

EL PODER JUDICIAL COMO LIMITE DE LA POTESTAD DE CONTROL DE LAS CORTES GENERALES

JORGE RODRIGUEZ-ZAPATA PEREZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA RÚBRICA DEL TÍTULO VI COMO RÚBRICA DEL SISTEMA DE ORGANIZACIÓN DE PODERES.—III. SOBRE EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES.—IV. LA DIVISIÓN DE PODERES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.—V. PODER JUDICIAL Y RESERVA DE JURISDICCIÓN.—VI. BREVE CONSIDERACIÓN DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL.—VII. CONTROL PARLAMENTARIO Y CONTROL JURISDICCIONAL.

«No sé, hijo mío, si celebre o llore la noticia que me das de haberte honrado su Majestad con esa toga. Contéplote en una esclavitud honrosa, mas al fin esclavitud.»

PADRE FEIJOO: *Balanza de Astrea o recta administración de la Justicia.*

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Española de 1978 califica la Justicia como verdadero *poder*. El tercer poder —ha afirmado Luis MOSQUERA— se ha consagrado decididamente como tal, sin ambages ni rodeos («La posición del poder judicial en la Constitución Española de 1978», en *La Constitución Española*, de A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, Madrid, 1980, p. 700).

Pero, como se destacó en sede constituyente, el enunciado del título VI es el único lugar en que la Constitución utiliza la palabra *poder* (Cfr. *Const. Española*, Trabajos parlamentarios, Madrid, 1980, pp. 566, 1797 y ss., 3821 y ss. y 4615 y s., aparte de otras menciones no dadas en el artículo 78.2 y en el 116.5). La reticencia de nuestros constituyentes al principio de división de poderes fue manifiesta, como admite expresamente uno de sus más autorizados exponentes (ALZAGA: *La Constitución Española de 1978*, Madrid, 1978, p. 707).

Este trabajo se propone llamar la atención sobre el principio de división de poderes en la Constitución. Frente al olvido de gran parte de nuestra doctrina se pretenderá reivindicar su importancia en el sistema institucional (II). Y no sólo en su dimensión teórica (III) sino también en cuanto técnica organizativa (IV). Esa exposición servirá de planteamiento para abordar un problema nuevo: la independencia del poder judicial frente a los demás poderes (V) le permite velar por sus intereses institucionales. Al afirmarse la *exclusividad de la función jurisdiccional* (VI) y, al mismo tiempo, romperse la imagen del Parlamento como órgano preponderante en el sistema, ¿no viene el poder judicial a entrar en potencial conflicto con las competencias parlamentarias? Pues bien, frente a la visión tradicional que considera a poder legislativo y poder judicial como agencias separadas, me interesa destacar supuestos en los que ambos concurren e, incluso, se superponen (VII).

Como es evidente los problemas enunciados exigirían una investigación más amplia que la que un artículo como el presente permite. A ella he de remitir al lector para mayores indicaciones bibliográficas y un tratamiento exhaustivo de problemas que, aquí, sólo se esbozan.

II. LA RÚBRICA DEL TÍTULO VI COMO RÚBRICA DEL SISTEMA DE ORGANIZACIÓN DE PODERES

La rúbrica del título VI: «*Del poder judicial*» no es intrascendente ni casual. Llama la atención sobre un principio esencial de nuestro ordenamiento. Por ello ha de entenderse como verdadera *rúbrica*, en el sentido arcaico del término. Es decir, como una señal encarnada o roja a escribir con tinta de ese color.

Carece de sentido denominar *poder* a la Justicia si las Cortes Generales y el Gobierno no pudieran utilizar el mismo título. Así lo subrayó el señor Satrústegui Fernández en los debates constituyentes:

«... Puesto que se designa a la organización judicial *poder judicial* y, a mi juicio, es el menor de los poderes (el verdadero poder es el parlamentario que emana del pueblo), considere» —la Comisión Mixta, que era a quien se dirigía la propuesta— «la posibilidad de que el título III, que se denomina *De las Cortes Generales*, se designara *Del poder legislativo* y, a continuación, *De las Cortes Generales*, y en el título correspondiente al Gobierno y la Administración se pusiera *Del poder ejecutivo* y luego *Del Gobierno y la Administración*, con lo que por lo menos resultaría que los verdaderos poderes serían designados con la misma jerarquía que el poder judicial.» (*Const. Española, Trabajos...*, cit., pp. 4615 y s.)

