánica mencionada en su texto. Se continuaba empleando el verbo ejercer, pero se omitía dónde residía⁶⁵. Es más. Álvarez Bugallal, Saturnino, fue claro:

«De tal manera es exacto, que la escuela que considera el orden judicial como Poder, buscaba su organización dentro de sí mismo sin tomar participación el Poder público, que consignaba el principio de que a la magistratura correspondía la elección de sus miembros y sus ascensos. La lógica entraña esta clase de consecuencias; *el día que el orden judicial sea verdadero Poder, tendrá que buscar en su propio seno su constitución, su renovación, sus ascensos. ¿Aceptáis esto? Creo que no*, pues la lógica y la enseñanza de estos últimos tiempos demuestran que es una locución que podéis abandonar; que es una pretensión ambiciosa de escuela eso de la división de los Poderes; *que esa es una división arbitraria, y que en realidad esa locución de Poder judicial no debe tomarse sino como la tomaba la misma escuela que hizo esa división de los Poderes.*»⁶⁶

Es decir, ningún partido político, por más que proclamara la existencia del poder judicial, estaba por la labor de consentir un poder orgánicamente independiente y sin control, por lo que tan solo se aceptaba la división de potestades entendida como independencia funcional ejercida por jueces y magistrados⁶⁷.

tre en nombre del Rey por el Poder judicial, presupone la existencia de más de un Poder; y la comisión cree que, científicamente considerada esta cuestión, si bien es verdad que por una abstracción constitucional se han dividido los Poderes, en realidad no hay más que uno. La enmienda contiene una implicación de términos, porque administrar la justicia en nombre de un Poder por otro Poder, es una implicación de Poderes. Por esta razón, aunque con el sentimiento de no tener impugnación enfrente la Comisión, se ve en la necesidad de manifestar a la minoría constitucional que no puede admitir la enmienda». Fue rechazada por la mayoría parlamentaria.

⁶⁴ Así, las palabras de GARCÍA CAMBA, M., : «prescindiendo por completo del concepto filosófico del Poder, y comprendiendo la palabra tal como la usan todos los pueblos modernos, *tomando los Poderes como manifestación, como función*, le diré que el Poder judicial como independiente está consignado en la Constitución de Suiza, en la de Holanda, en la de Portugal, en la de Suecia, en la de Noruega, y lo ha estado en dos o tres Constituciones de España», en *DSCD*, n. 66, sesión de 22 de mayo de 1876, p. 1652.

⁶⁵ «*El Poder judicial*, lo mismo que los demás poderes, *se ejerce por medio de órganos que representan al Estado nacional*, del cual emanan todas las funciones. Estos órganos reciben la denominación genérica de tribunales... sea cualquiera la estructura de los órganos del Poder judicial, estos no absorben por completo dicha función. *Los tribunales representan al Estado en el ejercicio del Poder judicial*, pero la sociedad política participa directamente por sí misma de su ejercicio», según SANTAMARÍA DE PAREDES, V., *Curso de Derecho Político*, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fe, Madrid, 1883 (2.ª ed.), pp. 329 y 332. Las cursivas son mías y delatan la identificación del poder judicial como una función, pues se parte implícitamente la unidad de poder.

⁶⁶ *DSCD*, n. 66, sesión de 22 de mayo de 1876, p. 1652.

⁶⁷ En este sentido, años después TORRES, M., *El juez español. Lo que ha sido, lo que es y lo que debe ser*, Góngora, Madrid, s/f [¿1920?], p. 44, manifestaba con respecto a las rúbricas constitucionales que «cuando la titula Poder, es porque la considera como tal y atiende a su esencia, y cuando la moteja con el nombre de Administración, será por conceptualarla y apreciarla como función especial del Estado, acaso diferente y aparte de las otras funciones, pero sometida y dependiente del Poder ejecutivo. En una palabra: que el título rotundo y valiente de Poder judicial,

En los años inmediatamente posteriores a la promulgación de la Ley de 15 de septiembre de 1870 comprobamos que, incluso normativamente y sin entrar en los proyectos para reformarla sobre unas bases previas, desde los Gobiernos del turno no siempre se empleó la fórmula «poder judicial», a pesar de que el texto legal se consolidó, superando la idea de provisionalidad en los términos teóricos que vimos más atrás. Se aludió, por ejemplo, al *orden judicial*, que es la terminología moderada que mantuvieron los conservadores. Apurando la interpretación, bien parece que *orden judicial* engloba a los miembros de la Judicatura y la Magistratura⁶⁸, quizá junto con los auxiliares, aunque al mismo tiempo cabe considerar que todos los *funcionarios del orden judicial* son los que integraban (en la teoría constitucional y legal) el poder judicial, que sin embargo en esta parte dependían del ejecutivo. Así pues, se afianzó la discusión acerca de la existencia del mentado poder, que más allá del debate programático entre partidos muestra la realidad de la vida política cuando se ostenta el ejecutivo y cuando se está en la oposición parlamentaria, evidenciando las contradicciones en que se incurre cuando todos –absolutamente todos– los partidos políticos tenían la misma finalidad: el control de la Judicatura y de la Magistratura como mecanismo de intervención sociopolítica y, en determinados aspectos, socioeconómica.

Los progresistas, en general, como es sabido, eran partidarios de la existencia del poder judicial, mientras que los moderados/conservadores, en general, optaban por la expresión orden judicial o, con la que menos carga política tenía, administración de justicia. Pero la disputa no dejaba de ser meramente onomástica, porque unos y otros mantuvieron en realidad las mismas líneas de actuación práctica para sujetar al conjunto de jueces y magistrados, es decir, a los integrantes de tales construcciones políticas.

En este contexto es llamativa la postura de Andrés Borrego que, desde su pensamiento conservador, propugnaba porque hubiera «un poder judicial independiente, de presentación del Tribunal Supremo de Justicia, inamovible también éste, y que además de sus atribuciones judiciales llenase hasta cierto punto el lugar de la antigua Cámara de Castilla⁶⁹». En otras palabras, que del alto tribunal dependieran también las designaciones, ascensos, etc. de jueces y magistrados. Tampoco era la primera vez que se aludía durante el siglo XIX a esta desaparecida institución.

revela en el legislador el ánimo resuelto, la convicción firme y el propósito decidido de dar a la función judicial toda la independencia y garantías que requiere para ser un verdadero poder soberano dentro de la Constitución». De manera que este poder se entiende en cuanto a la función que ejerce, si bien con un matiz orgánico pues solo podría calificarse de tal por su independencia del poder ejecutivo, ya que en otro caso estaríamos ante la vieja idea de orden judicial o administración de justicia.

⁶⁸ Real Orden de 10 de abril de 1878: «los actos de juramento y toma de posesión de los funcionarios del *orden judicial* y del Ministerio fiscal, así como los expedientes que se instruyen con tal motivo y los que se forman con arreglo a lo establecido en el capítulo 2.º del título 22 de la *Ley provisional sobre organización del poder judicial* para la concesión de licencias y sus prórrogas...».

⁶⁹ *Cómo ha funcionado en España el régimen constitucional y cuáles han de ser las condiciones de su estabilidad*, Establecimiento Tipográfico, Madrid, 1876, p. 14. Tirada aparte de la *Revista de España*, 205, 1876, pp. 71-88.

Son reseñables los debates parlamentarios habidos a lo largo de 1878, en la medida en que muestran las posturas enfrentadas entre conservadores y liberales dentro del turnismo de la Restauración. Los principales protagonistas, aunque no los únicos⁷⁰, fueron Aureliano Linares Rivas y Fernando Calderón Collantes, entonces ministro de Gracia y Justicia. El primero planteó su deseo de «saber si la administración de justicia es *Poder* o es *orden*», porque «la Constitución dice que es *administración de justicia*; el Sr. Ministro de la Gobernación tiene dicho aquí solemnemente que es *Poder*; yo necesito saber la opinión del Sr. Ministro de Gracia y Justicia, porque entonces entenderé si hay o no uniformidad de pareceres entre los Ministros; si es la Constitución la que inspira a todos ellos, o si cada uno tiene un criterio diferente». La respuesta de Calderón se ajustó a la ideología conservadora: «Cada Poder en su esfera de acción, en la esfera que señala la Constitución, que organiza y distribuye el Poder público: a las Cortes con el Rey hacer las

⁷⁰ DSCD, n. 54, 4 de mayo de 1878, p. 1246, intervención de ROMERO ROBLEDOS, F., a la sazón ministro de la Gobernación: «La Administración de justicia esta confiada por el Código fundamental que hoy tenemos a un Poder. (El Sr. Ulloa: Usúa se ha negado terminantemente a que se califique de Poder). Tiene la independencia de un Poder, y si no está calificado de Poder está definido y expresamente consignado. (El señor Ulloa: Lea V. S. el título. (Otro Diputado: A que no.) Él no le contesto con el artículo 76 de la Constitución del Estado que dice así: (El Sr. León y Castillo: A ver). Señor León y Castillo, siempre es bueno ver, porque con la agitación en que llevamos aquí la vida política unos y otros, se nos pasan sin ver muchas cosas; por consecuencia, es bueno que venga la discusión para llamar la atención sobre ellas. “A los Tribunales y Juzgados pertenece...” , notad bien las palabras; artículo 76, título 9.º (El Sr. Marqués de Sardoal: ¿Qué epígrafe?) *La Administración de justicia*; lo cual es cuestión distinta, y no sé, por consiguiente, qué significa el pedir el epígrafe; porque la justicia se administra o por un Poder o por un orden judicial, y el epígrafe no significa nada aquí; eso es confundir la cuestión con las personas que desempeñan la función. Por consecuencia, venga otra interrupción más oportuna. “A los Tribunales y Juzgados pertenece (va diciendo la Constitución del Estado) exclusivamente *la potestad* de aplicar las leyes...” . ¿No tiene potestad aquel a quien le pertenece exclusivamente? ¿Qué es aquella institución a quien exclusivamente le pertenece *la potestad* de hacer las leyes? Será el Poder legislativo. ¿Qué es aquella institución a la que exclusivamente le pertenece *la potestad* de administrar justicia? El Poder judicial; la cuestión de nombre no significará nada. Por eso el Sr. Marqués de Sardoal hacía muy bien en protestar que él aquí no iba a acusar a los tribunales, porque perdería el tiempo, porque el Congreso no puede acusar a los tribunales, porque los tribunales son independientes de este Poder. (El Sr. León y Castillo: ¿Qué le pertenece al orden judicial?)». Tras una llamada al orden del presidente de la Cámara, continuó afirmando: «Esa pregunta que hace el Sr. León y Castillo también supone que su ceguera no se había limitado a esta cuestión que se discute. No hay ningún artículo, y reto a S. S. a que lo busque en toda la Constitución, en que se hable del orden judicial; por consecuencia, eso de orden judicial no sé por qué me lo pregunta, El orden judicial *constitucionalmente* no le conozco». El marqués de Sardoal eufemísticamente dio las gracias al ministro, «por la claridad con que ha expuesto sus opiniones, y me alegro mucho de saber que en su concepto la administración de justicia corresponde al Poder judicial; que el organismo en virtud del cual las leyes se aplican y los derechos se reconocen no corresponde a un *orden*, sino a un *poder*. Me alegro mucho que haya dicho esto S. S. y puede ser que en alguna ocasión se arrepienta de ello. Pero la Constitución de 1876, como toda Constitución que se funda en principios doctrinarios, y en eso se diferencian esencialmente las escuelas doctrinarias de las escuelas liberales, reconoce un poder menos que los que reconocen los partidos liberales; al Poder Real, que se compenetra con el Poder ejecutivo, en virtud de la prerrogativa que el Rey tiene para nombrar los Ministros; el Poder legislativo, con el cual se compenetra también el Poder Real, por las prerrogativas de sanción y de veto que la Constitución reconoce en el Jefe del Estado: de modo que en estos tres poderes hay dos distintos: uno común a los otros dos. La diferencia esencial entre vuestra escuela y la nuestra está en que vosotros no veis un cuarto Poder que nosotros reconocemos, el Poder judicial; el más independiente, el más distinto, el más específico de todos los poderes constitucionales».

leyes; al Poder judicial aplicarlas y dictar las sentencias y hacer que se cumplan; al Poder ejecutivo vigilar por la ejecución de las leyes». Bien es cierto que la ideología del ministro que pronunció esas palabras era clara: «¿Y esa Constitución –por la de 1876– qué dice? Prescindiendo de cuestiones: ni dice del Poder judicial, ni del orden judicial; no dice más que “administración de justicia”»⁷¹.

Los debates sobre este asunto continuaron enfrentando a Linares Rivas con el ministro de Gracia y Justicia durante 1878, en los que no se planteaba, sin embargo, la modificación de la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial, ni se planteaba la conformación de un poder político independiente en lo orgánico del ejecutivo. Fueron especialmente interesantes dos sesiones, en primavera, la primera⁷², y a finales de otoño de ese año, la segunda⁷³, destacando el diputado

⁷¹ DSCD, n. 35, sesión de 3 de abril de 1878, pp. 813-814. Las cursivas en los diarios. CUESTA, S., *Elementos de Derecho político*, Imprenta de Francisco Núñez, Salamanca, 1877, pp. 280-281 y 309, manifestaba con respecto al poder del monarca que «el poder judicial arranca de él, nombrando a los magistrados, y casi puede afirmarse que le ejerce en algún modo al corregir los abusos, al templar la severidad de los fallos y al conceder indulto a los penados. El monarca, pues, teniendo parte en el poder legislativo por la iniciativa y la sanción de las leyes asumiendo por completo el poder ejecutivo, e interviniendo en el poder judicial, por el nombramiento y destitución de los jueces, por el ministerio fiscal y por el ejercicio del derecho de gracia, sirve para dar unidad al mecanismo político, en un régimen que profesa como dogma la separación de los poderes para garantía de la libertad y seguridad individual». Todavía defendía que «la función judicial es, según dijimos, una manifestación de la ejecutiva, y su ejercicio está encomendado en los gobiernos representativos a los tribunales de justicia, que la administran en nombre del rey. Representando el monarca al poder soberano del Estado, racional es que le corresponda la decisión de las contiendas o conflictos de los individuos entre sí o con la sociedad; pero la separación de funciones del poder, que el sistema representativo ha considerado necesario para armonizar el orden con la libertad, exige que el rey no administre la justicia por sí mismo y que encomiende o delegue esta facultad en los jueces o magistrados... La delegación, pues, del poder judicial es absolutamente indispensable dentro de los principios del sistema: pero hay más, esta delegación debe ser de tal índole que una vez ejercida la autoridad delegada sean definitivos los resultados de este ejercicio, sea el fallo irrevocable, sin perjuicio se entiende de los recursos y trámites procesales establecidos por la ley como garantía de acierto».

⁷² DSSC, n. 66, sesión de 20 de mayo de 1878, pp. 1742-1744. Linares Rivas había afirmado que «la Administración de justicia tenía aquí, como en todos los países, salvo contadísimas excepciones, el carácter de Poder. El Ministerio de Gracia y Justicia había dado a la administración de la misma toda la importancia, toda la altura, toda la elevación necesaria para que los intereses particulares tuvieran garantías sólidas e imperecederas. Era, pues, el Poder judicial una cosa indiscutible, una cuestión que no estaba ya en tela de juicio, un asunto aceptado y fallado por la ciencia, por la tradición y por el ejemplo de todos los países en donde estas materias se desarrollan de la manera que yo desearía que se desarrollaran en mi Patria... pero a la sombra de la política reaccionaria, que todo lo destruye, tenga o no relación con la política, ese Poder desaparece y queda convertido en una máquina, en una rueda accidental de nuestra Administración pública y no se llama más que administración de justicia... Días pasados, incidentalmente, discutimos aquí sobre si la organización judicial tiene el carácter de Poder o el de una rueda de la Administración, y el señor ministro de la Gobernación, contestando al Sr. Ulloa, decía que era Poder la administración de justicia, que era un Poder que tenía las condiciones y el criterio y la ciencia y la virtud de un Poder público... el señor ministro de la Gobernación, miembro de este Ministerio, sostiene con gran pujanza que la administración de justicia es Poder judicial, y yo requiero al señor ministro de Gracia y Justicia para que sobre este particular emita su opinión explícita y terminante; aquí no caben anfibologías».

