

LECCIÓN 3. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

1. Teorías subjetivas y objetivas de la jurisdicción.
2. Notas características de la función jurisdiccional.
3. Funciones declarativa y ejecutiva. Las medidas cautelares.

1. TEORÍAS SUBJETIVAS Y OBJETIVAS de la JURISDICCIÓN

Al definir la “función jurisdiccional” se está definiendo el objeto principal del D.Procesal. La función jurisdiccional es la que define qué hacen los órganos públicos dotados de potestad jurisdiccional. De esta forma, la función jurisdiccional aparece definida como función del Estado. Así se la ejercerá a través de los órganos que juzguen y ejecuten lo juzgado. La potestad jurisdiccional se entiende encomendada a los órganos públicos provistos del poder jurisdiccional necesario para ordenar la preparación, el comienzo y desarrollo de los correspondientes procesos y para imponer reconocimiento, respeto y efectividad a los resultados finales del ejercicio de la función jurisdiccional. Al frente de estos órganos se sitúan los Jueces y Magistrados.

Después de estas aclaraciones que definen a quién corresponde la función jurisdiccional, hay que definir en qué consiste la función jurisdiccional. Se trata de encontrar una respuesta a la pregunta “¿qué hace un Juez?”. A partir de este punto, existen varias respuestas, unas basadas en el texto constitucional y otras que parten de la doctrina procesal.

* *Dpv constitucional*, la función jurisdiccional consistirá en “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (...).” (117.3 CE). Este mismo art atribuye esta función a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes para su ejercicio.

Este primer acercamiento a la definición de la función jurisdiccional produce una segunda pregunta: ¿en qué consiste el juzgar y ejecutar lo juzgado? Para ello, la misma CE define como **función propia de los Jueces y Tribunales**:

1º- la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de todas las personas (24.1 CE),

2º- el monopolio en la imposición de penas (25 CE),

3º- la tutela de los derechos y libertades fundamentales (53.2 CE),

4º- el control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa (106.1 CE) y

5º- el control de la constitucionalidad de las leyes (161 CE).

S.e, más que dar una respuesta de gral aplicación a las preguntas formuladas (“¿qué hace un Juez?” y “¿en qué consiste el juzgar y ejecutar lo juzgado?”), la CE sólo aclara

- quién ejercerá la función jurisdiccional, los Jueces y Tribunales,

- de qué forma se ejercerá, en procesos, juzgando y ejecutando lo juzgado, y

- en qué ámbito se hará efectiva la función jurisdiccional, tutelando los derechos e intereses de los particulares y controlando la actuación de la Administración y del Legislador.

Todo ello no responde satisfactoriamente a qué se ha de entender bajo función jurisdiccional.

* La doctrina, para dar una definición a lo q se ha de entender como función jurisdiccional, ha ideado dos posturas, la *teoría subjetiva* y la *teoría objetiva* de la función jurisdiccional.

A) **Tª Subjetiva**, la función jurisdiccional consistiría en la defensa de los D.subjetivos de los particulares, la reintegración plena de aquellos D.subjetivos en los casos de amenaza o violación.

Esta Tª Subjetiva está abandonada, pudiéndose alegar contra ella:

- 1- no siempre la actividad jurisdiccional presupone un dcho amenazado o violado
- 2- olvida toda la actividad q se desarrolla dentro de un proceso
- 3- no justifica la intervención en el proceso de personas q ni siquiera alegan la tutela de un D.subjetivo
- 4- además se limita a la manifestación “civil” de la jurisdicción, olvidando la “penal”

B) **Tª Objetiva**, según la cual la jurisdicción persigue la actuación del D.objetivo mediante la aplicación de la norma al caso concreto. Al Estado le corresponde asegurar la actuación del D.objetivo en los casos en que el mismo no sea voluntariamente observado. La función jurisdiccional se ejercitaría con el fin de asegurar el respeto del D.objetivo. La doctrina entiende q esta 2ª teoría cubre todas las manifestaciones de la jurisdicción.