El Pleno del Senado pareció compartir la propuesta del ilustre senador. Pero la Comisión Mixta hizo caso omiso de ella. Aunque su olvido sea nuevo indicio del escaso favor de que gozaba el axioma de la división de poderes, se ha mantenido la rúbrica del título VI.

De esta forma se marca la independencia del poder judicial, que deja de ser un *Hilfsgewalt* encadenado al poder ejecutivo. Si esa circunstancia sirve para superar la centenaria penuria de nuestra Administración de Justicia hay que aplaudir la rúbrica del título VI. Pero, además, la mencionada rúbrica sirve como aceptación expresa, quíerese o no, del principio de división de poderes. Significa el hilo conductor necesario para analizar todo el entramado institucional de la Constitución. Queda atrás el anatema del artículo 2.11 de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967.

III. SOBRE EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES

El principio de división de poderes es un *principio histórico* que impregna nuestra estructura constitucional. Cuando el repudio político del axioma era evidente, el profesor GARCIA DE ENTERRIA pudo escribir, sin embargo, que se plasmaba en técnicas concretas «que se han hecho ya habituales y han entrado en las costumbres como un verdadero elemento cultural» (*Curso de Derecho administrativo*, 2.^a, Madrid, 1975, p. 26). Hoy, al alcanzar nuevamente su dimensión política, conviene huir de una visión mitificadora o simplista. No es, afirma HESSE, un dogma de Derecho natural. Puede, no obstante, aceptarse que, en cuanto «principio de constitución, racionalización, estabilización y limitación del poder del Estado» constituye «un principio fundamental de la organización constitucional» (STERN) (Cfr. K. HESSE: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 12.^a, Karlsruhe, 1980, pp. 194 y ss., y K. STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Munich, 1977, vol. I, p. 626).

El estudio de la realización efectiva de tal principio ha de basarse en los valores políticos y en los datos técnicos que ofrece cada ordenamiento positivo.

Ante todo es preciso llamar la atención sobre la inseguridad terminológica que reina en la doctrina. Se debe, en parte, al carácter anfibológico de la expresión *poder* que, como advierte el profesor VILE, es utilizada, al menos, con cinco significaciones distintas (M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the separation of powers*, Oxford, 1967, p. 12). Hay que hacer mérito, por lo menos, de la terminología alemana que discrimina, desde SCHMITTENER, entre *funciones en sentido formal* (división orgánica) y *funciones en sentido material* (división funcional) (Conf. JĚLLINEK: *Teoría General del Estado*, trad. de F. DE LOS RÍOS, Buenos Aires, 1978, pp. 461 y 461 *in nota*). Y, asimismo, hay que distinguir entre el *poder* como órgano o complejo de órganos

(*agencies of government*) y los titulares de ese órgano o complejo de órganos (*persons who compose agencies*).

Por último, me parece más correcto distinguir entre *poder* y *función*. Aunque la conexión entre ambos conceptos se encuentra ya, como señala la literatura italiana, en el Derecho romano, son claramente diferenciables. La *función* aparece como una de las grandes agrupaciones de las actividades que se ejercen, en consideración a sus caracteres típicos. No es preciso apartarse de nuestra doctrina para llegar a tal consideración. Basta recordar las construcciones de Adolfo POSADA, en sus Tratados de Derecho político y de Derecho administrativo, aún válidas en gran parte.

Con MODUGNO podemos predicar la conexión necesaria de toda función con una *actividad continuada* que comprende y trasciende sus manifestaciones particulares. El significado más propio del término se basa en el complejo de elementos constituidos por una atribución de potestad a un *órgano* para la consecución de un determinado *objeto* con un *contenido* formalizado y para un *fin* preestablecido (Cfr. voz «*Funzione*», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVIII, Milán, 1970, pp. 290 y ss., y antes voz «*Divisione dei poteri*», en *Novissimo Digesto it.*, XIII, Turín, 1966, p. 474, donde señala la primacía lógico-conceptual de la función respecto del órgano).