⁷³ DSCD, n. 138, sesión de 30 de noviembre de 1878, p. 3805. Linares afirmó: «Hay, Sres. Diputados, entre los partidos reaccionarios y los partidos liberales una diferencia esencialísima, profunda, entre otras muchas. Esta diferencia consiste en la *distinta manera de apreciar las fun-*

gallego las contradicciones en el seno del Gobierno a la hora de caracterizar a la administración de justicia, además de incidir en la discrepancia ideológica que sobre ello existía entre las fuerzas parlamentarias:

«El partido constitucional está de acuerdo en considerar que la administración de justicia no puede ser una rueda, no puede ser un orden del mecanismo gubernamental, sino que *tiene que ser un poder con la naturaleza, con las condiciones y con las facultades propias de un verdadero poder*. Cuando se discutió la Constitución de 1876, designárame a mí el partido constitucional para sostener esa teoría, impugnando el título 12 de dicho Código fundamental: preparábase yo para hacerlo con mis escasas fuerzas, cuando una terrible desgracia de familia que me aquejó el mismo día impidióme venir aquí a cumplir ese deber. Pero entonces mi querido amigo el Sr. Ulloa, que no necesita preparación, que tiene grandes conocimientos para levantarse a sostener tesis tan profunda, levántose aquí a sostener con irrefutable doctrina lo que el partido constitucional quería; esto es, que en el Código más grande del Estado *no se diera a la Administración de justicia un papel secundario, sino que se le atribuyera el carácter de Poder*. Sus esfuerzos fueron vanos, porque lo han sido siempre los de esta oposición; el Gobierno con su mayoría cerrada negose a toda clase de enmiendas, y en efecto, *lo que antes era Poder judicial decayó y quedó reducido a simple rueda de la administración*. Desde entonces, pues, quedó como administración de justicia este orden importantísimo; y más tarde, en una de las sesiones que aquí se han celebrado, levántose el Sr. Romero Robledo, y con la idiosincrasia que le distingue *dijo que la administración de justicia era un Poder*. Entonces nosotros impugnamos esta tesis diciéndole que él como ministro había amparado la Constitución donde se decía lo contrario, y que interesaba saber quién estaba en lo cierto, si él sosteniendo esa tesis anticonstitucional, o el señor ministro de Gracia y Justicia que siempre se parapetaba detrás de la administración de justicia diciendo que no era Poder. Hubo discusiones animadas, y como siempre sucede, el señor ministro de Gracia y Justicia, que no deja de sostener que la administración de justicia es

ciones, la naturaleza del poder judicial. Los partidos liberales creen que la Administración de justicia en su principio y en todos sus desenvolvimientos es un poder perfecto. Los partidos reaccionarios despojan a la administración de justicia de esa alta importancia, de ese nobilísimo carácter y la convierten en un agente de la Administración pública. Si esta diferencia fuera de escuela, fuera de nombre, no la discutiríamos aquí; pero es que detrás de esto hay algo más que una cuestión de nombre, porque esa diferencia, llevada a la práctica, tiene consecuencias incalculables. Los que creemos que la Administración de justicia es un poder dentro de todos los poderes del Estado, un poder que forma el organismo del régimen político constitucional, le damos una autonomía perfecta, gran responsabilidad a sus actos y gran trascendencia a todo lo que de ella procede. Así, pues, con esa autonomía y con esa facultad para disponer en todo lo que es de su incumbencia, la representamos rodeada de una aureola tal de prestigio y de importancia, que por sí sola puede ser muy bien un puntal firmísimo de la organización del Estado. Los que, a la inversa, la consideran como una rueda de la Administración, quítanle esa importancia, quítanle ese prestigio; y de ahí a valerse de ella como instrumento, no hay más que un paso. Este paso le ha dado el Gobierno; este paso le ha llevado a cabo con audacia insólita el actual Sr. Ministro de Gracia y Justicia», lo que se demostraba por la vulneración del principio de inamovilidad judicial. En cualquier caso, obsérvese que la discrepancia apuntada se encontraba en la apreciación de las funciones, no en su configuración como un verdadero poder político con su autogobierno. De ahí que se incidiera en la inamovilidad e independencia del juez, no en la judicial.

una simple rueda administrativa, convino con el Sr. Romero Robledo *en que podía ser un Poder del Estado*; y de esta manera, dentro de un mismo Ministerio hemos visto sostener el pro, el contra y el término medio.»⁷⁴

Pocos años después y en una de tantas escaramuzas parlamentarias, Cánovas del Castillo afirmó que «en la Constitución vigente quitó el Sr. Alonso Martínez el título Poder judicial; desposeyó a la administración de justicia de ese nombre». Continuó argumentando, dentro de los esquemas del liberalismo doctrinario, que:

«Si la Comisión constitucional lo hubiera deseado, no hubiera tenido inconveniente en aceptar el título de *Poder judicial*, en vez del título de *Administración de justicia*. Elevándonos a las alturas de la doctrina, aun cuando se ponga el nombre de *Poder judicial*, la verdad es que *no hay ejemplo de que en ningún país, ni bajo ninguna Constitución, el Poder judicial sea un verdadero poder*. No lo es, a mi juicio, ni a juicio de graves publicistas, no lo es del todo si quiera en los Estados Unidos; porque *lo primero que necesita un verdadero Poder es la autonomía, la independencia del que forma por sí propio, del que existe por sí propio, la seguridad de que el Poder ministerial no puede influir en él; y esta condición hasta ahora no se ha realizado en ninguna parte*. Pero, en fin, aun cuando esto no se haya realizado por completo, más o menos se aproximan las distintas Constituciones a esto, y ciertamente, la Constitución que más a ello se aproxima es la Constitución de los Estados Unidos. La misma Constitución nuestra de 1869 se aproximaba bastante más a este propósito que la Constitución vigente. Pero en todo caso, aun cuando se tenga la opinión de que debe procurarse elevar la administración de justicia a la esfera de un verdadero Poder, dándole todos los caracteres de tal; aun cuando esto se sostenga y se pueda sostener, ¿habrá quien crea que en España, con la facultad absoluta de trasladar, de separar o de nombrar los encargados del Poder judicial, forma éste un verdadero poder? ¡Ah! Si fuera así, si tuviera condiciones de existencia propia, yo lo digo franca y lealmente, porque he empezado por decir que no soy opuesto a ello, serían mucho más raros los casos de atropello de los derechos de los ciudadanos por parte de los tribunales de justicia...»⁷⁵

De entre los pasajes destacados, detengámonos en la afirmación «si tuviera condiciones de existencia propia». Si no tiene tal es que depende de otro poder. La pregunta previa evidencia que Cánovas reformuló las ideas del moderantismo, sin alterar lo sustantivo, pues a pesar de ese ofrecimiento y observando su conducta política, aceptaba plenamente la dependencia estructural de jueces y tribunales y, en consecuencia, que al Gobierno le correspondía el nombramiento, traslado, ascenso, cese o jubilación de aquellos. En todo caso, las afirmaciones parlamentarias de unos y otros divergían tan pronto como asumían el ejecutivo.

Alonso Martínez, entonces sentado en el banco azul como ministro de Gracia y Justicia, replicó, entre otros asuntos, para defender que «la administración de justicia constituye un verdadero Poder, un Poder autonómico... y para demostrar que es autonómico me bastaría, ya que el Sr. Cánovas es académico

⁷⁴ DSCD, 2 de diciembre, n. 139, p. 3827. Las cursivas son mías.

⁷⁵ DSCD, n. 90, sesión de 27 de marzo de 1882, pp. 2368-2369.

de la lengua, con pedir que trajeran un Diccionario de la Academia, y vería S. S. que por el solo hecho de no ser justiciable por ningún Poder extraño, el Poder judicial es autónomo⁷⁶». Al mismo tiempo justificó el cambio de rúbrica en la Constitución de 1876:

«Me preguntaba el Sr. Cánovas del Castillo ¿por qué el Sr. Alonso Martínez, autor de la Constitución (esta vez me concedía un título que no merezco; pero en fin, suponía S. S. que yo tenía tal influencia como presidente de aquella Comisión, que le impuse una doctrina que no era la de S. S.), por qué permitió el Sr. Alonso Martínez que se borrara el epígrafe de Poder judicial? Pues muy sencillo, señores; ¿no nos proponíamos tres partidos de procedencia diferente, unidos para solo un fin común, crear una sola legislación en el orden constitucional, una legislación común a todos los partidos? Pues la primera base que establecimos para redactar esa Constitución fue darle tal flexibilidad, hacerla tan elástica, que esos partidos pudieran alternar en el Poder sin que hubiera en esa Constitución nada que repugnara a las doctrinas de unos y otros. He ahí por qué se borró el epígrafe del Poder judicial; pero se mantuvo el art. 76, en el cual se habla de la potestad exclusiva; y si la potestad exclusiva no es poder, venga Dios y véalo.»

Existía profundo recelo a convertirlo en un verdadero poder político independiente en lo orgánico y así lo reflejó Vicente Romero Girón en la apertura del año judicial de 1883 al mencionar la posibilidad de que los nombramientos judiciales se efectuaran «por la Magistratura», por lo cual «tendrían la ventaja de una independencia relativa frente a frente del poder». Pero, a continuación, desecha tal opción porque «ese método traería el inconveniente de cierto monopolio, por donde muy luego el cuerpo judicial se tornaría en Poder político, tanto más temible cuanto menos sujeto a inspección»⁷⁷. En otras palabras, solo cabía admitir dos poderes políticos, el ejecutivo y el legislativo, incluso podríamos añadir el moderador, pero nunca cabría afirmar lo mismo del judicial. De ahí que, por extensión, la denominación legal de 1870 podía mantenerse en cuanto que su regulación estaba referida a la organización de los tribunales o a un poder (potestad) funcional, pero nunca a la existencia de un poder orgánico independiente de aquellos.

En línea con lo anterior, pero desde postulados opuestos, el conservador Francisco Silvela, siendo ministro de Gracia y Justicia, al hablar del «orden judicial» defendió que ya tenía trazados sus fundamentos y límites:

«que solo por una costumbre que hoy por hoy no puede tener apoyo ninguno en la ley, lo llamamos a menudo poder, siendo su término propio, como sabe perfectamente el Sr. Montero Ríos, el de orden judicial o administración de justicia, a causa de que nuestra Constitución no le da otro carácter, habiendo sido este punto uno de los que han merecido la concordia de todos los partidos que concurrieron a la elaboración de la Constitución de una manera más o menos

⁷⁶ DSCD, n. 90, sesión de 27 de marzo de 1882, pp. 2372-2374. Las cursivas son mías.

⁷⁷ Discurso leído por el Excmo. Sr. D. Vicente Romero y Girón, ministro de Gracia y Justicia, en la solemne apertura de los tribunales, celebrada el 15 de septiembre de 1883, Madrid, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1883, p. 11.

directa; el orden judicial no ha tenido dentro de esa Constitución el carácter de Poder, porque verdaderamente, solo prescindiendo, a mi juicio, en absoluto de todo lo que la realidad nos enseña y nos demuestra, puede sostenerse que España está preparada para tal reforma con sus legítimas y naturales consecuencias. Fuerza es reconocer, aunque sea con gran pena, que nos faltan instituciones, costumbres arraigadas, respetos en la opinión, clases preparadas para ejercerlo, de donde nace el gran peligro de darle esa amplitud, como se vio bien tristemente al escribirse la ley orgánica del Poder judicial, con un poder redactado a maravilla en las páginas de este libro, obra que grandemente honra a S. S. y a los que a ella concurrieron, como concepción científica, ordenada, metódica, pero sin eficacia alguna en la práctica, sin medios de traducirse en resultados beneficiosos para el país en lo más sustancial de la reforma.»⁷⁸

El mantenimiento de una Constitución en la que se negaba formalmente la existencia orgánica de un poder judicial independiente contrastaba, teóricamente, con una Ley sobre organización del Poder judicial que la desarrollaba, lo cual solo se puede entender, en buena lógica, porque tras la fachada legal lo que existía realmente era una ley de organización (orgánica) judicial, ajustándose así a lo previsto en su artículo 80. El nombre interesaba a unos, el contenido a los otros⁷⁹. La realidad es que la rúbrica se mantuvo por esa aludida *costumbre*, pues su contenido interesaba a todos. La coincidencia de fondo entre unos y otros se comprueba bien fueran los conservadores quien presentaran un nuevo proyecto⁸⁰, bien lo hicieran los liberales⁸¹. En este sentido, Antonio Aguilar,

⁷⁸ DSCD, n. 84, sesión de 7 de febrero 1885, p. 2112.

⁷⁹ Con el paralelo debate doctrinal: «Mucho se ha hablado sobre si la potestad de aplicar las leyes constituye un poder separado o es una rama del ejecutivo. La mayor parte de los autores sostienen esto último, y así parece aceptarlo la Constitución vigente –se refiere a la de 1876–, pues ha suprimido el título que la de 1869 consagraba al Poder judicial... Al consignar cómo se encuentra organizado el Poder judicial, diremos primero cuáles son los Tribunales ordinarios o del fuero común, tratando después de los especiales...», según LASTRES, F., *Procedimientos civiles y criminales, con arreglo a las novísimas leyes de Enjuiciamiento civil, criminal demás disposiciones vigentes*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1887, p. 37.

⁸⁰ En junio de 1891 se presentaría ante el Senado el *Proyecto de ley estableciendo bases para la organización de Tribunales* por FERNÁNDEZ VILLAVERDE, R., en DSS, n. 77, sesión de 23 de junio de 1891, apéndice primero; y *Gaceta de Madrid* de 25 de junio, en el que no se alude para nada al poder judicial: «El Gobierno de S. M. tiene la honra de presentar a las Cortes el adjunto proyecto de ley estableciendo bases para la organización de Tribunales, destinadas a reformar uno de los organismos principales del Estado, verdadero depositario de la sanción del derecho. Concrétase este proyecto, a la organización de los Tribunales, debiendo seguirle los relativos al orden procesal... Artículo 1. Se autoriza al Gobierno de S. M. para que, oyendo a la Comisión general de Codificación, redacte y publique una ley orgánica de Tribunales, teniendo presentes la provisional de 15 de septiembre de 1870 –advirtiéndose que se omite, creo que conscientemente su título– y la adicional a ésta de 14 de octubre de 1882, e introduciendo las modificaciones y reformas aconsejadas por la experiencia, para la más acertada distribución de todos los servicios de la administración de justicia, con sujeción a las bases siguientes: 1.ª Ejercerán la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales que el artículo 76 de la Constitución confiere a los Tribunales y Juzgados: los jueces de paz; los jueces y Tribunales municipales; los jueces de instrucción; los Tribunales de partido; las Audiencias territoriales; el Tribunal Supremo».

⁸¹ El *Proyecto de ley de bases para la reforma de la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1894 incide, en su preámbulo en la organi-

que alcanzó la magistratura, lanzó un dardo hacia el legislador de 1870, que puede aplicarse a sus sucesores, al no dejar «establecido el nuevo Poder, y se contentara con reconocerlo en el nombre»⁸².

En enero de 1888 y al discutirse en el Senado sobre el jurado, el penalista Luis Silvela acusó a Romero Girón de haber comenzado «como hemos empezado muchos, examinando *la cuestión de si el orden judicial, es decir, la función judicial* tenía tras sí, o le correspondía, un poder enteramente independiente, distinto del Poder ejecutivo; *en suma, si el Poder judicial era un Poder*». Reconocía, sin embargo, que «tal vez dentro del derecho enteramente constituyente y del ideal, pueda sostenerse que el Poder judicial es distinto del Poder ejecutivo». Aludió a que Colmeiro le había enseñado «que no existían más que dos Poderes», es decir, «el poder de hacer la ley y el de aplicarla, bien sea en función judicial, bien sea en función administrativa». Frente a sus planteamientos se encontraba la contraparte parlamentaria, puesto que:

«la desgracia del Partido liberal está en que todo su amor hacia el Poder judicial consiste en *ponerle un nombre, no en darle las condiciones necesarias para que ese Poder sea Poder*. No basta llamar al orden judicial Poder judicial; es indispensable el que penséis maduramente, si queréis que el orden judicial sea Poder, en darle las debidas condiciones, en que le organicéis como exigen que sean organizados los Poderes. Si entendiéis que el Poder judicial es una emanación de la soberanía, el cual poder se ejerce en virtud del que en el pueblo reside, según vuestras doctrinas, entonces no hay que pensar en organizarle de otra manera más que por medio del sufragio y viniendo los jueces electivos. ¿Tenéis valor para establecer en España una organización fundada en la elección de los jueces? ¿Sí? Pues entonces establecedlo, y podéis llamarle Poder judicial. Entre tanto que no tengáis ese valor, *no llaméis al Poder judicial lo que no es, engañando al orden judicial y engañando al público con frases mal aplicadas*. Si el Poder judicial es Poder emanado de la soberanía, no hay más remedio que organizarle electivamente, y por consiguiente, de esa manera conseguiréis lo que deseáis; pero de otra, es absolutamente imposible... yo no vengo a discutir si el Poder judicial es un poder o si es tan solo una función. Lo que digo es, que no hay posibilidad de sociedad en tanto que no se administre justicia.»⁸³

Desde postulados doctrinales se continuaba insistiendo en la visión funcional del poder judicial, apareciendo desterrada cualquier configuración orgánica

zación de tribunales y no en el poder judicial: «Señora: Inspirado en el estudio de las necesidades de la Administración de justicia, y en el deseo del acierto en las soluciones que propone, ha formulado el Ministro que suscribe el adjunto proyecto de bases para la *reforma de la organización judicial* y del procedimiento civil...». De hecho, la rúbrica del texto de RUIZ CAPDEPÓN, T., es *Bases para la reforma de la ley sobre organización judicial*. Si no existía una ley con esta denominación, es que evidente que solo podía referirse a la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial, que de nuevo es identificada como de organización (de tribunales) y no de poder (político). *Gaceta de Madrid* de 19 de octubre de 1894.