Si sólo dijéramos q la función de la Jurisdicción es la actuación del D.objetivo, sería poco. La autoridad admva tb actúa con “potestad”, por tanto, hay q buscar las diferencias entre **Adm y Jurisdicción**:

1º la actuación del D.objetivo sólo se realiza por la Jurisdicción ante el ejercicio de **pretensiones y resistencias**,

2º la Jurisdicción actúa el D.objetivo de modo **irrevocable**,

3º la Jurisdicción opera siempre con **desinterés objetivo**, lo q se explica mediante la imparcialidad objetiva y la diferencia entre autotutela y heterotutela.

En último lugar, hay q añadir q las notas características de la función jurisdiccional, q se explican a continuación, son las q, superando las teorías subjetiva y objetiva mencionadas, atribuirán a la definición de la función jurisdiccional su total independencia frente a otras funciones ejercidas por el Estado y q definirán la función jurisdiccional con mayor acierto.

La **función jurisdiccional** consiste en la tutela e integración del D.objetivo, individualización del dcho en el caso concreto, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, desarrollándose por órganos independientes, responsables, imparciales, objetivamente desinteresados y cuyas resoluciones son irrevocables:

- La tutela supone una función de garantía aplicando el D.objetivo.
- La integración implica la prohibición del non liquet de los arts 1.7 Cc y 11.3 LOPJ
- Se individualiza el dcho al caso concreto mediante un juicio
- y juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado se traduce en la tutela declarativa y ejecutiva.

2. NOTAS CARACTERÍSTICAS de la FUNCIÓN JURISDICCIONAL

La vida en sociedad ha adoptado formas organizativas en las que han de cumplirse determinadas funciones, para satisfacer necesidades básicas. El Derecho es el Derecho de la función jurisdiccional, viene a mantener la paz social y solucionar los conflictos que se dan entre los sujetos.

El núcleo de la función jurisdiccional consiste en la tutela y realización del D. objetivo, pero lo esencial de la función jurisdiccional no es disolver discrepancias o resolver controversias, porque esto sería incoherente con lo que se deduce del 117 CE (Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado). Cabe decir que la Administración también tutela el orden jurídico y realiza el D. objetivo. Y así es, pero no es ésta su fin esencial.

- La Administración tutela y realiza el Derecho, haciendo cumplir unas normas o sancionando su incumplimiento, en cuanto ese Derecho, esas normas, se refieren a la actividad administrativa misma.

- En cambio, la Jurisdicción tutela o realiza el Derecho porque ésta es su misión, y hace observar normas que sancionan su infracción siendo esas normas reguladoras o referentes, en último extremo, a conductas ajenas. Esta ajenidad nos conecta con una característica de la función jurisdiccional, desinterés objetivo.

La “*función jurisdiccional*” puede definirse como la destinada a tutelar e integrar el D. objetivo, individualizando el derecho en el caso concreto, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, desarrollándose por órganos **independientes, responsables, imparciales y objetivamente desinteresados**, estando dotadas sus resoluciones de carácter **irrevocable**.

1. **Desinterés objetivo:** la actividad jurisdiccional guarda siempre una última relación a algo ajeno. Este rasgo, denominado por Chiovenda “alienita”, y que podríamos llamar desinterés objetivo, es característico del quehacer jurisdiccional. Podría replicarse arguyendo que la Jurisdicción no siempre aplica normas que regulan conductas ajenas. Y también cabría señalar que la Administración resuelve conflictos intersubjetivos en ciertas materias, mostrándose, en apariencia, objetivamente desinteresada.

Pero la realidad de todo esto no quita valor a las diferencias establecidas, porque cuando la Jurisdicción aplica normas que regulan su propia conducta lo hace siempre en función de un derecho o interés ajeno o del interés público de tutelar el orden jurídico. De otra parte, la Administración resuelve conflictos intersubjetivos en ciertas materias en la medida en que su acción en esas materias contribuye al bienestar general; el órgano administrativo es siempre “juez y parte” en los procesos que se tramitan ante la Administración.