Mayores dificultades se presentan si queremos señalar la conexión entre *función* y *poder*. En Roma, como se señaló, *functio* (misión u obligación) se liga a *munus* y *officium* (*senatoria munera fungi* u *officiis iustitiae fungi*, en SÜETONIO y CÍCERÓN, respectivamente). Tal es la distinción hoy en día. Según la clásica construcción de BENVENUTI la *función* es el *quid* que está entre el poder abstractamente considerado y el acto final que es ejercicio de ese poder. Es el acto en su hacerse; el poder que se diferencia y deviene. Como decía JOLIVET: «una función es un papel que un órgano realiza en un todo en el que las partes son interdependientes».

¿En qué medida y con qué alcance se acoge en nuestra Constitución el principio de división de poderes? Además de la referida rúbrica del título VI creo que en el artículo 152.1 se encuentra lo que podríamos denominar *norma de reconocimiento* de la doctrina.

En efecto, la atribución de funciones distintas a poderes diferenciados, conforme a la teoría de la separación de poderes, se encuentra prescrita claramente en el citado artículo 152.1. Ciertamente es que tal disposición se refiere sólo a la organización institucional autonómica. Pero, a mi juicio, se proyecta sobre la estructura del Estado central. Y ello en la medida en que el artículo 152.1 sirve de consagración explícita de un *principio de homogeneidad* (*Homogenitätsprinzip*) entre el Estado y las Comunidades autónomas. Por lo que, al constituir límite imperativo de la potestad de autoorganización estatutaria de éstas, difícilmente se podrá negar que el Estado central, con cuya estructura se armonizan, debe respetar también ese esquema organizativo.

Esquema que, obviamente, no es mera técnica. El aparato institucional ha de ser contemplado desde una perspectiva axiológica. La división de poderes forma parte de esa *técnica de la libertad* de que hablara MIRKINE-GUETZEVICH. Y la libertad, como enseñara MAX SCHELLER, está íntimamente ligada —aunque pueda parecer paradójico— a la *predictibilidad* de las conductas. La creencia en un Gobierno limitado y predecible todavía encuentra, como el profesor VILE ha demostrado, un formidable apoyo en esa herramienta institucional.

En primer lugar, según resulta del artículo 1.2 de la Constitución, hay que defender la existencia en España de un auténtico *monismo del poder*. Lo que supone, por supuesto, repudiar bárbaras concepciones neofeudales así como superar la visión *dualista* que enfrentaba, mediante la división de poderes, al Gobierno con el Parlamento siendo éste un órgano del pueblo que se encara con el poder del Monarca (Cfr. RUBIO LLORENTE, *Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*, en REDC, 4, pp. 43 y s.).

La soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado. Y la concepción del Estado como autoorganización del pueblo que lo construye, lo juridifica y lo financia no es nueva. Se encuentra expresada ya, en forma luminosa, en los escritos de don FRANCISCO GINER DE LOS RÍOS quien, en 1868, defendía la «unión y esencial comunión de todos los ciudadanos en el poder del Estado», entendiéndolo la sociedad no en forma abstracta, sino viva y con toda la riqueza de su contenido.

Prevenía también GINER contra «ese *despotismo de la libertad*, impío, sacrilegio que, por desgracia, no bajó al sepulcro con Robespierre». Porque, si organizados los poderes sobre la base de la representación del país «ya no hay nada más que tratar, es evidente que, no sólo los poderes particulares, sino la soberanía misma se traslada, por tiempo cuando menos, a las magistraturas públicas, las cuales constituidas absorben toda la autoridad de la Nación, sin quedar fuera de ellas más que súbditos». Frente a lo que discurre sobre una Nación que «no tiene autoridad meramente *in potentia*, sino actual y efectiva; ni aun siquiera intermitente, sino constante; no el *anima vilis* a quien toca sólo callar y obedecer a sus elegidos, sino el motor enérgico y activo que vela y gobierna sobre los poderes particulares, meros agentes y ministros suyos» (*La política antigua y la política nueva*, apud *Estudios jurídicos y políticos, Obras completas*, vol. 5, *La Lectura*, Madrid, 1921, pp. 106 y ss., 87).