⁸² AGUILAR, A., *Justicia para la Justicia*, Librería de Fernando Fe, Madrid, 1891, pp. 75-76.

⁸³ DSS, n. 32, sesión de 25 de enero de 1888, pp. 642-644.

independiente del mismo. En esta línea, se afirmaba a finales de siglo que «el Parlamento no es el poder legislativo, sino el órgano de la función legislativa; el Monarca no es el poder ejecutivo, sino el órgano de esa función, y los Tribunales no son o no constituyen el poder judicial, sino que también son los órganos de esa función⁸⁴». Una idea que se sustenta sobre el principio de unidad del poder y variedad de sus funciones. Idea que paulatinamente se irá reforzando desde diferentes visiones políticas y planteamientos doctrinales.

Se consolidaba la idea de la unidad de poder, con independencia de sus manifestaciones, la cual servirá de fundamento a cualquier régimen político, tanto se sustente en la soberanía nacional como en la compartida, la estatal o la orgánica para cuanto afecta a la división funcional y a las competencias de jueces y tribunales. Adolfo Posada partía de la *función total* como función de unidad del poder supremo del Estado, que fluye en distintas direcciones particulares y cuya armonía es preciso mantener, de manera que «las mismas funciones, que para aceptar una nomenclatura corriente, si bien impropia, denominamos legislativa, ejecutiva y judicial, aunque se especialicen en órganos, son la misma función total, de igual suerte que las funciones del organismo individual, aunque se especifican y ejercen por órganos o sistemas de órganos, son funciones de todo el ser de quien es el organismo»⁸⁵.

La situación no medró en las dos primeras décadas del siglo xx a pesar de algunos intentos por reformar, sobre bases previas o no, el texto de la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial⁸⁶. Estas propuestas se centraron, sobre todo, en lo ya conocido acerca de la organización de los tribunales y del

⁸⁴ MELLADO, F., *Tratado elemental de Derecho político*, Tipografía de Manuel G. Hernández, Madrid, 1891, p. 338.

⁸⁵ *Tratado de Derecho político*, Librería de Victoriano Suarez, Madrid, 1893, tomo I, p. 336. En el tomo II, pp. 594-595, agrega que «es también un hecho casi general, la tendencia reinante a conceptuar esta función como una función que exige un órgano específico, en razón de la especialidad de su contenido y del momento distinto de la vida del derecho que implica... la tendencia aludida se manifiesta ostensiblemente en el derecho constitucional, en la consideración con que se trata dicha función, elevándola en los detalles de la organización política, a la categoría de *poder del Estado*, es decir, de función independiente substantiva, que responda en su organización a la misma ley que el poder legislativo, gozando de una propia esfera de acción, relativamente soberana, y atribuyéndole un origen en la misma conciencia nacional o popular, o del Estado. La idea de la *representación* aplicase en principio a la función judicial, al modo como se aplica a las demás funciones». Sin perjuicio de que los «representantes o funcionarios del orden judicial dependan de los otros órganos del poder del Estado», resultando que «considerado el poder judicial en el elemento personal de carácter *técnico*, que tiene a su cargo la función de un modo especial y ordinario (jueces y tribunales), en todos los países depende inmediatamente, por su origen, y a veces en el desenvolvimiento normal de su vida, de otro poder público» (*ibidem*, p. 598). Las cursivas en el original. Su crítica a la dependencia ministerial fue exacerbada: «no hay poder judicial independiente, donde los jueces son meros funcionarios del poder ejecutivo, sujetos a la voluntad casi omnímoda de cualquier politicastro a quien la suerte condujo al ministerio de Gracia y Justicia», en *Estudios sobre el régimen parlamentario en España*, Biblioteca Económica Filosófica, LVII, Madrid, 1891, p. 165.

⁸⁶ Un listado de las reformas de la Ley de 15 de septiembre de 1870 en AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A., «Antecedentes, principios básicos y proyección histórica de la Ley orgánica del poder judicial», en *Información jurídica*, 305, 1970, pp. 27-83, en particular 75-83. Del mismo autor, *Historia del Poder judicial en España*, Editora Nacional, Madrid, 1974, con la limitación temporal

estatuto de los jueces, pero en modo alguno la conformación de un poder judicial en lo orgánico políticamente independiente.

El *Proyecto de organización y atribuciones de los juzgados y tribunales del fuero común* de 28 de mayo de 1906, refrendado por Manuel García Prieto, guarda armonía con el texto constitucional de 1876 al evitar aludir al poder judicial⁸⁷. Su título preliminar llevaba por rúbrica «de la administración de justicia y de la jurisdicción real española» y su capítulo primero se centraba en «la administración de justicia». Su articulado mantiene los parámetros de la ley que pretendía derogar, de manera que en la exposición de motivos se presenta como un *proyecto de reforma* de la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial, aunque alteraba su nombre: «Art. 1. La justicia se administrará en nombre del Rey gratuitamente a los ciudadanos... Art. 2. Según se declara en el art. 76 de la Constitución del Estado, la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponderá exclusivamente a los Juzgados y Tribunales». La misma línea, por lo que ahora interesa, siguió el proyecto de 12 de abril de 1918 presentado por el conde de Romanones⁸⁸. Se mantenía la independencia funcional, pero se desechaba la orgánica.

Gumersindo de Azcárate dejó escrito que «verdaderamente, forma singular contraste, en ciertos países, la *impotencia* del poder judicial con la *omnipotencia* del poder ejecutivo⁸⁹». Criticaba los perniciosos efectos derivados de la injerencia del poder ejecutivo en la administración de justicia, «de un lado, en la intervención que tiene aquél en la organización del poder judicial, en las facultades que le usurpa y en las trabas que pone a su acción, cosas todas ellas dañosas, pero legales; y de otro, en los abusos, excesos y corruptelas que traen consigo el interés del partido y el individual, que van las más veces mezclados y confundidos, cosas estas más perjudiciales aún que las otras, porque a los inconvenientes comunes a todas se une el de su manifiesta ilegalidad». Incidiendo en el aspecto orgánico, agregaba que «mientras el cuerpo de jueces y

de 1936. También insistiendo en sus numerosas reformas, LASSO, *Crónica de la Codificación española. Organización judicial*, pp. 116-117.

⁸⁷ *Gaceta de Madrid* de 31 de mayo de 1906. Continuó publicándose el texto en los números posteriores.

⁸⁸ DSS, n. 2, sesión de 12 de abril de 1918, apéndice segundo, Proyecto de ley de bases para la reforma de la Ley orgánica de los tribunales –ya no se consideraba del poder judicial–: «Base 1.ª De la administración de justicia y de los organismos a quienes corresponde la función de juzgar. La potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales de la jurisdicción ordinaria, o sea de la que no está por excepción atribuida al Senado ni a jurisdicciones especiales, corresponde a los jueces y Tribunales regulados por esta ley, con la garantía de la inamovilidad de sus funcionarios y bajo su responsabilidad, administrándose la justicia en nombre del Rey».

⁸⁹ Y añadía: «el modo de entender y practicar el régimen parlamentario ha conducido a desnaturalizar la función judicial y a desconocer la índole y naturaleza del poder encargado de desempeñarla, porque al paso que, en teoría, se ha pregonado y repetido la necesidad de que éste sea independiente, garantía de todo derecho lesionado y completamente libre en su propia esfera de acción, en la práctica resulta sometido a los otros poderes, en especial al ejecutivo, limitada arbitrariamente su competencia y coartada su libertad de acción, todo con daño, no solo de la justicia, sino también del mismo sistema representativo», en *El régimen parlamentario en la práctica*, Sobrinos de la sucesora de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1931, pp. 125-127. Las cursivas en el original.

magistrados dependa de un centro administrativo, y éste sea regido por un miembro del Ministerio, esto es, del poder ejecutivo, los tribunales no serán realmente independientes». Para conseguir esta independencia orgánica proponía la atribución al Tribunal Supremo o a su presidente de «todas las facultades que en esta materia competen al Ministerio de Justicia», permitiendo incluso que tuviera asiento en las Cortes⁹⁰. Como veremos, años después se volvió a plantear esta propuesta.

Por su parte, Aguilera y Rives defendían en 1920 que «la función judicial es una atribución inherente a la soberanía que viene a satisfacer una necesidad imperiosa e ineludible con relación al fin jurídico del Estado, *siendo el Poder judicial el órgano* por cuyo medio cumple éste la importantísima misión de administrar justicia»⁹¹, aunque con la cautela que se indicará a continuación. Se decantaban por mantener la división tripartita de Montesquieu, reconociendo «la existencia de tres Poderes distintos, con arreglo a las diferentes funciones o manifestaciones del Poder público»⁹². De este modo se parte de la unidad del poder público o del Estado, para cuya realización de fines y en la parte que nos interesa, los tribunales ejercerían el poder judicial como manifestación de aquel, «de administrar justicia en su doble funcionamiento de juzgar y de ejecutar lo juzgado». Lo cual no impedía reconocer que «el Poder judicial, en su concepto jurídico, debe ser reconocido como un verdadero e independiente Poder del Estado», amparador del orden jurídico⁹³. Insisten, como vemos, en la función, pero no en su configuración orgánica independiente, aspecto en el que recalcan al detallar las características que le separan de los otros poderes, ya que inciden en el objeto exclusivo de aplicación de las leyes en los juicios⁹⁴. Es por ello que conciben a los tribunales como «órganos de expresión y ejecución del Poder judicial⁹⁵», afirmación que contrasta con lo recogido más arriba de la univocidad orgánica que le atribuían. Ahora bien, «el Poder judicial se halla integrado por una serie considerable de Tribunales de orden distinto», por lo cual no se limitarían a los regulados en la Ley de 1870 y la adicional de 1882, sino que «hay que considerar con mucha más amplitud y extensión el concepto

⁹⁰ *Ibidem*, p. 128.

⁹¹ AGUILERA DE PAZ, E., y RIVES Y MARTÍ, F. de P., *El Derecho judicial español*, Editorial Reus, Madrid, 1920, tomo I, p. 41.

⁹² «El Poder público es realmente uno, aunque con distintas e independientes manifestaciones dentro de los prudentes límites que hemos indicado, y así resulta de la exacta noción del Estado», *Ibidem*, pp. 42-43. También BOZA MORENO, J., *Derecho judicial común*, Góngora, Madrid, 1920, p. 16, partiendo de la unidad de poder del Estado, se decantaba por una proyección funcional a la que denominaba *Estado judicial*.

⁹³ *Ibidem*, p. 44.

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 48-49.

⁹⁵ «Esas funciones, así como la potestad necesaria para su realización, las ejercita o las pone en ejercicio el Poder mencionado por medio de determinadas instituciones creadas por la ley con tal objeto, porque siendo dicho Poder una entidad o potestad de orden puramente abstracto en su más completa acepción, no podría desempeñar dicho fin si no estuviese dotada de todos los medios o elementos necesarios para poner en ejercicio la acción judicial... Por ese motivo de la imposibilidad de ejecutar por sí la misión que le corresponde, el Poder judicial delega su potestad y confiere sus atribuciones a favor de determinados funcionarios». *Ibidem*, p. 67.

de los organismos judiciales que constituyen el Poder judicial, toda vez que resultaría un verdadero contrasentido el suponer reducidos los límites del citado Poder únicamente a los Tribunales ordinarios»⁹⁶. Y el razonamiento es lógico porque no solo los ordinarios amparan la aplicación de las leyes, motivo por el cual se integrarían en él todos los que administran justicia. Carácter que denota, sobre todo, la transcendencia que tiene para ellos la visión funcional que parte de la unidad de poder, con independencia de que los tribunales fueran órganos de expresión (juzgar) y ejecución (ejecutar lo juzgado) de ese poder judicial concebido como potestad.

III.3. *DICTADURA DE PRIMO DE RIVERA*

El Directorio Militar pronto se aprestó a abordar lo que, para cualquier gobierno, era una institución crucial con el fin de alcanzar los objetivos de su ideología o, al menos, evitar encontrar en su implantación normativa obstáculos insalvables. De este modo, no tardó en crear organismos para controlar a jueces y magistrados, evidenciando, una vez más, el interés político por el «poder judicial», sin alterar en lo sustancial la Ley de 1870. De este modo, por real decreto de 20 de octubre de 1923 creó la Junta organizadora del Poder judicial⁹⁷, aunque por el de 21 de junio de 1926 la sustituyó por el Consejo judicial que, a pesar de que su artículo 1 lo calificaba como «el organismo superior del Poder judicial en el orden gubernativo y en el disciplinario, salvo el Tribunal Supremo en pleno o la Sala de Gobierno del mismo, en cuanto sea de la exclusiva competencia de éstos», continuaba bajo la dependencia ministerial⁹⁸. Órganos, en definitiva, de control *ad intra*, pero que quedan sujetos a una instancia no judicial, por lo que resulta imposible, aunque se mantuviera la fachada terminológica, la existencia independiente de este «poder».

En este discurrir, la dictadura de Primo de Rivera muestra un ejemplo revelador. Juan Víctor Pradera Larrumbe, en una interpelación que hizo al ministro de Justicia y Clero en marzo de 1929 a propósito de la supresión de la inamovilidad judicial, volvió a deslizar la disfunción entre lo orgánico y lo funcional a través de la crítica al Directorio por haber establecido «otra Junta que se llamaba Organizadora del Poder judicial (yo diría de la función judicial)... cuando digo “Poder”, en

⁹⁶ *Ibidem*, p. 73.

⁹⁷ Se atribuían a esta Junta «todas las propuestas para nombramientos, ascensos, traslados y permutas, desde la categoría de jueces de entrada a la de presidente de Sala inclusive del Tribunal Supremo... salvo lo que pueda disponerse en lo sucesivo», debiendo ajustarse «por ahora, estrictamente, a lo dispuesto en las leyes orgánicas, adicional a la orgánica y demás disposiciones complementarias, usando ampliamente de las facultades discrecionales que ellas autorizan, con arreglo a recta conciencia y sano juicio, sin justificación de las resoluciones que dicte, y sin otra mira que el propio bien de la justicia misma» (art. 3). *Gaceta de Madrid* de 21 de octubre de 1923.

⁹⁸ Obsérvese que parece constituirse para gobernar orgánicamente el Poder judicial, aunque con los matices que se enumeraban a continuación, porque «a los efectos de su organización y funcionamiento dependerá solamente del Ministro de Gracia y Justicia», gozando de cuantas facultades y deberes se le atribuyeran por su disposición creadora «o por cualquier otra disposición con fuerza de ley». *Gaceta de Madrid* de 22 de junio de 1926.

mi interior digo “función”⁹⁹». Es decir, el poder (que niega que exista en lo orgánico) se identifica con función (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), porque la dependencia orgánica continuaba siendo ministerial. La Ley de 1870 continuaba vigente, con su título, aunque se rechazara la existencia orgánica de un poder judicial de naturaleza política. En otras palabras, unidad de poder y soberanía, con distribución de funciones y órganos específicos encargados de ejercer, en el caso que nos ocupa, la aplicación de las leyes en el ámbito jurisdiccional normativamente delimitado. Planteamiento que, ni era novedoso, ni puede limitarse a esta etapa.

En línea con lo expuesto, la Unión Patriótica elaboró una propuesta que encubría las distorsiones políticas. No obstante, el artículo 97 del Anteproyecto de Constitución marcaba diferencias con la regulación precedente, con independencia de mantener desde el Directorio civil cierto control indirecto sobre la organización judicial:

«Al Poder Judicial corresponderá dentro de la ley la potestad exclusiva de procurar e inspeccionar el adecuado ejercicio de las funciones de justicia, y la de nombrar, remover, corregir y castigar a los funcionarios que la administren.