La Jurisdicción aplica y realiza el Derecho porque le está encomendada esa aplicación o realización, siendo siempre ajena al órgano jurisdiccional la materia sobre la que trata su actividad.

2. **La imparcialidad:** estrechamente relacionada con el desinterés objetivo, significa la posición trascendente de la Jurisdicción respecto de los sujetos jurídicos afectados por dicho ejercicio. Dicho de otra forma, la imparcialidad arguye que, junto a la ordinaria existencia de sujetos jurídicos en posiciones procesales contrapuestas, los órganos jurisdiccionales se encuentran en una posición distinta y neutral.

El Juez o Magistrado que ejerce la función jurisdiccional debe hacerlo de forma imparcial, sin interés alguno en que el litigio se resuelva en uno u otro sentido, sin estar predispuesto en favor o en contra de las posiciones jurídicas que ocupan en el proceso. Se trata de realizar la individualización del derecho en el caso concreto de manera neutral.

Aunque la imparcialidad de Jueces y Magistrados es absolutamente subjetiva, para garantizar esta imparcialidad se establecen en nuestro orden jurídico 2 mecanismos como son:

- la recusación (solicitar la retirada de un Juez de un caso al que pueda estar relacionado, evitando situaciones viciadas)

- la abstención (opción del propio Magistrado de retirarse del proceso en el q pueda tener relación con alguna de las partes 217 y ss LOPJ).

3. La independencia: consiste en la ausencia de vínculos de dependencia y en la absoluta soberanía de cada Órgano jurisdiccional. Al ejercer la jurisdicción, los Órganos jurisdiccionales no dependen de nadie y están *sujetos únicamente al imperio de la ley*. La independencia de los jueces y magistrados arguye q éstos en el ejercicio de sus funciones peculiares tienen plena libertad de decisión en la interpretación y aplicación de las normas jcas, sin q nadie pueda inmiscuirse en su actuación con órdenes, consejos, instrucciones, sugerencias o presiones de cualquier tipo para influir o condicionar sus resoluciones. P.t, la garantía de independencia previene frente a intromisiones de otros poderes del Estado, de las partes o de 3º.

Aquí hay q destacar la diferencia entre Jurisdicción y Legislación. La **Legislación** supone un “prior” respecto de la Jurisdicción, no sólo pq siempre debe ser legal la organización jurisdiccional y la actividad procesal, sino pq, de ordinario, el resultado final de dicha actividad (la St) ha de tener como medida la Ley.

La LOPJ establece, genéricamente, q todos están obligados a respetar la independencia de los Jueces y Magistrados (art 13). De modo específico, dispone q en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los Órganos judiciales y de gb del Poder Judicial. No podrán los Jueces y Tribunales corregir la aplicación o interpretación del ord jco hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando administren justicia en virtud de los recursos q las leyes establezcan (art 12).

Cuando los Jueces y Magistrados se consideren inquietados o perturbados en su independencia lo pondrán en conocimiento del CGPJ, dando cuenta de los hechos al Juez o Tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado, sin perjuicio de practicar por s mismos las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden jco. El M.Fiscal, por s o a petición de aquéllos promoverá las acciones pertinentes en defensa de la independencia judicial (art 14).

La independencia significa, por un lado, la soberanía absoluta del Juez en el ejercicio de sus funciones estando únicamente sometidos al imperio de la ley. Los Jueces superiores no pueden dar órdenes a sus inferiores. Ello no es óbice para q puedan interponerse los recursos, ya q es la materia la q debe ser revisada por un Tribunal superior (12.2 LOPJ). Esta sumisión a la ley no supone q la independencia tiene un límite en la ley, ni q la sumisión a la ley sea una excepción a la independencia. Por el contrario, si la función jurisdiccional consiste en la actuación del D.objetivo, al juez se le concede independencia para aplicar el D.objetivo sin q existan otros condicionamientos. Por otro lado, las garantías de la independencia frente a la sociedad se traducen en régimen de inamovilidad de los jueces (arts 378 y ss LOPJ), régimen de incompatibilidades (arts 389 y ss LOPJ) y de prohibiciones (art 395 LOPJ).