En suma, *monismo del poder* en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 de la Const.) de cuyo concepto es, a mi juicio, precursor destacado GINER DE LOS RÍOS.

En segundo lugar, hay que reconocer que consustancial a la idea de poder es la idea de *eficacia*. Así lo afirmaba don MANUEL COLMEIRO:

«Poder es querer con eficacia. Donde no hay voluntad para concebir y fuerza para ejecutar, allí no existe poder de ninguna especie. La voluntad sola significa un pensamiento estéril o un deseo ineficaz: la fuerza, también sola, supone un instrumento ciego, un acto de obediencia pasiva. En este sentido no hay sino un solo poder político, cuya idea más exacta es la voluntad social expresada por el órgano de sus intérpretes legítimos y seguida de efectos» (*Derecho administrativo español*, 4.^a, vol. I, 1876, p. 5).

Y, por último, la *racionalización* del poder. Se trata de lo que el juez Antonio LA PÉRGOLA denomina «*democracia constitucional*». Forma que, a través de un pluralismo institucional, busca el ideal anglosajón de la *balanced constitution* (Cfr. RODRÍGUEZ-ZAPATA, *La Corte Constitucional italiana: ¿modelo o advertencia?*, en la obra que recoge las jornadas de estudio de la Dirección General de lo Contencioso sobre el Tribunal Constitucional, vol. III, Madrid, 1981, pp. 2423 y s.).

Para exponer ese sistema de racionalización es conveniente utilizar, como esquema, el tipo ideal y puro de la doctrina de división de poderes que, como resultado histórico, propone el profesor VILE e inspira, también, a muy prestigiosa doctrina alemana. En efecto, para VILE se cumple la *doctrina pura* de la división de poderes donde se dan cumulativamente estos requisitos:

a) Que el poder se divida en tres ramas: legislativo, ejecutivo y judicial, correspondiendo a cada una de ellas una función de gobierno individualizada: legislativa, ejecutiva y judicial.

b) Que a cada uno de los poderes se le confíe, en forma exclusiva, el ejercicio de su función peculiar sin que se le permita entrometerse en las funciones peculiares de los demás poderes.

c) Que los individuos que integran cada uno de los tres poderes permanezcan separados, por considerarse incompatible el ser miembro, al mismo tiempo, de más de una rama de poder.

d) Que, en esta forma, cada una de las ramas de poder constituya un control sobre las otras dos con la consecuencia de que no exista ningún grupo de personas que sea capaz de controlar toda la maquinaria del Estado (VILE, *op. cit.*, p. 13).

Ahora bien, este esquema es simplemente un *bench mark*. La división de poderes no se ha dado nunca —y así lo ha afirmado el propio *Bundesverfassungsgericht*— en forma pura en ningún ordenamiento. Pero los correctivos, históricos introducidos en la misma: separación sólo parcial de funciones (*partial separation of functions*) e incompatibilidad sólo parcial de individuos (*partial separation of persons*) no desvirtúan su valor, mientras que han alumbrado la forma de gobierno norteamericana o la forma clásica de

gobierno parlamentaria (Conf. VILE, *op. cit.*, pp. 18 y s.). La atenuación del modelo estricto de división de poderes permite el matrimonio entre este principio y la teoría de la *balanced constitution*; matrimonio del que han nacido las democracias contemporáneas.

IV. LA DIVISIÓN DE PODERES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

En nuestro ordenamiento constitucional la estructura de los poderes obedece al esquema ya expresado:

a) Desde un punto de vista *material*, la función legislativa se encomienda a las Cortes Generales (art. 66.2), así como la ejecutiva al Gobierno (art. 97) y la jurisdiccional a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes (art. 117.3). Se trata, como afirma nuestro Tribunal Constitucional en el fundamento 1, apartado D), de su importante sentencia de 2 de febrero de 1981 (ponente GÓMEZ-FERRER; Rec. núm. 186/1980) de la *función peculiar* de cada poder. O, como afirma STERN, usando la terminología alemana a que me he referido, de la *congruencia ideal* entre la *función en sentido material* y la *función en sentido formal* (*Op. loc. ult. cit.*).