La facultad de nombrar, ascender y separar a los magistrados, fiscales y jueces cuya designación no esté reservada por la Constitución o la ley a otras entidades, cuerpos u organismos, estará atribuida a los órganos gubernativos del Tribunal Supremo.

La ley señalará las garantías y recursos que condicionen el ejercicio de esta facultad.

El Presidente del Tribunal Supremo servirá de órgano de enlace de la jurisdicción ordinaria con el Gobierno, para el ejercicio de la función gubernativo-judicial, y por su mediación podrán los Tribunales dirigirse al Rey y comunicarse con el Poder Legislativo.»¹⁰⁰

Por su parte, el *Anteproyecto de ley sobre organización del Poder judicial y contenido, límites y garantías de la función que ejerce*, de 6 de mayo de 1929, redactado por la sección 1.^a de las Cortes constituyentes y que reproduce literalmente del Anteproyecto de Constitución, nos permite comprobar la utilización de la nomenclatura para encubrir el verdadero contenido:

«Art. 1. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución, el Poder judicial se ejerce en nombre del Rey, por los Tribunales y Juzgados, que gozan de plena independencia respecto de los demás Poderes.

⁹⁹ DAN, n. 42, sesión de 22 de marzo de 1929, p. 578.

¹⁰⁰ De este texto cabe destacar los siguientes preceptos: Artículo 6. El sistema constitucional del Estado español responde al doble principio de diferenciación y coordinación de Poderes. Artículo 43... Corresponde también al Rey la potestad de hacer ejecutar las leyes, la de cuidar de que en su nombre se administre justicia pronta y cumplida. Título X. Del Poder Judicial. Artículo 93. El Poder Judicial se ejerce en nombre del Rey por los Tribunales y Juzgados, que gozan de plena independencia respecto de los demás Poderes.

Competerá exclusivamente a los Tribunales y Juzgados la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles, criminales y contencioso-administrativos y en cualesquiera otros que les encomienden las leyes.»¹⁰¹

De nuevo el verbo ejercer. De nuevo se incide en la función, pero no se constituye un poder (político) independiente, con órganos representativos capaces de relacionarse autónomamente con el resto de las instancias políticas. En otras palabras, no consta en qué órganos *reside* el poder judicial. La rúbrica y el contenido del texto legislativo, sin embargo, nos delata aquello que trataba de regular: la organización judicial y su función (*contenido, límites y garantías*). Al igual que el texto de septiembre de 1870 y a pesar de las menciones al poder judicial, tras la terminología empleada se evidencia que su finalidad era regular la organización de los tribunales y juzgados, además de aspectos básicos del estatuto judicial, y reemplazar la vigente Ley de 1870.

Con independencia de las decisiones de los sucesivos Directorios, a lo largo de la década de 1920 fueron redactadas propuestas teóricas para establecer en España un poder judicial políticamente independiente, sin las tutelas ministeriales de Justicia y Culto. Una de las voces más significativas fue la de Ossorio y Gallardo. Tras sostener que «nosotros conocemos en España la Justicia-función», manifestaba su aspiración «a que veamos instaurada la Justicia-Poder, y a que, en vez de la fórmula vacilante y equívoca de nuestra Constitución, al hablar “de la Administración de justicia”, se restablezca el epígrafe decisivo de la de 1837, de la que quedó en proyecto en 1856 y de la de 1869, nombrando resueltamente al *Poder judicial*; o, mejor aún, que se llegue a la valiente proclamación del proyecto de Constitución federal de 1873, donde se decía que “el Poder judicial no emanaría ni del Poder ejecutivo ni del Poder legislativo”¹⁰²». En esta construcción que realiza, propugnaba el poder judicial, como uno de los poderes del Estado y como tal debía tener una representación ante los otros dos.

Ossorio y Gallardo puso de manifiesto una serie de bases a partir de las cuales proceder a la reorganización judicial. La primera de ellas, dentro de la *Constitución e ideas generales sobre el Poder judicial*, declaraba que «la Administración de justicia constituye un Poder del Estado», que estaría integrado por el

¹⁰¹ Contiene más declaraciones sobre este pretendido poder judicial, entre otras: «Art. 5. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución, corresponderá al Poder judicial, dentro de la ley, la potestad exclusiva de procurar e inspeccionar el adecuado ejercicio de las funciones de Justicia y la de nombrar, renovar, premiar y corregir a los funcionarios que la administran»; «Art. 10. La designación de Magistrados del Tribunal Supremo, solo podrá hacerse, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente, a favor de los miembros del Poder judicial...»; «Art. 20. Será atribución del Directorio judicial... 3.ª El ejercicio, para el gobierno y dirección del Poder judicial, de todas las facultades no reservadas por esta ley al Presidente del Tribunal Supremo. 4.ª Informar sobre los proyectos de ley relativos a la organización, atribuciones y funcionamiento del Poder judicial que hayan de ser presentados a las Cortes por el Gobierno». *DAN*, n. 48, sesión de 6 de julio de 1929, apéndice 5. Esta sesión fue la última de dicha Asamblea. Un resumen en *El Debate* de 7 de julio de 1929. Los antecedentes, sin embargo, no auguraban perspectivas en favor de esta autonomía limitada. Véase, GARCÍA CANALES, M., «Del Poder judicial», en *El problema constitucional de la Dictadura de Primo de Rivera*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1980, pp. 501-519.

¹⁰² OSSORIO Y GALLARDO, Á., *La Justicia Poder*, Editorial Pueyo, Madrid, 1927, p. 12.

personal de la Magistratura, la Judicatura, el Secretariado judicial y los oficiales y subalternos, todos ellos sometidos en cuanto a su régimen interno al Consejo judicial. En esta construcción, «su personificación como tal Poder incumbe al presidente del Tribunal Supremo», que en tal concepto y mientras lo desempeñara «tendrá sientto en las Cámaras y responderá en ellas a las preguntas, interpelaciones y proposiciones que le dirijan los senadores y diputados»¹⁰³. La explicación de esta base 1.^a partía de que «la definición de la justicia como Poder es indispensable y urgente», sin que para tal fin fuera preciso modificar la Constitución, porque en ella –la de 1876– se establecieron «unos fundamentos orgánicos que permiten pensar en la existencia de un Poder verdadero, volatilizado luego por las malas prácticas», además de que la ley orgánica lo era del Poder judicial. Al personificarse en el presidente del Tribunal Supremo, la base 3.^a suprimía el Ministerio de Justicia y Cultos, distribuyendo sus servicios, por lo que ahora interesa, entre diferentes instituciones, en concreto «el personal judicial dependerá del Consejo judicial», evitando así lo que calificó como «el mayor y más grave vicio de la Justicia española», es decir, la dependencia del Gobierno.

Otras posturas no propugnaban un poder judicial orgánicamente independiente, más aún cuando se partía de la unidad de poder. Romaní Calderón, tomando pasajes de Duguit, admitía «que la inamovilidad de la Magistratura asegura independencia a jueces y magistrados», lo cual, sin embargo, «no prueba que haya un poder judicial autónomo». Para que tal existiera, «para demostrar que la justicia es un poder autónomo, fuera preciso justificar que es un elemento destacado de la soberanía e incorporado a un órgano de representación». Ahora bien, «hoy ningún texto positivo consagra esta concepción», por ser contrario a la noción de soberanía que se entendía una e indivisible. De este rechazo a la existencia de un poder judicial autónomo, en la medida en que refería «la justicia al Poder ejecutivo», era muestra que el Gobierno nombraba a los agentes judiciales, como lo hacía con los administrativos, manifestación indudable de la funcionarización existente. Concluía tajante, afirmando que en España, como en la mayor parte de los países continentales, «no hay cuestión», puesto que «existe “Administración de Justicia” –título IX de la Constitución– y no Poder judicial», por un lado; mientras que, por otro, sostenía que la función judicial sí quedaba encomendada a jueces y magistrados, aunque la limitaba a los juicios civiles y criminales, junto con otros de naturaleza administrativa¹⁰⁴.

Con una conclusión que trataba de armonizar las diferentes posturas, aunque primando lo funcional, Ubierna al delimitar el concepto de poder judicial

¹⁰³ OSSORIO Y GALLARDO, Á., *Bases para la reorganización judicial*, Estudios Políticos, Sociales y Económicos, Madrid, 1929, pp. 13-14. También reclamaba una nueva ley y clamaba contra los intereses partidistas, MARTÍNEZ FEDUCHY, M., «La reforma judicial», en *RGLJ*, 156, 1930, pp. 282-305. Sobre este período, APARICIO PÉREZ, M. Á., «Política y justicia en el primer tercio del siglo XX en España», en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, 154, 2000, pp. 57-72. BENITO FRAILE, E. de, «La independencia del Poder Judicial durante la Dictadura de Primo de Rivera (1926-1930) y el epílogo de los gobiernos Berenguer y Aznar-Cabañas (1930-1931): Deterioro evidente», en *Cuadernos de Historia del Derecho*, 22, 2015, pp. 73-100.

¹⁰⁴ ROMANÍ CALDERÓN, J., «¿Función judicial o poder judicial?», en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 35, 1927, pp. 816-823.

sostuvo que «puede decirse del Poder judicial que es la serie de instituciones orgánicas o la serie de funciones en que se condensa la representación de todas ellas, encargadas de realizar la función judicial¹⁰⁵». Después se extiende sobre los aspectos tradicionales, limitándose por último a los órganos encargados de juzgar sin mencionar la posibilidad de constituir un verdadero poder político independiente. A pesar de que consideraba en el Anteproyecto de Constitución «dignos de figurar en el texto constitucional los preceptos reveladores del propósito de independizar el Poder judicial», aclaraba que «aun cuando parece acertado que se pretenda la autonomía del Poder judicial otorgando al Tribunal Supremo intervención en el nombramiento, ascenso y separación de muchos de sus funcionarios, no creemos que se logre así la consagración de la independencia efectiva de aquel Poder, pues lo veda la limitación que supone el que no alcance la facultad a la designación de todos los individuos de la carrera y el que se confiera a un organismo ajeno al Poder judicial aquella atribución, cuando se trate del nombramiento de los cargos más elevados en la jerarquía oficial¹⁰⁶». Permanecían, por tanto, las mismas deficiencias que se habían consolidado a lo largo del siglo XIX, a pesar de algún atisbo, a la postre frustrado, de conseguir lo que proponía el jurista guadalajareño.

III.4 SEGUNDA REPÚBLICA

Con la II República surgieron nuevas propuestas desde los ámbitos jurídicos con el fin de plantear un poder judicial orgánicamente independiente, con su propia representación¹⁰⁷, que tendrían secuelas planteadas en la tribuna parlamentaria. Sin embargo, el desarrollo de los acontecimientos, antes y des-

¹⁰⁵ UBIERNA, J. A., *El poder judicial en las Constituciones políticas*, Góngora, Madrid, 1930, p. 13. También se publicó en la *Revista de los Tribunales* durante 1929. Véase también DRANGUET, A. R., *Responsabilidad e independencia del poder judicial. Obra que estudia la Administración de Justicia en la historia patria, bajo el triple aspecto de responsabilidad, independencia y jurisdicción*, Justicia, Madrid, 1930.

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 51-52.

¹⁰⁷ La principal y más interesante correspondió a la Asamblea judicial que se reunió en la primera quincena de julio de 1931, por el interés ministerial y haber trabajado sobre ella la Comisión Jurídica Asesora. *Revista de los Tribunales y de Legislación universal*, LXV, 1931, nn. 28-29 a 46, pp. 435-436, 466-470, 481-496, 500-502, 517-518, 549-554, 561-566, 593-598, 611-614, 627-630, 641-646 y 705-710. Véase, para su comprensión, GARCÍA GONZÁLEZ, A., *Bases para una organización completa del Poder Judicial español*, Gráfica Vasca, San Sebastián, 1927, e Imprenta San Ignacio de Loyola, San Sebastián, 1928; «El Poder Judicial. Estudio filosófico y bases prácticas para su organización completa en España», en *RGLJ*, 154, 1929, pp. 546-593; «La Constitución del Estado y el Poder Judicial», en *RGLJ*, 159, 1931, pp. 428-446, y reproducido en *El Poder judicial*, Editorial Reus, Madrid, 1932, del que interesa particularmente la primera parte, *Anteproyecto de Ley de bases para la redacción del Código orgánico del Poder judicial, el de Enjuiciamiento civil y el de Enjuiciamiento criminal*; y, «El Poder Judicial en el Derecho Constitucional», en *RGLJ*, 162, 1933, pp. 455-478, en el que manifiesta que «en ningún país está organizado suficientemente el Poder judicial, y, por ende, adolecen de un vicio fundamental todas las Constituciones». LASSO, *Crónica de la Codificación. Organización judicial*, p. 319. TOMÁS VILLARRROYA, J., «Gobierno y Justicia durante la Segunda República», en *El Poder Judicial*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, tomo III, pp. 2617-1647.

pués de julio de 1936, apenas mudó la situación existente desde 1870, manteniéndose la intervención gubernamental en diferentes aspectos estatuarios de jueces y magistrados ¹⁰⁸.

Figura clave fue Adolfo García González, magistrado de la Inspección de Tribunales. En la Asamblea judicial y fiscal que se celebró en julio de 1931 presentó una serie de bases que tuvieron notable aceptación, aunque fue muy crítico con el proyecto redactado por la Comisión Jurídica Asesora. En este sentido, su base sexta propugnaba la necesidad «de reconocer la autonomía judicial, o sea, crear un Poder judicial independiente», sin que ello fuera en detrimento del Poder ejecutivo. Propugnaba, junto con otros seguidores, que la mediante separación de las carreras judicial y fiscal, «es dable la completa autonomía judicial, organizando al personal sobre la base de un riguroso automatismo legal, cuya ejecución incumbe al Justiciazgo», teniendo presente que «el Poder judicial no tiene sino la función escueta y pura de juzgar; pero no de administrar». En consecuencia, de este último inciso, y considerando que los jueces no dejaban de ser funcionarios, solicitaba a dicha Asamblea que declarara que «es utópico, o mejor se diría erróneo» la supresión del Ministerio de Justicia —que como vimos era la propuesta de Ossorio— por corresponderle el Ministerio fiscal, Notariado y Registros, de manera que esta pretensión «y crear otro en la Presidencia del Supremo, es vulnerar los más elementales principios de Derecho constitucional, puesto que es arrancar del Gobierno funciones peculiares del Poder ejecutivo» ¹⁰⁹. Para García González «la autonomía judicial tiene que fundarse en la científica diferenciación de las funciones del Estado en sus Poderes diversos», de manera que el judicial «pura y taxativamente, juzga... Si se reconoce al Poder judicial un punto más que el de declarar lo justo, ya no será posible su autonomía». Aclara más al razonar, en una idea que expresará en otras sedes ¹¹⁰, que:

«el Poder judicial no somos nosotros, los que estamos aquí físicamente o por representación. Nosotros no somos sino los servidores técnicos del Poder judicial. Porque el Poder judicial es toda la Nación en actitud de lo justo, representada por Tribunales y organismos que dan cuerpo al Poder judicial y tienen aptitud para declarar el Derecho en concreto... Y no repitáis tampoco esa vulgaridad de que el Poder judicial somos los funcionarios. El Poder judicial es España.»

¹⁰⁸ Pasados los primeros días del cambio político, ya se declaraba que «el Gobierno de la República no quiere, ni prejuzgar la organización definitiva que a los Tribunales haya de dar la futura Constitución y la ley orgánica que habrá de redactarse, ni dejar que la interinidad quede sometida al libre albedrío de los gobernantes. Para evitar esto, procede, por espontáneo impulso de dignidad propia y de respecto a la independencia de los juzgadores, a una parcial limitación que de sus plenos poderes le reconocen para hacer nombramientos», de magistrados del Tribunal Supremo, como expuso el decreto de 6 de mayo de 1931. *Gaceta de Madrid* de 7 de mayo.

¹⁰⁹ *Revista de los Tribunales y de la Legislación universal*, 32-33, 1931, pp. 483-485. Este y otros artículos los plasmó en su obra *El Poder judicial*, Reus, Madrid, 1932, y en concreto para la base sexta, pp. 138-142.

¹¹⁰ *RGLJ*, 162, 1933, pp. 455-471.