Por su parte, las medidas de garantía frente al **Ejecutivo** tienden a evitar una injerencia de éste en la organización de Tribunales q, por vía del art 122.1 CE, sólo puede hacerse por medio de L.O, de manera q existe una reserva de L.O para todo lo referente a la constitución, funcionamiento y gb de los Juzgados y Tribunales. Además de la sumisión del Juez únicamente al imperio de la ley y del control de la potestad reglamentaria y actos de la Administración (106 CE y 8 LOPJ), el estatuto judicial y, concretax, la inamovilidad judicial, constituye otra de las garantías de la independencia frente al Gobierno recogida tb en el art 117.1 CE.

4. La responsabilidad: es la otra cara de la moneda de la independencia regulada tb en los arts 117.1 CE y 1 LOPJ. La resp y la independencia judicial son complementarios pues sin un régimen eficaz de resp judicial no puede garantizarse la interdicción de la arbitrariedad y el sometimiento de los Jueces y Magistrados al ord jurídico (9.1 y 3 CE), garantías ambas consustanciales al Estado de Dcho.

Supone q los Jueces y Magistrados responden de las consecuencias jcas de sus actos y conductas irregulares o

ilación—citadas mediante las indemnizaciones que sean debidas o las sanciones que hayan de ser impuestas. La respuesta es la contrapartida de la independencia. Un Juez cuya independencia esté asegurada, acumula unos poderes que no puede utilizar arbitraria, injusta o negligentemente. Conviene, s.e, señalar la diferencia entre esta respuesta que es de carácter personal y la respuesta directa o subsidiaria, según los casos, que corresponden al Estado y que garantiza la CE en su art **121 CE** (respuesta **patrimonial** del Estado-Juez) por “los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, dar lugar a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley”. En la CE se distingue entre:

- art **106.2 CE** “la respuesta patrimonial de las Administraciones públicas por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”, desarrollada en los arts 139-144 Ley 30/1992

- art **121 CE** “la respuesta del Estado-Juez”, desarrollada en los arts 292-297 LOPJ

En lo que concierne a la respuesta personal, el Título III del Libro IV de la LOPJ regula la responsabilidad de los Jueces y Magistrados en las 3 formas clásicas conocidas, art 16 LOPJ:

1- **respuesta disciplinaria** o gubernativa: respecto a faltas tipificadas legalmente que pueden hacer referencia al ejercicio de la potestad jurisdiccional o No,

- **respuesta jurisdiccional**, que atiende únicamente al desempeño de la potestad jurisdiccional y puede ser:

2- **respuesta civil** (para el resarcimiento de los D y P, causados por Jueces y Magistrados cuando se incurra en dolo o culpa) y

3- **respuesta penal** (por delitos cometidos en el ejercicio de la función jurisdiccional).

5. **Irrevocabilidad**: es la última nota característica de la función jurisdiccional y la única que la distingue de la función admva. Esta última, se desarrolla bajo la influencia de las relaciones respecto de otros (así como los propios de “jerarquía” y de “coordinación” consagrados en el art 103.1 CE).

El valor de C.Juzgada que el ord atribuye a las resoluciones firmes, que se traduce en su irrevocabilidad, es un atributo que debe contenerse en el cto de función jurisdiccional y, por ende en el propio de jurisdicción. Es la nota característica de la función jurisdiccional que mejor singulariza a la Jurisdicción frente a la Administración pues si respecto a las anteriores notas pueden existir matices que hagan fronteras ambas actuaciones, en la fuerza de C.Juzgada atribuible a las resoluciones jurisdiccionales frente a la revisibilidad de las decisiones admvas por la jurisdicción (106.1 CE y 8 LOPJ), no podemos achacar ningún matiz que dificulte el deslinde de dichas actividades.