En el fondo de esa visión se encuentra, como con acierto señala el profesor VILE, la ley natural de toda estructura organizativa que se compone de dos elementos: *hierarchy and collegium*. Se trata de dos elementos en perpetua tensión pero que, bajo variadas formas, retornan una y otra vez a lo largo de toda la historia del pensamiento occidental. Es la tensión entre los valores de eficacia y rapidez presentes en la jerarquía (Monarcá o Gobierno) y la democracia, participación y debate del *collegium* (Parlamento) (Cfr. VILE, *op. cit.*, pp. 337 y ss.).

No creo necesario insistir demasiado en esta idea —singularmente lúcida— que ya expuso en España GARCÍA DE ENTERRÍA en su prólogo a la obra de J. D. MOONEY, *Principios de organización* (trad. de F. RUBIO LORENTE, Madrid, 1958), al comentar el principio *staff and line* (Estado Mayor y mando de línea). Basta con señalar su conexión al principio constitucional que nos ocupa.

Como es obvio, y así lo señala VILE, el poder judicial siempre ha encajado con dificultad en este esquema organizativo. A mi juicio, dada la indudable impronta canónica de nuestros ordenamientos, no se debe despreciar la posibilidad que, incluso en la Gran Bretaña, se encuentra en el testimonio de John SADLER (1649):

«And why may not the Sacred Trinity be shaddowed out in Bodies Politick, as well as in Naturell?» (*Apud VILE, op. cit.*, p. 15.)

Pero, para VILE, la consideración separada del poder judicial constituye un ejemplo del impacto del *procedimiento* como valor autónomo en la estructura organizativa (*op. cit.*, p. 339).

b) Desde un punto de vista *organizativo* cada uno de los poderes puede ser considerado como titular de un *ámbito nuclear* (*Kernbereich*) o *núcleo esencial* de su función peculiar. La única cuestión abierta, como afirma HESSE, es determinar en qué consiste ese *ámbito nuclear*. Es aquí donde la dogmática constitucional tiene que afinar su sensibilidad operando, en lo posible, sobre datos concretos. Entiendo que la *Kernbereichlehre* no se encuentra muy lejos de la doctrina sentada por nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia de 28 de julio de 1981 (ponentes: RUBIO LLORENTE, GÓMEZ-FERRER y ESCUDERO DEL CORRAL; Rec. núm. 40/1981). Se refiere nuestro más Alto Tribunal, en el fundamento 3 de la meritada sentencia, al «reducto indisponible o núcleo esencial» de determinadas *instituciones garantizadas por la Constitución* como «elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional». A diferencia de lo que ocurre con las *instituciones supremas del Estado*, cuya regulación orgánica se efectúa en la propia Constitución, las *instituciones garantizadas* ven deferida al legislador ordinario su regulación orgánica y competencial. Pero el legislador ordinario debe preservar la institución «en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y en cada lugar». Si así es, no veo difícil afirmar que el ámbito competencial de las instituciones supremas del Estado goce también de un *núcleo esencial* o *reducto indisponible* en el que la Constitución *prohíbe* cualquier intromisión de otro poder.

En España sólo la función jurisdiccional aparece atribuida exclusivamente a los Juzgados y Tribunales en el artículo 117.3 de la Constitución. Aun así, como hemos de ver, existen abundantes *zonas de condominio* entre la función jurisdiccional y la legislativa y la ejecutiva.

Por el contrario, el principio de división de poderes se ve corregido, respecto de su forma pura, con relación al poder legislativo y al poder ejecutivo. No hay consagración expresa de un monopolio de la función legislativa en favor de las Cortes Generales, ni de la función ejecutiva en el Gobierno. Pese a ello, del artículo 85 y 86.1 se induce el monopolio de la Ley en sentido formal para las Cortes Generales, dado que la actividad materialmente legislativa del Gobierno no recibe jamás el nombre de Ley. Por otra parte no se puede considerar que el Gobierno sea una mera *Ausschuss des Parlaments*. La función de Gobierno, como los alemanes —imbuidos en la tradición monárquica— se esfuerzan en demostrar, es una función diferenciada e independiente bien sea en su privilegio de información (*informierte Gewalt*) o por su insustituible *potestad de iniciativa* (*Initiativgewalt*), amén de su jefatura de la Administración Pública. Pero, en definitiva, como afirma MAGIERA, Parlamento y Gobierno son órganos constitucionales que se complementan (*«sich ergänzende Verfassungsorgane»*) (S. MAGIERA: *Parlament*

und Staatsleitung in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, Berlín, 1979, pp. 228 y ss. *et passim*).