García González al hablar del Tribunal Supremo como «centro director del Poder judicial», lo consideraba como distinto al órgano de justicia que resolvía en casación o en instancia. En este sentido, «el eje del organismo del Poder judicial» sería el *Justicia mayor* o presidente del Tribunal Supremo y los homólogos o regentes de las Audiencias en cuanto «unidad de mando» y «jefes de la Administración de justicia», sin perjuicio de la representación del Jurado. Con respecto a la elección y atribuciones del presidente del Tribunal Supremo entendía que no podía ser nombrado por «los judiciales porque es el órgano de relación y cordialidad entre el Poder judicial, en su aspecto gubernativo y propiamente judicial, y los demás poderes», es decir, «uno de los puntos de conexión del órgano judicial con la unidad orgánica estatal». En su opinión debería corresponder al Gobierno la propuesta para tal cargo ante las Cortes de entre magistrados del Alto Tribunal ¹¹¹.

No obstante, el desarrollo de esta propuesta está más cercana a las Salas de gobierno de los tribunales que a la constitución de un Poder judicial como poder político. Incluso mantenía el Consejo judicial para los asuntos disciplinarios de toda la carrera judicial: «el Tribunal Supremo será el organismo más elevado de la función de juzgar... Pero el órgano más elevado del Poder judicial para lo gubernativo y disciplinario es el Consejo judicial». Justificaba la existencia de este último para «dar mayor preponderancia a la intervención del País en el gobierno de todo el Poder judicial, especialmente en el ejercicio de la función disciplinaria ¹¹²». Construcción que, como vemos, se desarrolla *ad intra*, pero no marca su configuración como un verdadero poder independiente y político, con órganos representativos frente a los otros dos. No obstante, defendía la creación de un Poder judicial de base constitucional, sin que cupiera decir exclusivamente que «esto es entablar la discusión sobre una Ley orgánica de Tribunales, sobre toda la cuestión de la organización del Poder judicial», puesto que el paso era asentar en la Constitución (*naciente*) los principios básicos «y luego acometer resueltamente la elaboración de la Ley orgánica», pues en el nuevo régimen «es visto que surge la necesidad imprescindible del tercer Poder, que declare el Derecho en concreto y defina lo justo, que posea la función técnica política que él solo puede ejercer específicamente mediante las distintas jurisdicciones ¹¹³». De nuevo, volvemos la mirada hacia un poder funcional: «Lo primero, en el

¹¹¹ «El nombramiento se otorga a las Cortes en razón a que la casación es una invasión del Poder judicial en la función legislativa... y además, porque las Cortes son la representación suprema del País, y al Pueblo corresponde nombrar al Jefe Supremo del Poder Judicial. De esta suerte, la vida estatal queda armonizada sin perjuicio de la autonomía judicial», en GARCÍA, A., «Asamblea judicial y fiscal. Examen de “sus Bases”», en *Revista de los Tribunales y de la Legislación universal*, 44, 1931, pp. 627-630.

¹¹² «El Justicia Mayor de la República y la Sala de gobierno del Tribunal Supremo, por consiguiente, son el órgano rector de la Administración de justicia en dicho Tribunal Supremo; pero es natural que cuando el gobierno se extiende a todo el Poder judicial, sin limitarlo al propio Tribunal, esa Sala de gobierno se amplía con los magistrados del Supremo que presiden Secciones, con los dedicados a la Inspección y hasta con el criterio de los más antiguos de cada ramo», en *El Poder judicial*, pp. 241-245. Llegaba a añadir, incluso, que «el País tiene derecho a regir el Poder judicial, a predominar en el gobierno del Poder judicial, a depurarlo en función disciplinaria».

¹¹³ *El Poder judicial*, pp. 331-332.

Código fundamental, será definir el concepto de Poder judicial, que es la misma Nación en actitud de lo justo, por medio de sus Tribunales¹¹⁴». De manera que la nota de «soberanía e independencia» que propugna lo es solo a efectos funcionales, porque, en definitiva, se defiende la unidad de poder en la Nación.

A partir de estos planteamientos, elaboró una propuesta articulada:

«El Poder judicial es la Nación administrando justicia por medio de sus órganos específicos establecidos en la Ley. Consiguientemente, será autónoma la función de juzgar y constituirá un Poder independiente de los otros Poderes del Estado. Su representación más elevada [se] encarna en el presidente del Tribunal Supremo, que se denominará Justicia Mayor de la República, y Corte Suprema de Justicia, al Tribunal de su presidencia. El nombramiento de Justicia, a propuesta del Gobierno, entre los magistrados de la Corte Suprema, compete al País representado por las Cortes en la forma que determine la Ley.»¹¹⁵

Su vehemencia era suficientemente expresiva al defender que «tratándose de la forma republicana, es tan urgente la creación del Poder judicial verdaderamente soberano, como la de los demás Poderes». En este sentido, la base decimoquinta, al abordar la independencia judicial y el Justiciazgo, estaba encaminada a que se tomara en consideración que «la creación del Poder judicial requiere la autonomía de sus órganos y la independencia de sus funcionarios», habida cuenta de que este último ni se cumplía ni se respetaba. Propuesta que estaba encaminada a la necesidad y urgencia de «acometer una reforma com-

¹¹⁴ Así lo había reflejado en «El poder judicial en el Derecho constitucional», pp. 459-461: «¿Qué es el Poder judicial? ¿Es efectivamente un Poder? El Poder judicial no somos nosotros. Nosotros solamente somos una parte de los servidores del Poder judicial. El Poder judicial es la misma Nación realizando una de las tres actividades fundamentales del Estado. Si el Estado es la Nación en actitud del Derecho, el Poder judicial, que es el tercer órgano fundamental del Estado, es eso mismo respecto de lo justo. El Poder judicial no son, pues, las personas, es la entidad moral, parte de un todo superior también de carácter moral... Nosotros no somos el Poder judicial, como tampoco lo son los jurados, escabinos y representantes directos de la Nación. Todos sí constituimos el organismo del Poder judicial, integrado de juzgados y tribunales... El Poder judicial es, ni más ni menos, un Poder de orden político. Como que constituye el tercer Poder del Estado y el freno legal de los demás. ¿No os gusta a todos que le llame Poder? ¿Pensáis que el Poder siempre es uno? Pues bien, me parece que todo esto es cuestión de meras palabras. El Poder es uno; pero ese Poder es el constituyente... en las constituyentes están resumidos todos los poderes que concebimos, y desde que constituyen el Estado y éste entra en función, ya no hay más que funciones. Diversificar el Poder en funciones para evitar la tiranía sigue siendo una conquista del Derecho constitucional... Lo que yo reclamo enconadamente es que no se deje de llamar Poder al Judicial si se asignara tal denominación al Ejecutivo y al Legislativo».

¹¹⁵ «Art. 6. Ni el Poder Legislativo ni el Ejecutivo podrán jamás constituirse en Tribunal, ni formar, en ningún caso, juntas con potestad judicial, ni avocar asuntos pendientes o resucitar causas fenecidas». GARCÍA GONZÁLEZ, «La Constitución del Estado y el Poder Judicial», citado, y en *El Poder judicial*, pp. 319-337, defendía que «la falta de institución permanente, histórica e irresponsable, que tenían los sistemas antiguos, pone de manifiesto la mayor necesidad del Poder judicial como órgano de Justicia y como órgano científicamente político, llamado a controlar la actividad del Ejecutivo y a moderar la vida del Estado... en la organización estatal republicana, es esencial y urgente la creación del Poder judicial. Tan urgente, que debe tener lugar al mismo tiempo que los otros Poderes: en esta misma Constitución... La creación de un Poder judicial es esencial en el sistema republicano; por tanto, es necesario sentar sus bases, colocar sus cimientos en esta Constitución», *ibidem*, p. 331.

pleta y radical de la Administración de Justicia, creando el Poder judicial y el Justiciazgo». Lo cual le conducía a sostener que «el Poder judicial es un poder natural y esencialmente político, tan político como el Poder legislativo y el ejecutivo: los tres integran el Estado, se han de controlar mutuamente, y el Estado es lo que quiere la Nación»¹¹⁶.

En el ámbito parlamentario constituyente, la exposición del anteproyecto constitucional expresaba la intención de las nuevas autoridades: «En el título referente a la justicia pretendemos delinear un Poder judicial fuerte y autónomo», en la medida en que se entendía que era «una de las necesidades que conciben al unísono todos los españoles, y que, sin embargo, no se acierta o no se quiere servir». Si observamos a continuación los puntos en los que se concreta tal objetivo comprobaremos que todos ellos se refieren a la configuración estructural y a la función jurisdiccional, pero sin atisbos a su independencia orgánica frente a los otros dos poderes¹¹⁷.

Durante estos meses previos a la promulgación de la Constitución se incidió en la potestad funcional, aparcando la configuración orgánica independiente. En este sentido, conviene tener presente que el *Anteproyecto de Bases para la Ley orgánica del Poder judicial*, elaborado por la Comisión Jurídica Asesora en julio de 1931¹¹⁸, disponía en su base 1.^a que: «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 jurídica¹¹⁹». Ni antes ni después hubo una declaración similar, aunque parta de la unidad de poder y la distribución funcional. Postulado que, como hemos visto, no era nuevo y se reproduciría con posterioridad desde otra ideología absolutamente opuesta. Se busca superar los axiomas

¹¹⁶ «Los tratadistas de Derecho Político salían al paso con unas sencillas notas, cual si con estudiar los demás Poderes y sistemas, se hubiera resuelto sobre la forma de gobernar a los pueblos. Ahora estamos cayendo en la cuenta de que la panacea para la organización estatal radica en la organización judicial», GARCÍA GONZÁLEZ, *El Poder judicial*, pp. 170-172.

¹¹⁷ MORI, A., *Crónica de las Cortes Constituyentes de la Segunda República española*, AGUILAR, M., Madrid, 1932, tomo I, p. 138. También, por ejemplo, en *El Heraldo de Madrid* de 9 de julio de 1931.

¹¹⁸ La Comisión Jurídica Asesora, en la exposición de motivos del anteproyecto de Constitución, anunciaba que «la ley orgánica del Poder judicial, cuyas bases tiene ya terminadas la Subcomisión correspondiente, dará desarrollo a estos principios». Un resumen en LASSO, *Crónica*, pp. 320-323.

¹¹⁹ Lo tomo de LASSO, *Crónica*, p. 323. Fue objeto de votos particulares. Así el magistrado Francisco Javier Elola manifestaba: «4.^a La Administración de Justicia que por referirse al establecimiento e imperio del Derecho desconocido o negado, como fórmula suprema de garantía de la ordenación jurídica, más complicada cada día, supone formación de juicio y requiere vocación, conocimiento, aptitudes y capacidad adecuada es función del Poder generalmente técnica y profesional. Pero en cuanto ha de interpretar la norma con criterio que responda en el grado humanamente posible a la conciencia jurídica de la Soberanía que la formó y de la cual emana su propio poder funcional, es también función ciudadana», *ibidem*, p. 324. Este proyecto fue tachado de incompleto y «mero trasunto de las publicaciones de su expresidente» por GARCÍA GONZÁLEZ, *El poder judicial*, p. 1.

teóricos clásicos, pero no se propugna abiertamente la exclusión absoluta de las competencias orgánicas que el ejecutivo mantenía sobre la Judicatura.

Por su parte, el discurso de apertura de tribunales de 1931, que correspondió a Fernando de los Ríos, llevó por título «La Justicia, su racionalización y organización funcional¹²⁰». Las últimas palabras ya denotan el planteamiento existente hasta ese momento de independencia funcional, pero no orgánica. La lectura del texto lo ratifica.

«En la diferenciación de cometidos peculiares del Poder ejecutivo y del judicial en la Administración de Justicia, *fixase la raíz de la independencia en los Tribunales* y en la absoluta separación de Poderes... En efecto, la independencia judicial no será posible, respecto del Poder ejecutivo, mientras no se le otorgue a éste aquellas prerrogativas y funciones que verdaderamente le incumben en la Administración de justicia. El investigar los delitos y ejercer toda clase de acciones públicas ante los Tribunales, es atribución del Gobierno. Lo peculiar del Poder, esencial e intangible, es la función de juzgar. En distinguir perfectamente esta raíz, enciérrase el secreto de la verdadera organización judicial y la posibilidad de la separación de Poderes y, por lo mismo, de la autonomía judicial.»¹²¹

Como apreciamos, no se pretendió constituir un verdadero poder orgánico políticamente independiente¹²², aunque se introducían novedades que superaban la trayectoria anterior y así se puso de manifiesto en los debates constituyentes¹²³. Este planteamiento se ajustaba a la idea de unidad de poder y a la

¹²⁰ Consulto por *Revista de los Tribunales y de la Legislación universal*, 38-39, 1931, pp. 550-557.

¹²¹ *El Poder judicial*, pp. 335-336.

¹²² El diputado Juan Castrillo, en una de las intervenciones de la sesión del 17 de noviembre de 1931, afirmaba que: «Se decía, por ejemplo, que la Justicia tiene que ser una y autónoma, pero no se hablaba (y ello se explica perfectamente) de cuáles habían de ser las condiciones específicas de esa unidad y de esa independencia. Y así se ha dado el caso, que todos hemos tenido ocasión de comprobaren estos días, de que la Comisión se viese perpleja, y quizá también el Sr. Ministro de Justicia, cuando, contestando a algunas intervenciones, decían que la independencia de los Tribunales, la autonomía de los Tribunales era una fórmula difícil, extraordinariamente difícil, de concretar», *DSCCRE*, n. 75, p. 2377.

¹²³ La discusión del Título VIII del proyecto de Constitución se inició el 10 de noviembre de 1931. Alberto Quintana de León manifestó que: «Ante todo, se observa en los artículos que constituyen el Título VIII una cierta incongruencia, un recelo, por parte de la Comisión dictaminadora: se escucha en las elocuentísimas palabras del Sr. Jiménez de Asúa al presentar el proyecto constitucional —se refería al discurso del 27 de agosto— el recuerdo de que la mayor parte de las Cartas políticas modernas tienen la tendencia de crear un Poder judicial robusto; se ve en el preámbulo que el ilustre Sr. Presidente de la Comisión Jurídica Asesora pusiera al anteproyecto de Constitución una tendencia parecida, y a pesar de esa inclinación, de ese anhelo o de esa trayectoria, al crearse para la República la garantía ciudadana que constituye el Poder judicial, al través de la letra de los artículos en que se desarrolla el Título VIII, se advierte la vacilación, el temor a consagrar de un modo bien preciso, con la valentía y la claridad necesarias, esta afición de que el Poder judicial es uno de los Poderes de la República, con independencia de todo otro. Hacerlo no hubiera sido innovación, ni traducir de instituciones extranjeras preceptos para aplicarlos a la Constitución que estamos elaborando; hacerlo hubiera sido, simplemente, seguir una tradición genuinamente española, evidenciada con solo recordar que uno de los preceptos del proyecto de Constitución de 1873 establecía bien concretamente que el Poder judicial era del todo independiente, distinto del Poder ejecutivo y del Poder legislativo... así como convenía al régimen caído que la Justicia fuera pura y exclusivamente un órgano de la

parquedad del título constitucional, *Justicia*¹²⁴. Era obvio que en la Constitución se optaba por la superación de concepción vulgarizada de Montesquieu en una argumentación en la que se partía de la mentada unidad y la diferenciación de las funciones, y entre ellas concibiendo la justicia como independiente¹²⁵. Incluso se propuso la redacción de una *ley orgánica de la función judicial*¹²⁶, si bien la dependencia ministerial seguía manteniéndose, a pesar de que se plantearon otras opciones¹²⁷. Frente a estas posturas, se había defendido la opción

Administración, para poder en todo momento influenciarla, entorpecerla y adulterarla con las injerencias del Poder ejecutivo en globo y con las injerencias de los cacicatos en el detalle de esa Administración, vengamos a decir que si la independencia del Poder judicial era un peligro para la Monarquía, tiene que ser para la República una de las mejores garantías de que las leyes votadas por el Parlamento no habrán de adulterarse en su ejecución, creando un Poder judicial de tal independencia que no pueda nunca, a pesar de las veleidades de la política, ser sometido ni influenciado por el Poder ejecutivo... Todo ello hace que debe consagrarse como Poder independiente de la República al Poder judicial, aunque naturalmente que ese Poder no habría de tener una libertad que le permitiera excesos y libertinaje; ese Poder habría de tener una responsabilidad absoluta, ese Poder habría de estar controlado constantemente por el Parlamento, que, en definitiva, constituye la cifra de la soberanía popular», *DSCCRE*, n. 73, sesión de 12 de noviembre de 1931, pp. 2289-2290.

¹²⁴ En la discusión sobre este título, el día 11 de noviembre, se puso de manifiesto que «la Comisión no nos resuelve este aspecto, ya que dice al denominar el título “Justicia” y habla, después, de la Administración», *DSCCRE*, n. 72, p. 2256. Aunque se aludió a la expresión «Poder judicial».