El hecho de que determinadas resoluciones no adquieran eficacia de C.Juzgada, -procesos sumarios (art 447) p.ej-, no impide la calificación de la irrevocabilidad como parte integrante del cto de función jurisdiccional pq la perentoriedad que requieren determinadas formas de tutela jurisdiccional en función de la naturaleza o la especificidad de los intereses en juego es una consecuencia de la limitación de los medios de ataque y de defensa (alegaciones y/o prueba), consustancial a tales procesos, de tal manera que la ausencia de C.Juzgada no constituye un fin en sí mismo, por lo que la irrevocabilidad debe ser apreciada como una manifestación globalmente considerada de la función jurisdiccional.

3. FUNCIONES DECLARATIVA y EJECUTIVA. LAS MEDIDAS CAUTELARES

* FUNCIONES declarativa y ejecutiva

Como aclara el art **117.3 CE**, corresponde *exclusivamente a los Juzgados y Tribunales* determinados por las leyes, el *ejercicio de la potestad jurisdiccional* en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo

juzgado, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan, esta misma afirmación aparece en art **2.1 LOPJ**. Asimismo, en estos 2 arts están recogidas las 2 principales subfunciones de la Jurisdicción:

- Cuando se habla de "juzgar", se alude al **proceso de declaración**.
- Cuando se habla de "haciendo ejecutar lo juzgado", se refiere a los **procesos de ejecución**.

A través del **proceso de declaración**, el órgano jurisdiccional correspondiente "dice" el derecho en relación con el caso concreto, aunque puede limitarse a declarar simplemente lo que se ajuste o no a las normas jurídicas o bien, puede dirigir un mandato a una de las partes del proceso, con motivo de que hagan, dejen de hacer o soporten alguna cosa. Con este proceso o este "decir" del derecho, el Tribunal no trata de transformar materialmente la realidad de acuerdo con su declaración ni tampoco se ocupa de hacer efectivos el estado, relación o situación jurídicas constituidos existentes, modificados o extinguidos. Aquí predominan las declaraciones de voluntad.

En el caso del **proceso de ejecución**, el Tribunal concreto será que lleva a cabo una serie de actos encaminados a obtener una transformación material del mundo externo en orden a la realización concreta de los D.subjetivos, de obligaciones o situaciones jurídicas, o de la efectividad de sanciones, obligaciones, y derechos que le han impuesto, declarado o creado en un juicio jurisdiccional o que constan como existentes por otro medio previsto en la ley.

Hay que tener en cuenta que los procesos de ejecución son los conjuntos o sucesiones de actos, mediante los que la Administración de Justicia, ante el derecho del caso concreto, incide coactiva y coercitivamente en la esfera de la realidad material y deben declararse o crearse los presupuestos, requisitos y condiciones en que lo jurídico se haga real. En esta clase de procesos, tienen una mayor importancia las manifestaciones de voluntad.

Como inciso final, habrá que tenerse muy en cuenta que la declaración y la ejecución no son fases de un mismo proceso, sino procesos en sí mismos, diferentes el uno del otro, denominados proceso de declaración y proceso de ejecución.

** Las M.Cautelares*

Constituyen una institución que afecta a la parte DDA en el proceso y que pretende tanto **asegurar** el cumplimiento de la posible futura St condenatoria como, en algunos casos, **evitar** la comisión de nuevas acciones ilícitas. Como hemos dicho, a veces con este tipo de medidas se tiende a posibilitar el ejercicio de la función ejecutiva, es decir, se busca la garantía de que el condenado lleve a cabo lo que la St determina o pueda ser compelido a ello.