Si recurrimos a la metáfora, singularmente expresiva, de HERMAN FINER lo podríamos expresar así:

«Without its peculiar connections with Parliament, the Cabinet would have no more life in it than the head of a decapitated chicken. And Parliament, without the Cabinet, would have little more sense of direction than the decapitated chicken's body.» (*The major Governments of modern Europe*, Londres, 1960, p. 133.)

c) Desde el punto de vista *personal*, los titulares de un poder no pueden pertenecer a otro (*incompatibilidades*). El artículo 70 de la Constitución establece el mínimo constitucional de incompatibilidad de senadores y diputados, mientras que los artículos 98.3, 127 y 159.4 declaran las aplicables a los miembros del Gobierno, jueces y magistrados y miembros del Tribunal Constitucional, respectivamente. Todo ello con la modificación (*partial separation of persons*) de nuestra forma de gobierno sobre el principio puro, al hacer compatible la condición de miembro del Gobierno con el mandato parlamentario [arts. 70 b), 98.3 y 110 Const.]. Compatibilidad que, como ha señalado el juez Leopoldo ELIA, no es esencial del parlamentarismo como muestran algunas monarquías europeas y, si es parlamentaria, la V.^a República francesa (Cfr. ELIA, voz «Forme di Governo», *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIX, Milán, 1970, pp. 642 y s.).

d) El esquema esbozado se completa con múltiples mecanismos de *checks and balances* por los que los poderes se interfieren y controlan recíprocamente. En este sentido hay que tomar en consideración, además de los mecanismos que señala STERN y que consisten, bien en la *designación* de los titulares de un órgano por parte de otro poder (arts. 99 y 114.2, 122.3 ó 159.1), bien en la *coparticipación funcional* de varios poderes (arts. 86, 63.2, 97, 93 y 94, 155, etc.), el sistema de *distribución vertical* de poderes y las *instituciones laterales* de órganos constitucionales.

En efecto, de acuerdo con la doctrina alemana, hay que distinguir en España entre *división horizontal* de los poderes y *división vertical* de los mismos. (Conf. GARCÍA PELAYO, *El «status» del Tribunal Constitucional*, en REDC, 1, pp. 21 y s.). Como ha afirmado el Tribunal Constitucional en su calandada sentencia de 2 de febrero de 1981:

«Los órganos centrales del Estado no ejercen la totalidad del poder público, porque la Constitución prevé, con arreglo a una *distribución vertical de poderes*, la participación en el ejercicio del poder de entidades territoriales de distinto rango, tal como se expresa en el artículo 137 de la Constitución.»

Por último ha de tomarse en consideración el hecho de que nuestro ordenamiento constitucional presenta un entramado institucional muy complejo. Junto al poder primario, investido en los *órganos constitucionales* en sentido estricto, aparecen instituciones satélite a las que he denominado en otro lugar *órganos laterales* o *auxiliares* (Cfr., RODRÍGUEZ-ZAPATA, *Ley Orgánica del Consejo de Estado*, Madrid, 1980, pp. 40 y ss.). Estas instituciones no son sólo órganos de auxilio (*Hilfsorgane*) respecto de la institución madre junto a la que se colocan: Gozan de autonomía y sustantividad propia, por lo que también sirven de freno y contrarresto.

V. PODER JUDICIAL Y RESERVA DE JURISDICCIÓN

Como acabamos de ver, la Constitución establece una tajante separación entre el poder judicial y los demás poderes del Estado. Tanto desde una *perspectiva organizativa*, como *personal* y, aun, *funcional*.