¹²⁵ Así lo sostuvo Luis Fernández Clérigo: «Yo no apetezco, Sres. Diputados, que aquí se hable del Poder judicial, y no lo apetezco, porque observo que, con tino, los redactores del proyecto que estamos discutiendo han omitido el hablar de los Poderes, de la clásica distinción en Poderes del Estado; y no se habla del Poder legislativo, y no se habla del Poder ejecutivo, como no se habla del Poder judicial. Se habla del Parlamento, se habla del Gobierno, se habla del Presidente, se habla de la Justicia; y yo aplaudo, en este punto, la orientación del proyecto, porque para mí, señores Diputados, no hay más que un Poder y una soberanía de que el Poder nace, y todas las funciones del Estado surgen de esa fuente del Poder. *Hay, pues, un Poder único y una diversificación de funciones*, y me conformo, pues, con que llamemos a la *Justicia una función*». *DSCCRE*, n. 71, sesión de 10 de noviembre de 1931, pp. 2228-2229. Las cursivas son mías.

¹²⁶ De nuevo, Fernández Clérigo: «para la bondad de la Justicia habremos de acudir, no en la Constitución, pero si inmediatamente detrás de la Constitución, y sin demora, a la ley orgánica de esta función judicial, donde habremos de establecer todas las bases que desarrollen aquello que es necesario para el buen funcionamiento de la Justicia». Añadiendo un matiz importante: «Y para lograr esta independencia he adelantado, desde luego, y sostengo con decisión, que es indispensable independizar, en cuanto se pueda, a la Justicia de la función política que ejerce el Ministerio... Yo establecería una función judicial que estuviese regida, exclusivamente, por un magistrado, que tuviese, en todo caso, una junta asesora nacida del mismo organismo judicial que fuese la que dispusiera los nombramientos, los traslados, los ascensos, las jubilaciones, las destituciones, las correcciones y todo lo que es, en definitiva, el movimiento del personal judicial... Y este sería el ideal: crear al frente de la Justicia española una gran figura de la Magistratura que evocase el recuerdo del gran Justicia de Aragón». Aunque no era la única posibilidad, ya que las Cortes también podían crear un «organismo superior de la función judicial». *Ibidem*, p. 2229. Lo que recuerda a la base 15.ª del Anteproyecto que surgió de la Comisión Jurídica Asesora: «El Tribunal Supremo es el organismo superior del Poder judicial, pero no será considerado como término de la Carrera judicial».

¹²⁷ «Cuando hablamos —señalaba Salazar Alonso— de la Justicia y de quienes han de administrarla o servirla, no podemos olvidar que para la designación de los jueces se pueden seguir varios procedimientos: el que atribuye esta función al Poder moderador en las monarquías, reminiscencia de los tiempos en que el rey era juez y lo era todo, o el que establece la designación por el Poder ejecutivo o por el pueblo mismo, en un sistema electivo. Estas ideas básicas, sobre quién ha de designar los jueces, qué Poder, qué organismo, podían haber venido y debían haber venido

de configurar al Tribunal Supremo como órgano de justicia en lo procesal y como base de los tribunales en lo gubernativo¹²⁸.

De conformidad con las ideas que venía exponiendo, Ossorio y Gallardo presentó durante el debate constituyente una enmienda en la que propugnaba que «la administración de Justicia será autónoma y su régimen interno está atribuido a órganos propios». Lo cual no suponía independencia absoluta porque, si bien las Cortes no podrían intervenir en las decisiones judiciales, sí podrían «fiscalizar la organización, el régimen y el funcionamiento de los Tribunales, a cuyo efecto tendrá asiento en las Cortes el presidente del Tribunal Supremo¹²⁹». Fue rechazada esta propuesta porque la Comisión, por boca de Ruiz-Funes:

«al estructurar la Justicia en el dictamen constitucional, no suena por ninguna parte la palabra “Poder”, y no suena por ninguna parte, respondiendo a la economía del proyecto, porque si los Sres. Diputados recuerdan perfectamente los términos de esta economía verán que no se habla tampoco de Poder ejecutivo ni de Poder legislativo y que no suena la palabra “Poder” cuando se habla del Presidente de la República, cuando se habla del Gobierno o del Parlamento... Si aceptamos un principio de Poder, al ocuparnos de la Justicia, tendríamos que reconocer una subordinación necesaria entre los Poderes estatales y desde el punto de vista de la creación de la ley, habría un Poder solo. Los otros dos, el Poder ejecutivo y el Poder judicial, serían Poderes de aplicación, de ejecución de la ley creada.»¹³⁰

Con independencia del profundo cambio ideológico producido, la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial mantuvo, con parciales alteraciones de contenido básicamente estatutario, su vigencia. No existieron problemas de convivencia normativa entre la Constitución republicana y la Ley de 1870 porque esta última al ser de organización de tribunales no contradecía sustancialmente lo dispuesto por la primera. Incluso, a pesar de cierta autonomía orgánica, tan solo se reconocía abiertamente la independencia funcional en el artículo 94 del texto constitucional: «Los jueces son independientes en su función». En otras palabras, el juez, cualquier juez, debería ser, independiente en el trance de juzgar, pero la Judicatura, en cuanto cuerpo integrado por todos ellos, continuaba careciendo de un órgano de gobierno propio e independiente, particularmente, del Gobierno en cuanto a su ordenación estatutaria.

En línea con las ideas planteadas en los primeros meses de la II República, durante los debates constituyentes se propuso la figura del Justicia Mayor de la República como cabeza de la estructura orgánica de tal *poder funcional*, dependiente de la nación, como señaló Salvador de Madariaga, a través del control de

resueltas en la Constitución, aunque no entrara en el detalle», *DSCCRE*, n. 72, sesión de 11 de noviembre de 1931, p. 2256.

¹²⁸ GARCÍA GONZÁLEZ, *El Poder judicial*, pp. 239-240, al sostener la posibilidad «para distinguir entre el Tribunal Supremo como órgano de Justicia, ya sea en orden a la casación, o a la que administra algunas veces como Tribunal de instancia, y el Tribunal Supremo como base de los organismos rectores del Poder judicial».

¹²⁹ *DSCCRE*, n. 73, sesión de 12 de noviembre de 1931, p. 2304.

¹³⁰ *Ibidem*, pp. 2309-2310.

las Cortes¹³¹. Atribución que acabó encomendada al presidente del Tribunal Supremo. Con fecha de 8 de octubre de 1932 se aprobó la Ley para su elección –modificada por la de 13 de junio de 1936¹³²–, poniendo de manifiesto las cautelas políticas para constituir un poder judicial orgánicamente independiente, pues la asamblea electoral elevaba una terna al presidente de la República, quien tenía libertad para designar a cualquiera de los tres¹³³. Previamente y por debajo del vértice que este cargo asumía, comprobamos ciertas restricciones orgánicas en el propio texto constitucional: «Art. 97. El Presidente del Tribunal Supremo tendrá, además de sus facultades propias, las siguientes: ... b) Proponer al Ministro, de acuerdo con la Sala de gobierno y los asesores jurídicos que la ley designe entre elementos que no ejerzan la Abogacía, los ascensos y traslados de jueces, magistrados y funcionarios fiscales». Esta facultad de propuesta tampoco era novedosa porque una similar había tenido vigencia en el siglo XIX¹³⁴.

A finales de mayo de 1932 Faustino Menéndez Pidal presentaba a la sección décima del Congreso de abogados celebrado en Madrid una ponencia elaborada a partir de la obra de Adolfo García González, por entender que en esta «se contienen las verdaderas bases para la creación de un Poder judicial soberano». En este sentido, el último punto de dicha ponencia afirmaba, en los términos ya conocidos, que «el Poder judicial es la Nación en actitud de lo justo y con aptitud para declararlo por medio de sus magistrados y jurados». Dicha sección concluía que «es indispensable y urgente la creación de un Poder judicial soberano» y, además, que la obra *El Poder judicial* de García González «constituye un eminente servicio a la Ciencia y a la organización del Estado¹³⁵». Esta propuesta, como otras anteriores, quedó en el olvido.

¹³¹ *Ibidem*, p. 2295. Véase también la intervención de Elola en esta misma sesión. Desconozco hasta qué punto pudo influir en dicha denominación el trabajo de LÓPEZ DE HARO, Carlos, *La Constitución y las libertades de Aragón y el Justicia Mayor*, Editorial Reus, Madrid, 1926. La referencia al Justicia de Aragón en OSSORIO GALLARDO, *La justicia poder*, pp. 100-101, en cuanto situaba «la potestad de la justicia por encima de todas las potestades». Pero GARCÍA GONZÁLEZ, «La Constitución del Estado y el Poder judicial», p. 435, se remita a la referencia que de esta institución hacía el *Discurso preliminar* de la Constitución gaditana.

¹³² Sobre estas disposiciones y su aplicación, TOMÁS VILLARROYA, «Gobierno y Justicia durante la Segunda República», ya citado.

¹³³ *Gaceta de Madrid* de 18 de octubre de 1932 y de 21 de junio de 1936. Al respecto, «Discurso leído por el Excmo. Sr. D. Diego Medina García, presidente del Tribunal Supremo en la solemne apertura de los Tribunales celebrada el 15 de septiembre de 1933», en *RGLJ*, 163, 1933, pp. 294-302. Al referirse a las atribuciones de dicho cargo, manifestó que para «no quedar sin edificio adecuado la fortaleza simbólica del Poder judicial», aunque no fuera llamado así por la Constitución, «no deja de resaltar con caracteres suficientes a definirlo en la misma como en la mayoría de los Estados que se apartan de la clásica división de los tratadistas de Derecho público del pasado siglo». Calificaba, además, de vetusta la Ley de 1870.

¹³⁴ Por ejemplo, el Decreto de 8 de mayo de 1873, siendo ministro Nicolás Salmerón. ORTEGO, *Inamovilidad, interinidad, inestabilidad*, pp. 312-318 y 323.

¹³⁵ El texto en GARCÍA GONZÁLEZ, *El Poder judicial*, p. XXV. Poco después, GARCÍA GONZÁLEZ, A., «Derecho judicial. Importancia de la dogmática y de la técnica en la formación de jueces y magistrados. Magistratura de la casación. Justicia intuitiva y justicia científica», en *RGLJ*, 165, 1934, pp. 523-553, reiteraba que «el Poder Judicial es principal y directamente el pueblo en sus jurados, es la Nación en actitud de lo justo y aplicando su aptitud, auxiliada por funcionarios de representación indirecta o de ley». Véase también del mismo, «Al Congreso de abogados» en

Los debates parlamentarios, sin embargo, aún permitirían discutir sobre esta materia. Es conocido el debate suscitado en la sesión, relativamente bronca, de 23 de noviembre de 1932 en la que Manuel Azaña, como presidente del Consejo de ministros, rechazó en su intervención las concepciones ideológicas precedentes sobre el Poder judicial al amparo de la literalidad constitucional. Merece la pena entresacar un extenso pasaje de su discurso:

«se hacen ciertas protestas contra las modificaciones en el personal de la Magistratura y se dice: “Se pone en peligro la independencia del Poder judicial”. No. ¿Por qué? En primer lugar, yo no sé lo que es el Poder judicial. (El Sr. Xirau: ¡Evidente! Rumores) Aquí está la Constitución. (Mostrando el texto constitucional). Yo no gobierno con libros de texto ni artículos, ni con tratados filosóficos y doctrinales, gobierno con este librito, y digo que se me busque en este libro el Poder judicial, que lo busquen aquí, a ver si lo encuentran. (El Sr. Rey Mora: No estará en la palabra, pero en el concepto sí está. Nuevos, rumores). No, Sr. Rey Mora, no es solo una cuestión de palabras, va mucha e importantísima diferencia de decir “Poder judicial”, a decir “administración de justicia”, va todo un mundo en el concepto del Estado (El señor Rey Mora pronuncia palabras que no se entienden), y yo supongo que las personas que han elaborado la Constitución saben lo que se hacían; yo no la elabore, y cuando han omitido este concepto por algo será. Es preciso decir que ruedan por el lenguaje político, por el vocabulario político una porción de expresiones que no corresponden a la realidad de la Constitución republicana, sino que vienen arrastradas de tiempos anteriores o de doctrinas más o menos erróneas –también en la Universidad se cometen errores– en las que se enseñan a las gentes cosas que no corresponden a la realidad jurídica y política, viva, del país... Pero, en fin, sea administración de justicia o Poder judicial, lo que yo iba a decir era otra cosa; es esto, que os va a escandalizar mucho más, ¡qué le vamos a hacer! (Risas). Uno de los tópicos circulantes acerca de los Tribunales de Justicia se resume en estas palabras, que evocan otras: “independencia del Poder judicial”; esta es una de aquellas cosas que circulan como lo de “menos política y más administración” o “el porvenir de España está en África”. (Risas). ¿Independencia del Poder judicial? ¿Según! Independencia, ¿de qué? (El Sr. Gil Robles: Del Gobierno). Exactamente. Independencia del Poder judicial; ¿de qué? (El Sr. Gil Robles: De las intromisiones del Gobierno. Rumores). Pues yo no creo en la independencia del Poder judicial. (El Sr. Gil Robles: Pero lo dice la Constitución). Dirá lo que quiera la Constitución, lo que yo digo... (El Sr. Gil Robles: Artículo 94 de la Constitución). Cállese el Sr. Gil Robles. Lo que yo digo, Sres. Diputados, es que ni el Poder judicial, ni el Poder legislativo, ni el Poder ejecutivo pueden ser independientes del espíritu público nacional.»¹³⁶

Sobre esta argumentación pendía, en realidad, la independencia del juez, no la del llamado Poder judicial, pues «lo que se puede pedir, lo que se debe exigir a

RGLJ, 160, 1932, pp. 466-516. El resultado de la reunión lo hallamos impreso en *Congreso de abogados*, Unión Nacional de Abogados, Madrid, 1932.

¹³⁶ *DSCCRE*, n. 263, p. 9699. En la misma línea es interesante un debate previo sobre su existencia y configuración a raíz de una interpelación de Antonio Royo Vilanova al ministro de la Gobernación Casares Quiroga, en *DSCCRE*, n. 154, sesión de 26 de abril de 1932, pp. 5180-5206.

los funcionarios de todo orden, vistan o no toga, es que tengan la competencia profesional necesaria y las condiciones de moralidad y de independencia económica que les pongan a salvo de cualquier maniobra administrativa o gubernativa o de orden político; esto es lo que se debe exigir¹³⁷». Razonamiento que justificaba, con creces, la intromisión del ejecutivo –a pesar de que lo negó– para eliminar a funcionarios que no estuvieran para cumplir en las condiciones debidas con el espíritu republicano¹³⁸, lo que repercute más que sobre los jueces y magistrados, en el ejercicio de su función¹³⁹, en particular en concretos ámbitos jurisdiccionales –expresamente el penal, y previsiblemente el laboral– y penda sobre los díscos, aunque no se manifieste de modo explícito, el habitual procedimiento de la traslación, bien conocido por su práctica abusiva desde el siglo XIX¹⁴⁰.

Como remate de las posturas republicanas, en 1944 Ossorio afirmaba que «el Poder judicial tiene que ser no solo tan fuerte e independiente como el Parlamento, el Gobierno y el Jefe del Estado, sino más fuerte e independiente que todos ellos, pues que a todos ellos les puede juzgar y condenar», concluyendo que «la función es tan trascendental que hace del Poder judicial el Poder supremo por excelencia¹⁴¹». Si repasamos las afirmaciones previas, descubriremos

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ Una justificación de esta injerencia en OSSORIO GALLARDO, R., «La gran olvidada: la justicia española de los siglos XIX y XX como problema de conocimiento histórico», en *Revista de Historiografía*, 37, 2022, pp. 379-412, en concreto p. 403. El inconveniente de su razonamiento se halla en que es el mismo, mutando constitución y fechas o si se quiere *bloques de poder*, que el empleado por los diferentes gobiernos de la Restauración, sin necesidad de retrotraernos más, y con posterioridad por la dictadura franquista.