Esta es la finalidad a la que están destinadas las M.Cautelares en el ámbito civil (también en el contencioso-administrativo y en el laboral o social). Por otra parte, en el proceso penal, sin perjuicio de que traten de garantizar el cumplimiento de la St, estas medidas tienen un contenido muy amplio, y suelen perseguir otras finalidades, tales como la conservación de las pruebas, la presencia física del imputado o, incluso, la evitación de conductas criminales por parte del sujeto enjuiciado. La procedencia o no en el caso concreto de la adopción de estas medidas será establecida por el órgano jurisdiccional competente para dictar la St, y lo hará a través de lo que podremos denominar **proceso cautelar** (arts 730 y ss LEC), teniendo muy presente que este proceso no tiene la misma entidad que el declarativo o el ejecutivo, sino que es un complemento o instrumento de los mismos tendente a garantizar sus resultados. Generalmente la medida será fruto:

- de un proceder dispositivo,
- sin embargo también podrá ser acordadas de oficio por el órgano jurisdiccional. Pues bien, en tal caso no

habrá un proceso cautelar paralelo, y su adopción se enmarca dentro del proceso principal.

Así, la decisión de la práctica de las M.Cautelares tendrá un carácter, en relación al auténtico proceso, bien a priori, bien paralelo al mismo. Hemos de tener en cuenta que podrá adoptarse, con los debidos requisitos y justificaciones, tanto en el momento de presentación de la dda como antes, siempre que se pruebe la conveniencia de adoptar medidas urgentes.

En casos excepcionales, cabrá solicitar una M.Cautelar una vez iniciado el proceso. Del mismo modo, el DDO que pueda ser afectado por la medida tendrá a su disposición medios para defenderse, aunque la prueba más común será la documental. Por otra parte, los fundamentos esenciales en los que se basan las M.Cautelares son dos:

a- el “periculum in mora” (peligro en la demora procesal) y

b- el “fumus boni iuris” (aroma de buen derecho), que en el ámbito penal cabe ser sustituido por unos indicios racionales de criminalidad.

En relación al peligro en la demora las M.Cautelares se dirigen a evitar circunstancias que puedan surgir como consecuencia de la dilación temporal del proceso y que impidan el efectivo cumplimiento de la St.

Por otra parte, las medidas deberán de estar suficientemente justificadas, lo que se conoce, en el ámbito civil, con el nombre de aroma de buen derecho y que, en el ámbito penal, es sustituido por unos indicios racionales de criminalidad que hagan recomendable la M.Cautelar a adoptar.

A continuación es preciso hacer mención de las características que reúnen las M.Cautelares. Estas, al ser meros instrumentos para las funciones declarativa y ejecutiva, deberán de ser proporcionales, es decir, adecuadas para el logro del fin perseguido respetando lo más posible la libertad del individuo, de una parte y, de otra, debiendo existir una relación razonable entre el resultado buscado y los límites a la libertad necesarias para obtener ese resultado. El que podremos denominar ppio de proporcionalidad, se subdivide, a su vez, en 3 subprincipios, que son los de:

1- *Adecuación*: la medida ha de ser apta para alcanzar el objetivo pretendido (proporcionalidad entre medio y fin). No pueden las medidas ser iguales que la tutela jurídica que se persigue con el proceso, han de ser de identidad diferente.

2- *Necesidad*: la medida adoptada ha de ser precisa y necesaria en cada caso (ppio de proporcionalidad en sentido concreto). Dicha necesidad puede comprobarse confrontando los intereses del DDTE y del DDO.

3- *Subsidiariedad* (alternativa menos gravosa): aun siendo adecuada y necesaria la medida a adoptar, habrá que buscar si no hay otra que sea menos lesiva.

En resumen, con las M.Cautelares se pretende asegurar la tutela judicial efectiva, así como evitar ciertas conductas que podrían perjudicar al proceso o a bienes jurídicos ajenos al mismo, cuando así lo solicite el DDTE o lo estime el órgano jurisdiccional.

Es importante tener claro que la adopción de este tipo de medidas nunca supone prejuzgar acerca de la culpabilidad o inocencia del DDO, de manera que no son un condicionante de la St a adoptar. Por último, para un estudio más profundo de esta figura será preciso analizar, de un modo más concreto, las diferencias entre las medidas cautelares en el ámbito civil y en el penal.

3.6