Pero, a mi juicio, la separación ha de ser interpretada dentro del pluralismo institucional de una Constitución equilibrada, que consagra una *democracia constitucional*, y no en forma mecánica.

Así, desde el punto de vista orgánico, se ha establecido un Consejo General del Poder Judicial como órgano de gobierno (art. 122.2 y 3 Const.), con rango de órgano constitucional en sentido estricto. Si, como creo, ha de interpretarse el artículo 168 de la Constitución en el sentido de equiparar a *revisión total* de la Constitución el intento de supresión de cualquier *órgano constitucional*, por ser éstos *necesarios e indefectibles* (Cfr. RODRÍGUEZ-ZAPATA, *Los tratados internacionales y los controles de constitucionalidad*, en el *Tribunal Constitucional*, cit., vol. III, p. 2381) resulta que la supresión del Consejo General del Poder Judicial exigiría una *revisión total* de la Constitución. Por tanto el poder judicial goza de la máxima garantía que puede otorgar una Constitución rígida en un Estado de Derecho: la misma con la que se protegen las libertades públicas y la forma política del Estado.

Cierto es que, como ha destacado Luis MOSQUERA, no se ha establecido un verdadero *autogobierno* del poder judicial (*op. cit.*, p. 707). Pero la intervención de las Cortes Generales en la designación de ocho miembros del Consejo General constituye un correctivo oportuno en la separación tajante de los poderes. Así es si se considera, como lo hizo RUINI en la Asamblea Constituyente italiana, que:

«... una forma plena de autogobierno no podría jamás ser cerrada; corporativa, ya que no se correspondería con un cuerpo formado por oposiciones y sin fundarse en las fuentes de la designación popular.» (*Apud*, MEUCCI, voz «potere giudiziario», en *Novissimo Digesto it.*, vol. XIII, Turín, 1966, p. 462.)

En la misma forma se justifica la *responsabilidad* (art. 121) como correlato del poder y, sobre todo, el control del *recurso de amparo* ante el Tribunal Constitucional que permite asegurar, frente a uno de sus más significados custodios, la supremacía de la Constitución (Cfr. RODRÍGUEZ-ZAPATA, *La Corte constitucional*, cit., p. 2443).

Las ricas posibilidades de *checks and balances* que ofrece una democracia constitucional sirven también, a mi juicio, para dar una interpretación conforme a la Constitución del sistema de *conflictos jurisdiccionales* entre la Administración y la Justicia (cuestiones de competencia), aunque se siguen rigiendo por la Ley de 17 de julio de 1948. Excluyo que pueda postularse que la meritada ley haya sido derogada por la Constitución por la simple razón de que, en tal hipótesis, no existiría jurisdicción alguna para las cuestiones de competencia. Pero es que, además, el posible desequilibrio que el actual sistema produce en favor del Gobierno —cuando éste decida, «oído el Consejo de Estado»— se ve corregido si se admite que el Consejo General del Poder Judicial suscite un conflicto constitucional con el Gobierno (art. 59 de la LOTC), cuando la decisión de una cuestión de competencia haya sido desproporcionadamente favorable a la Administración Pública.

De lege ferenda, si España acoge el sistema intermedio francés (Cfr. RODRÍGUEZ-ZAPATA, *Un conflicto de competencia sobre la limitación de la autonomía regional por medio de un tratado internacional*, en la REDC, 3, pp. 242 y ss.), que inspira el proyecto de ley orgánica del poder judicial, conviene mantener la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda conocer, en sede de Juez de Conflictos, de las decisiones del Tribunal Mixto que, en su caso, se cree. Y, dado que dicho Tribunal de Conflictos no figura entre los órganos especificados en el artículo 59.3 de la LOTC convendría, si fuera necesario, hacer uso de lo que establece el artículo 161 d) de la Constitución para facilitar el acceso, por vía de conflicto, ante el Tribunal Constitucional. En efecto, una preponderancia del poder judicial en la decisión sería, en otro caso, insusceptible de contrarresto. Y no cabe olvidar que el Gobierno, sobre todo si decide, oído el Consejo de Estado (art. 2.5 de la LCCE), puede ser controlado políticamente por el Congreso de los Diputados (artículo 108 de la Const.). En definitiva, si atendemos a Colmeiro, no es nueva en nuestro derecho la institución de una «Junta Suprema de competencias» (Cfr. COLMEIRO, *op. cit.*, vol. II, pp. 373 y ss.). Sólo hay que esperar que continúe la acertada trayectoria de la actual jurisdicción de conflictos.