¹³⁹ El, entonces, radical-socialista Félix Gordón Ordás fue mucho más allá: «en lo que respecta a lo que aquí ha promovido tan curiosas y extrañas protestas, que es la jubilación forzosa de algunos funcionarios judiciales, nuestro criterio es tan radical, que nosotros veríamos con gusto que lo que se hubiera hecho fuera la anulación total de ese supuesto Poder judicial, a la sombra del cual se cometieron tantas y tan enormes tropelías, en la época monárquica, sin que entonces hubiera protestas claras contra tales actuaciones, y que después entraran en la reorganización aquellos que pudieran entrar, porque si es posible que haya habido injusticias en lo hecho, algunas quizás, no lo discuto ahora, respecto a los que han salido, hay muchas, en cambio, sin duda ninguna, en los que todavía quedan». *Ibidem*, p. 9711. En el mismo sentido, el camino hacia una justicia *republicana*, se había manifestado el ministro de Justicia, Álvaro de Albornoz, en el discurso de apertura de Tribunales, cuando identificó la independencia de la Magistratura como «independencia en cuanto a la función; independencia que no puede ser irresponsabilidad ni mucho menos libertad de combatir al régimen». *Discurso pronunciado por el Excmo. Señor D. Álvaro de Albornoz, ministro de Justicia, en la solemne apertura de los Tribunales celebrada el día 15 de septiembre de 1932*, Imprenta Escuela de Reforma, Alcalá de Henares, 1932, p. 47.

¹⁴⁰ Entre otros ejemplos, puede citarse la Ley de 11 de julio de 1935, siendo ministro de Justicia Cándido Casanueva, mediante la cual se procedió a la modificación de la Ley de 1870 y el decreto de 2 de junio de 1933: «Artículo único. Los artículos de la Ley orgánica del Poder judicial que se mencionan se entenderán ampliados en la forma que sigue: A) Al artículo 234 se añadirá un párrafo que dirá así: “Los Presidentes de las Audiencias territoriales, los de Sala y los de las provinciales, podrán ser trasladados libremente por el Gobierno con arreglo a las Leyes y Decretos orgánicos”. B) Al artículo 235 se añadirá un nuevo apartado, que dirá así: “Cuarto. Cuando hubieren procedido en el ejercicio de sus funciones, en la jurisdicción criminal, con evidente apatía, negligencia o temor que hayan ocasionado perturbación o daño al interés público”». *Gaceta de Madrid* de 18 de julio de 1935.

¹⁴¹ *Nociones de Derecho político*, Atlántida, Buenos Aires, 1944, p. 77.

que insiste esencialmente en el poder funcional y no el poder político. Lo cual viene a complementar la declaración constitucional de la independencia del juez en la función jurisdiccional de aplicación de la ley.

III.5 FRANQUISMO

Durante la etapa franquista la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial mantuvo su vigencia, con independencia de algunas modificaciones legislativas¹⁴², y su rúbrica constitucional, lo cual no fue óbice para que se presentara al comienzo de aquella una propuesta hilarante, por su contradicción ínsita, para proceder a su reforma legal¹⁴³.

La apertura del año judicial en septiembre de 1943 por el ministro de Justicia, Eduardo Aunós, marcó las líneas ideológicas y la dirección por donde debían de discurrir las actuaciones de jueces y magistrados. En él se hizo un anuncio que no tuvo resultado: «la ley orgánica de la Función judicial –resulta llamativo que Fernández Clérigo había empleado esta denominación en los debates constituyentes republicanos–, ya muy adelantada en su elaboración, en la que los jueces y Tribunales obtendrán las garantías necesarias al recto ejercicio de sus funciones¹⁴⁴». Resultaba obvio que no podía admitirse de acuerdo con su pensamiento falangista la existencia, ni siquiera nominal, de un poder judicial. No obstante, Luna García, en su condición de delegado nacional de Justicia y Derecho de Falange, llegó a presentar un proyecto en el cual desaparecía el Ministerio de Justicia y, como en propuestas anteriores –la de Ossorio–, sus atribuciones pasaban al Tribunal Supremo, más en concreto a su Sala de gobierno¹⁴⁵. No obstante, la selección de sus magistrados daría lugar a lo que Lanero ha calificado como *nueva magistratura autogobernada*, aunque la presencia de los cargos falangistas en los órganos judiciales evidencia el control

¹⁴² Por ejemplo, Ley de 26 de diciembre de 1957 por la que se modifican los artículos 224 y 114 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 12 de la Ley de 23 de diciembre de 1948. Ley de 20 de diciembre de 1952 sobre reorganización de la Inspección Central de Tribunales, reforma de plantillas en las Carreras Judicial y Fiscal y procedimiento para designación de Magistrados del Tribunal Supremo. OSSORIO GALLARDO, E., *Organización judicial española*, Editorial de la Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, pp. 3 y 8, quien habla de la Justicia como «función del Estado» y de «la Justicia como poder, o el Poder judicial», identificando jurisdicción y poder judicial, distinguiéndola de las demás funciones del Estado y cuyo ejercicio corresponde a organismos preparados especialmente para el desempeño de dicha función.

¹⁴³ *Archivo de la Comisión General de Codificación*, Pleno, sesión de 1 de marzo de 1939, p. 27, acerca de la redacción del *Fuero de la Justicia*: «III. Dentro de la unidad del Estado y sin menoscabo de su organización totalitaria, se creará un Poder Judicial que, por su constitución orgánica y por el ejercicio de sus funciones, sea verdaderamente independiente». Al respecto, CANO BUESO, J., *La política judicial del régimen de Franco (1936-1945)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pp. 76-77.

¹⁴⁴ *Abolengo y prestigio de la función judicial. Discurso leído por el Excmo. Sr. D. Eduardo Aunós, ministro de Justicia, en la solemne apertura de los Tribunales celebrada el 15 de septiembre de 1943*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1943, p. 51. La importancia ideológica, dentro del franquismo, de este discurso fue destacada por CANO, *La política judicial*, pp. 163-165.

¹⁴⁵ LUNA GARCÍA, A., *Justicia*, AGUILAR, Madrid, 1940 (2.^a ed.).

político que se pretendió¹⁴⁶. El enfrentamiento larvado entre las tendencias políticas del régimen motivó que se desechara y con ello el intento de máximo control ideológico del entramado judicial. Todo quedaba bajo el famoso principio de «unidad de poder y coordinación de funciones».

Por su parte, siguiendo la estela de Maurice Hauriou y Leon Duguit, como también en línea con Ruiz del Castillo¹⁴⁷, José Castán Tobeñas, defendió en 1951 que:

«el Poder judicial no es un Poder político, porque la esencia del Poder está en la acción creadora del Derecho, y el judicial no lo crea por vía general, ya que lo que hace es custodiar y aplicar el Derecho existente¹⁴⁸. Ahora bien, si no Poder político, el Poder judicial es uno de los diversos poderes de la soberanía: el Poder de la justicia contenciosa, que aplica el Derecho en los procesos y litigios.»¹⁴⁹

Sobre esta idea, califica a la Ley de 1870 como «el código supremo y duradero de la magistratura española, atribuye a ésta en su mismo epígrafe la significación de “Poder”, y acepta las normas de independencia e inamovilidad como bases de la organización judicial¹⁵⁰». No hay poder judicial más que en la fachada, pero sí una ley de organización de tribunales en su interior que se admitía como válida, y no solo por ser la vigente. Se mantenía, como en etapas precedentes, la idea de una unidad de poder y distribución de funciones, aunque

¹⁴⁶ LANERO TÁBOAS, M., «Proyectos falangistas y política judicial (1937-1952): dos modelos de organización judicial del nuevo Estado», en *Investigaciones históricas. Época moderna y contemporánea*, 15, 1995, pp. 353-372.

¹⁴⁷ Había planteado la división de poderes y la división de funciones como ideas que aspiraban a fines diferentes y planteamientos que existían en todos los regímenes políticos, incluidas las dictaduras, aunque lo más interesante es la afirmación de que «a diferencia del Poder judicial, Poder conservador del Derecho establecido, llamaremos Poderes políticos a los Poderes creadores de Derecho, únicos, por otra parte, dotados de iniciativa», lo cual suponía el mantenimiento de las ideas esenciales de Montesquieu, según RUIZ DEL CASTILLO, y CATALÁN DE OCÓN, C., *Manual de Derecho Político*, Reus, Madrid, 1939, p. 144; y «La doctrina de Montesquieu. Valor actual», en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 10, 1950, pp. 21-42. No olvidemos que fue el traductor de Hauriou. En términos similares, «la separación de poderes acusa un sentido de modernidad, en tiempos recientes, hasta el punto de que para algunos no puede concebirse antes de la aparición del régimen constitucional; en cambio, la diferenciación orgánica de funciones se concibe en cualquier régimen», en palabras de PÉREZ SERRANO, N., «El principio de la separación de poderes: Antecedentes del problema», en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 10, 1950, pp. 7-19.

¹⁴⁸ Frase tomada, casi literalmente, de RUIZ DEL CASTILLO, y CATALÁN DE OCÓN, C., *Derecho Político. Obra ajustada al programa de 16 de agosto de 1933 para las oposiciones a ingreso en el Cuerpo de aspirantes a la Judicatura*, Reus, Madrid, 1933, p. 93.

¹⁴⁹ *Poder judicial e independencia judicial. Discurso de apertura de los Tribunales*, Editorial Reus, Madrid, 1951, pp. 14-15. Esta es la edición revisada y aumentada del discurso que pronunció el 15 de septiembre de ese año, en *RGLJ*, 190, 1951, pp. 201-257. A pesar de lo señalado, aludió también a propuestas de independencia orgánica, como las de Ossorio y García González (p. 63). Insiste en la función, aunque proponiendo la atribución de facultades orgánicas al Tribunal Supremo, IGLESIA PINILLA, F. de la, *Algunas propuestas sobre reformas de la administración de justicia para la España de Franco*, Escuelas gráficas de la Santa Casa de Misericordia, Bilbao, 1950, pp. 21 y 38.

¹⁵⁰ CASTÁN TOBEÑAS, *Poder judicial e independencia judicial*, p. 58

se apuntaba en la teoría doctrinal cierto grado de autonomía orgánica¹⁵¹. Todo ello sin perjuicio de la reformulación de conceptos y términos que trataban de superar la idea de función¹⁵².

Una misión que acaba por impedir la misma existencia de un Poder judicial, al indicar que emplea esta denominación «porque así se consigna en nuestra todavía vigente Ley orgánica de 1870», ya que bastaba la independencia en su desenvolvimiento funcional. De nuevo se admite la alusión a él por *costumbre*, como había manifestado Francisco Silvela. La Ley sobre organización de Tribunales de 1870 podía perdurar porque no afectaba a la esencia misma del régimen político. Su título era lo de menos. En todo caso, se aceptaba un restringido autogobierno *ad intra* sobre jueces y magistrados, pero en modo alguno frente a la autoridad omnímoda.

Muy tardíamente se proyectó una Ley orgánica de la Justicia¹⁵³, aunque continuaba negándose desde diferentes instancias que constituyera un poder político—como también se había afirmado a fines del XIX y durante la etapa republicana—

¹⁵¹ En este sentido, se defendía que «la función es una singular actividad del Estado» y la tricotomía tradicional no se consideraba absoluta, de manera que «en abstracto debe haber unidad de Poder o de Soberanía, pero diversidad de competencias en los órganos constituidos y que en concreto constituyen complejos llamados —si se quiere indebidamente— Poderes. La competencia de los órganos de unos de estos Poderes está caracterizada por una de las funciones», aunque en realidad existía cierta interdependencia entre ellos. En todo caso, la función jurisdiccional *strictu sensu* «es más propia del Poder judicial», y este debía de ser independiente del ejecutivo en tres aspectos: «I, en cuanto a la designación de sus miembros; II, en cuanto a su ejercicio; y III, en cuanto a su régimen disciplinario y a su responsabilidad civil y penal». Respecto al primero de ellos, «esa dependencia al Poder ejecutivo puede ser únicamente a efectos administrativos, en materia reglada (refrendo de nombramiento, fijación y cambio de situaciones activas, de excedencias, de supernumerario, licencias de situaciones pasivas, etc.); pero si el ingreso en la carrera se regula por oposición directamente o mediante la Escuela judicial, como en España, si los ascensos están sometidos a las normas generales de antigüedad... tratándose de materia reglada, de actividad ajustada a la Ley, propia de la función administrativa del Poder ejecutivo, y que de salirse de la norma legal, de infringir el ordenamiento jurídico, su restablecimiento debe quedar al arbitrio del propio Poder judicial, a quien le compete la misión de juzgar, guardándose, pues, el equilibrio y la separación de las funciones clásicas», según la postura del magistrado del Tribunal Supremo y catedrático ÁLVAREZ-GENDÍN, S., «El Estado de Derecho y el Poder judicial independiente», en *Revista de Administración Pública*, 31, 1960, pp. 11-56.

¹⁵² «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”», en *La misión de juzgar. Discurso leído por el Excmo. Sr. D. Francisco Ruiz-Jarabo y Baquero, presidente del Tribunal Supremo, en la solemne apertura de los Tribunales celebrada el 15 de septiembre de 1969*, Secretaría Técnica de la Presidencia del Tribunal Supremo, Madrid, 1969, p. 18. Aunque se apuntaban otras percepciones dentro del régimen: «La Administración de justicia, junto a su carácter de función jurídica del Estado, merece la consideración de servicio público», en ORIOL Y URQUIJO, A. M.^a de, *El plan de reforma de la justicia y su estado actual. Discurso leído por el Señor... Ministro de Justicia, en la solemne apertura de los tribunales celebrada el 16 de septiembre de 1968*, Centro de Publicaciones de la Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1968.

¹⁵³ Ley Orgánica del Estado de 1 de enero de 1967, artículo 31: «La función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, en los juicios civiles, penales, contencioso-administrati-

y se insistiera en la función judicial¹⁵⁴. En defensa de esta ley de bases el, ahora, ministro de Justicia Ruiz-Jarabo se dirigió a los procuradores en los siguientes términos: «el sometimiento a vuestra aprobación de dicha Ley se hace durante la etapa de Franco, para sentar así el último de los tres pilares básicos en los que se apoya la estructura de nuestro Estado, con unidad de poder y coordinación de funciones, comprenderéis cuál es mi situación de ánimo al comparecer ante vosotros para pedir os que convirtáis en ley el dictamen emitido por la Comisión de Justicia, completando así un ciclo cuyas fases han sido: la Ley Constitutiva de estas Cortes, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y hoy la Ley Orgánica de la Justicia¹⁵⁵». Resulta curioso que la primera tenía rango de fundamental, pero no las otras dos, aunque se deduce el interés para evocar una división tripartita no de poderes, sino de funciones. De este modo, se concibió como una «nueva normativa de la organización judicial»:

«Nada más natural, pues, que una vez concluido el proceso de institucionalización culminado con la promulgación de la Ley Orgánica del Estado en 1.º de enero de 1967, surgiese la necesidad de actualizar nuestra Ley Orgánica de la Justicia, prevista en esa norma fundamental. La Ley que hoy sometemos a vuestra aprobación desarrolla con toda fidelidad los preceptos contenidos en el título V de la Ley Orgánica del Estado. Toda la temática en dicho título contenida está en la presente Ley metódicamente desplegada: la unidad jurisdiccional, la independencia de la Justicia y su gratuidad, la inamovilidad de jueces y magistrados y su responsabilidad, la misión del Ministerio fiscal, la función asignada a los abogados y procuradores y tantos otros aspectos necesarios en una buena organización judicial, moderna y eficiente.»¹⁵⁶

vos, laborales y demás que establezcan las leyes, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en la *Ley orgánica de la Justicia*, según su diversa competencia».

¹⁵⁴ «La Justicia, que no es un poder frente a otros poderes, porque el poder del Estado es una entidad indivisible, sino que es una institución del Estado con función de seguridad jurídica, garantizando los derechos de los individuos, de las instituciones y del Estado mismo, tiene que gozar de plena independencia», según ORIOL URQUIJO, A. M.^a de, *El centenario de la Ley orgánica del Poder judicial de 1870 y la reforma de la Justicia (Discurso leído en la solemne apertura de los Tribunales, celebrada el día 15 de septiembre de 1970)*, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1970, p. 67. Poco después, ALONSO PRIETO, L., «Orientación profesional: la carrera judicial», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, 906, 1972, pp. 3-6, afirmaba con vehemencia que: «Ni el Gobierno, ni el Jefe del Estado, ni ningún poder sobre la tierra puede interferir la función judicial».

¹⁵⁵ DSCE, n. 14, sesión de 27 de noviembre de 1974, p. 66. Añadió con respecto a la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial que: «al cabo de tantos años, el proyecto de la nueva Ley Orgánica de la Justicia, en la regulación de una serie de materias, se remite a los artículos de la vieja ley, muchos de los cuales afloran literalmente en el expresado proyecto con la pujanza propia de los monumentos legislativos imperecederos... he de decir que de los treinta y cuatro proyectos elaborados desde 1870 para una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, veintidós lo fueron en la Monarquía, de los que solo llegaron a presentarse a las Cámaras legislativas los de Martín de Herrera, conde de Torreánaz, y don Antonio Maura; seis en la República y seis en nuestro Régimen, siendo de todos ellos el que ahora nos ocupa el único que llega a esta fase de elaboración en las Cortes» (*ibidem*, pp. 67-68).

¹⁵⁶ Todo bajo la esencia política del régimen: «Este proyecto no pretende solamente la simple sustitución de una Ley que, con una vigencia secular, ha podido quedarse inadecuada en buena parte de su contenido, sino que constituye también algo más profundo: la afirmación política y la

De ahí que hablara de independencia funcional del juez, pero no orgánica de la Judicatura: «La independencia de la justicia, consagrada constitucionalmente en nuestra Ley Orgánica del Estado, aparece en esta Ley de Bases reforzada y potenciada... se desdobra en dos frentes: uno abstracto, *independencia de la justicia frente a las otras manifestaciones del poder estatal*; y otro concreto, independencia de quien ejerce el oficio judicial». A continuación, sin embargo, un matiz: «Pero en el tema de la independencia de la justicia requiere mención aparte el *autogobierno de la Magistratura*, reconocido en la Base 1.^a, al prevenir que *el gobierno de los Tribunales competirá a los órganos judiciales*, que a estos efectos estarán sometidos a una ordenación jerárquica¹⁵⁷». Dentro de los esquemas del régimen se admitía un autogobierno limitado *ad intra*, ratificando la línea de la Ley de 20 de diciembre de 1952¹⁵⁸, pues siempre planea la autoridad del ministro de Justicia.

Esta propuesta del tardofranquismo no alteraba, en lo esencial¹⁵⁹, la concepción de que la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial era realmente una ley de organización de tribunales, aunque se estuviera mirando hacia los países europeos y se continuara insistiendo en la independencia en el ejercicio de la función (con omisión de cualquier referencia a la independencia orgánica¹⁶⁰). El resultado llegó en los meses finales de este período mediante la

profesión de fe en los Principios Fundamentales de nuestro Movimiento Nacional». *DSCE*, n. 14, sesión de 27 de noviembre de 1974, p. 69.

¹⁵⁷ El ministro añadió: «*El autogobierno*, que vengo precisando en su concepto y defendiendo desde mi primer discurso de apertura de los Tribunales en 1969, *es una vieja aspiración de la Magistratura*. Ahora bien, el autogobierno exige la necesidad de establecer un sistema de garantías judiciales y también –y esto es muy importante– el reforzamiento de los instrumentos que aseguren la efectividad de una auténtica responsabilidad judicial en cuanto fuere menester; pero puede afirmarse sin error que con ese autogobierno los Jueces y Magistrados han de sentir esa satisfacción interior indispensable para hacer más eficaces sus servicios en beneficio de la justicia y de la Patria. *Manifestaciones características del autogobierno, recogidas en la nueva Ley, son entre otras: la alta inspección de la justicia encomendada de manera exclusiva al presidente del Tribunal Supremo; el pronunciamiento sobre la legalidad de los nombramientos judiciales que corresponde a las Asambleas plenarias del Tribunal Supremo y de las Audiencias Territoriales; las funciones calificadoras y de propuesta para la provisión de determinados cargos, atribuidos al Consejo Judicial; y asimismo la amplia intervención de las Salas de Gobierno del Tribunal Supremo y de las Audiencias...*». *DSCE*, n. 14, sesión de 27 de noviembre de 1974, p. 71. Las cursivas son mías.

¹⁵⁸ «Con la actual Ley se amplían las atribuciones conferidas al órgano jurisdiccional supremo, al crearse un Consejo Judicial compuesto por los miembros de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo y cinco magistrados, uno por cada Sala de ese Alto Tribunal, designados por ellas mismas... La innovación que supone la creación del Consejo Judicial que ha de emitir declaración de aptitud para determinados puestos y que ha de señalar nombres para los magistrados del Tribunal Supremo tiende, como se ha expuesto antes, a vigorizar el principio de independencia judicial, básico en una ordenada Administración de Justicia». *BOE* de 22 de diciembre de 1952.

¹⁵⁹ En este sentido, se mantuvo que «la tarea de los redactores de la futura Ley Orgánica de la Justicia que anuncia el artículo 31 de la Fundamental, que comentamos, deberá refundir los preceptos dispersos en la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial», según MARÍN PÉREZ, P., «La Administración de justicia en la Ley Orgánica del Estado», en *Revista de Estudios Políticos*, 152, 1967, pp. 215-249, la cita en p. 226.

¹⁶⁰ HERNÁNDEZ GIL, A., «La administración de justicia en la Ley Orgánica del Estado», en *Revista de Estudios Políticos*, 152, 1967, pp. 215-249; y, «La justicia en la Ley orgánica del Estado», en *Revista de Estudios Políticos*, 181, 1972, pp. 35-50, en donde manifestaba que la Ley pro-

Ley 42/1974, de 28 de noviembre, de bases, Orgánica de la Justicia¹⁶¹. Su exposición de motivos reafirmaba esta idea: «En cumplimiento del mandato establecido en la Ley Orgánica del Estado, *la presente Ley sustituye a la denominada Ley provisional sobre organización del Poder Judicial* de quince de septiembre de mil ochocientos setenta, que a lo largo de más de cien años ha regido el gobierno de los Tribunales y el desenvolvimiento de su función, determinando, asimismo, las normas orgánicas reguladoras de la Carrera Judicial en España», dejando claro que «*sustituirla no quiere decir modificar totalmente sus criterios ni prescindir tampoco de sus principios fundamentales, que se respetan y refuerzan en cuanto resulten actuales y vigentes*». Su sustento argumental se vuelve a apoyar en la independencia funcional¹⁶², aunque admitía un gobierno

visional sobre organización del Poder Judicial «como es bien sabido, representa de hecho el hito más importante en la consecución de la independencia judicial. Ella sentó unas bases que han permitido la estructuración de la Administración de Justicia y la consolidación de sus mejores tradiciones sin impedir la necesaria evolución y acomodación a los cambios sociales». MOSQUERA SÁNCHEZ, L., «El Poder Judicial en el Estado de nuestro tiempo», en *Revista de Administración Pública*, 46, 1965, pp. 69-93, destacando de nuevo la trascendencia ampliada de su función, sin incidir en su organización en España, pero sí en otros países. Desde otra perspectiva y coyuntura política, FERNÁNDEZ ASPERILLA, A. I., *La administración de justicia en España durante el franquismo (1939-1975)*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 1999; y, «Elementos conformadores de la mentalidad judicial durante el franquismo», en *La administración de justicia en la historia de España: actas de las III Jornadas de Castilla-La Mancha sobre investigación en archivos*, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, Toledo, 1999, tomo II, pp. 1109-1120.

¹⁶¹ Sobre esta Ley, ORIOL y URQUIJO, *El plan de reforma de la justicia y su estado actual*, citado, FAIRÉN GUILLÉN, V., «Informe sobre el anteproyecto de bases de una «Ley orgánica de la justicia», en *Anales de la Universidad de Valencia*, 43-2, 1969, pp. 3-238. Ministerio de Justicia, *Estudios y observaciones sobre el anteproyecto de bases para una Ley Orgánica de la justicia. Ordenación resumida de los enviados por personalidades y organismos a quienes fue remitido el texto*, Madrid, 1969. GUTIÉRREZ DE CABIEDES y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, E., «Notas sobre el proyecto de bases de Ley orgánica de la justicia», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1, 1974, pp. 7-89.

¹⁶² «Declaraciones generales. Al igual que la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la que pretende dignamente suceder la presente... Uno. Así pues, se *proclama, de manera clara y precisa, el carácter independiente de la Justicia, ya que, como tantas veces se ha dicho, la nota diferenciadora y típica del ejercicio de la función jurisdiccional*, que determina la suprema garantía del normal ejercicio de los derechos proclamados por las Leyes Fundamentales del Estado, es la que se recoge en el principio esencial e indiscutido de la independencia de la Justicia. Dos. Esta nota de independencia tiene que ser concretada, señalando el cometido que la Justicia está llamada a realizar institucionalmente, que no es otro que el ejercicio de la *función jurisdiccional*, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado; cometido que de manera exclusiva y excluyente corresponde a los Juzgados y Tribunales... Siete. Si el imperio de la Ley se ha revelado como la mejor garantía de la *independencia funcional*, el mismo sistema se ofrece como el más idóneo para el propio gobierno de los Tribunales, que ha de completarse con el principio jerárquico anexo a la idea institucional, que cristaliza en la organización actual de los Tribunales de Justicia... Veintidós-cinuenta y uno... El Tribunal Supremo sigue configurado como el más alto órgano de la Justicia y cabeza de la organización judicial. Se le atribuyen las supremas funciones gubernativas y disciplinarias... XIV. De las normas legales orgánicas. Ochenta y ocho. *Seguirán vigentes las normas legales orgánicas en cuanto no se modifiquen por las presentes Bases*, pero se procurará su armonización y la integración sistemática, en cuanto proceda, en el texto articulado de la Ley». Esta última es la Base 24.^a Ninguna mención al poder judicial, salvo las contenidas en la referencia a la Ley de 1870. Las cursivas son mías. *BOE*, n. 287, de 30 de noviembre de 1974.

interno de los Tribunales, nunca competente *ad extra*: «X. Del gobierno de los Juzgados y Tribunales. Cincuenta y cuatro. Completando la declaración general de que el gobierno de los Tribunales, ajustado a criterios de legalidad, compete a los propios órganos de la Justicia que, a estos efectos, están sometidos a una ordenación jerárquica, las Bases mantienen los órganos hoy existentes, que son el Consejo Judicial, las Salas de gobierno del Tribunal Supremo y de las Audiencias Territoriales y la Inspección Central de Tribunales, con las funciones específicas que cada uno de ellos tiene...». En consecuencia, este texto franquista, en su aspecto orgánico, más parece una actualización del decimonónico –y de sus sucesivas reformas– que una redacción novedosa, por lo cual no extraña que se hable de sustitución.

IV. CONCLUSIONES

El calificativo de provisional dado a la Ley sobre organización del Poder judicial no fue exclusivo de ella, sino de otras promulgadas en la misma fecha, por lo cual, en mi opinión, no tiene mayor transcendencia. Lo que sí la tiene es la denominación, porque su prolongada vigencia, más allá de las circunstancias coetáneas para adoptar tal calificación, se debió a que no fue, precisamente, una ley del «poder judicial», sino de tribunales. Por este motivo, todos los regímenes políticos abordaron su reforma con calculada prevención porque ninguno de ellos aceptaba en realidad la existencia de un «poder judicial» orgánicamente independiente, aunque por razones obvias todos ellos lo admitieran, con constitución o sin ella, como un poder/potestad funcional independiente. Bastó, en consecuencia, con reformas legales menores o desarrollos reglamentarios para adecuar el texto de septiembre de 1870 a las necesidades políticas en cada etapa. Francisco Silvela fue, quizá, quien mejor lo vio al postular que *solo por costumbre* se mantuvo sin inconveniente conocido su denominación, como lo demostró su vigencia en regímenes políticos sustancialmente antagónicos.

A lo largo del siglo y poco más de vigencia de la Ley provisional sobre organización del Poder judicial no se creó ningún órgano de gobierno propio que defendiera a este «poder» o a cualquiera de sus componentes, de forma individual o colegiada, frente a los restantes poderes y, más en particular, frente al ejecutivo. Sí hubo, por el contrario, organismos y procedimientos exógenos, además de los endógenos, para controlar a quienes formaban parte de la Judicatura y la Magistratura. El sustrato constitucional que daba coherencia a esta ausencia se hallaba en el aludido juego de sustantivos y verbos de los artículos 34, 35 y 36 de la Constitución de 1869, sobre todo en los dos últimos, porque el poder ejecutivo *reside* en el rey, que lo *ejerce* por medio de sus ministros; mientras que con respecto al poder judicial se omite en quién *reside*, pero sí se declara quién lo *ejerce*. La conclusión es que el poder judicial no reside en los tribunales, puesto que ellos solamente lo ejercen. Coherencia que se trasladaba a la nomenclatura de ley que habría de regularlos de acuerdo con los artículos 94 y 2.º de las disposiciones transitorias.

En fin, el cambio terminológico que se produjo entre el previsto en el articulado constitucional de 1869 y el legal de 1870 vino motivado, en mi opinión, por decisión del ministro Montero Ríos, quien buscó dar una pátina de progresismo, al menos en la fachada, a lo que disponía aquel y a lo que, con seguridad, atendió la comisión de las Cortes encargada de su dictamen –y con toda probabilidad la mayor parte de los constituyentes–, más sujeta a la tradición parlamentaria anterior y a su contenido. Simplemente se trató de una decisión política, pues no se entró a configurar un poder judicial orgánicamente independiente, sino a regular la planta orgánica y el estatuto de aquellos que tenían que ejercer con independencia la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado con sujeción las leyes en los juicios civiles y criminales, u otras atribuciones que les encomendara la legislación.

La vigencia centenaria de la Ley de 1870, con independencia de las reformas introducidas en su texto o de las variaciones derivadas de otras disposiciones legales o reglamentarias se debió, en buena parte y a mi juicio, a que no era la del Poder judicial, sino la orgánica de Tribunales, como dispuso la literalidad constitucional de 1869 en su articulado, a pesar de la pomposa rúbrica del título VII. Así no hubo problemas para mantenerla con la I República, la Monarquía, la primera dictadura, la II República y con la dictadura franquista. Entre otras razones complementarias, porque ni se erigió un órgano de gobierno propio ni se reguló la relación del *poder judicial* con los otros dos, siendo elemento consustancial, asimismo, la dependencia orgánica que durante poco más de un siglo y con regímenes políticos diferentes tuvieron la Judicatura y la Magistratura del Ministerio de Gracia y Justicia o simplemente de Justicia, a lo cual tampoco fue ajena la partidocracia, cuya importancia en este asunto es intrínseca, y sin la cual no puede entenderse la evolución de conceptos y exigencia de adaptación, cuando no de sumisión, de los integrantes de la Judicatura a los respectivos credos. Desde un punto de vista teórico emplear o no la expresión «poder judicial» permite deslindar y diferenciar posiciones ideológicas, pero si descendemos a la realidad política se disipa cualquier distinción, pues salvo contadas excepciones (como el caso de Nicolás Salmerón) todos mantuvieron las mismas pautas para controlar a los jueces y magistrados en cuanto funcionarios, aunque respetaran la exclusividad de la función jurisdiccional y la independencia del juez cuando la ejerce.

Buena parte de las propuestas de reforma o sustitución de la Ley de 15 de septiembre de 1870, singularmente las del siglo XIX, se plantearon como de organización de tribunales, lo que permite considerar, de igual manera, que la primera también lo era, con independencia de la nomenclatura vigente y la realidad funcional. Las modificaciones, en consecuencia, se limitaron a aspectos estatutarios o mínimamente estructurales. Ni en ella ni en otras leyes se reguló un órgano propio de gobierno –o autogobierno– *ad intra* y de defensa y con representación *ad extra*, sin injerencias en particular del ejecutivo, a pesar de las posibilidades que se abrieron circunstancialmente al encomendar al Tribunal Supremo las propuestas de ternas en asuntos estatutarios de los miembros

de la Judicatura, con independencia de que la decisión final correspondiera al ministro de Justicia.

La doctrina del principio de unidad de poder y separación de funciones favoreció la situación existente desde finales del siglo XIX hasta la desaparición del franquismo, pues a unos y otros regímenes políticos les alentaba esa independencia judicial carente de un poder judicial orgánico de naturaleza política similar a los otros dos.

Se trató de una ley que no reguló un *poder*, sino que, por su contenido, fue una disposición legal sobre organización judicial o, volviendo la vista a la Constitución de 1869, de tribunales, y así se concibió siempre desde el ejecutivo, cualquiera que fuera su ideología. A todos los gobernantes les interesó el control sobre la estructura y composición de la Magistratura y de la Judicatura, por lo que nunca se plantearon realmente la creación de un órgano de autogobierno judicial. Les bastaba con respetar la independencia funcional, constitucional y legalmente declarada, de jueces y magistrados. En conclusión, resultó fácil a los gobernantes de cualquier tendencia convivir con la Ley provisional sobre organización del Poder judicial, precisamente, porque siendo ley de organización (de tribunales), no lo era de un poder (político) orgánico independiente, y con el transcurso de los años se olvidó su provisionalidad.

PEDRO ORTEGO GIL

Universidad de Santiago de Compostela. España

<https://orcid.org/0000-0001-6321-8830>