Pero volvamos atrás en el examen de la *independencia funcional* de la función jurisdiccional. El meritado artículo 117.3 de la Constitución, que la establece, tiene su origen en los artículos 242 y 245 de la Constitución de Cádiz. Y viene al caso su recuerdo en cuanto que el artículo 243 de aquella contenía un precepto importante que, a mi juicio, debe servir para integrar el sentido del actual precepto constitucional:

«Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocando causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos.»

Nada mejor que el discurso preliminar de la Constitución gaditana para ilustrarnos de su sentido:

«Para que la potestad de aplicar las leyes a los casos particulares no pueda convertirse jamás en instrumento de tiranía, se separan de tal modo las funciones de juez de cualquiera otro acto de la autoridad soberana, que nunca podrán ni las Cortes ni el Rey ejercerlas bajo ningún pretexto. Tal vez podrá convenir, en circunstancias de grande apuro, reunir por tiempo limitado la potestad legislativa y ejecutiva, pero en el momento que ambas autoridades o alguna de ellas reasumiese la autoridad judicial desaparecería para siempre no sólo la libertad política y civil, sino hasta aquella sombra de seguridad personal, que no pueden menos de establecer los mismos tiranos si quieren conservarse en sus Estados.»

El meritado artículo aclara, con indudable acierto, que la exclusividad de la función jurisdiccional que proclama el actual artículo 117.3 de nuestra Constitución implica una verdadera *reserva de jurisdicción* y, además, con las siguientes características:

- a) ejercicio excluyente;
- b) interdicción de interferencias;
- c) soberanía de la decisión.

En efecto, las Constituciones posteriores a 1812 no reproducirán en forma expresa la prohibición de que las Cortes y el Rey (en quien reside el poder ejecutivo) ejerciten funciones jurisdiccionales. Pero durante el siglo XIX se interpreta la *exclusividad de la función jurisdiccional* que, como hoy, se reconoce y formula en las Constituciones de 1837 (art. 33), de 1845 (artículo 66), de 1856 (art. 67), de 1869 (art. 91), de 1876 (art. 76) y, en forma equivalente, en la de 1931 (art. 95) como una *reserva de jurisdicción*.

Me interesa desarrollar la referida prohibición de que las Cortes Generales ejerzan funciones judiciales. Es decir, la *reserva de jurisdicción* como posible limitación de las atribuciones constitucionales del Parlamento.

Antes es preciso ofrecer una noción, siquiera superficial, de que sea *función jurisdiccional*. Visión provisional porque, como es sabido, se trata de uno de los *Hauptprobleme* del Derecho.

VI. BREVE CONSIDERACIÓN DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Desde un punto de vista *formal* no se puede afirmar que el poder judicial sea un Rey Midas que convierta en jurisdiccional todo lo que toca. El poder judicial también puede realizar funciones de *carácter administrativo*. Ejercita función jurisdiccional cuando actúa su *función peculiar*; es decir, cuando los Juzgados y Tribunales actúan «*como un verdadero órgano judicial*» (Cfr. STC 3/1982, de 8 de febrero: ponente: GÓMEZ-FERRER).

Es imprescindible acudir, por tanto, a la noción de función jurisdiccional en *sentido material*. Aunque el momento formal se mantenga, y complementen lo que vamos a ver.

Paradigmática es la afirmación de CARRÉ DE MALBERG: «la función jurisdiccional no tiene más objeto que el de aplicar a los casos concretos sometidos a los tribunales las reglas abstractas formuladas por las leyes» (Teoría General del Estado, trad. J. LIÓN DEPETRE, México, 1948, p. 628).

Es tesis clásica en la que conviene nuestra doctrina (Cfr. PELAYO CABEZA DE VACA, *Tratado de los medios de mejorar nuestra situación política*, Valladolid, 1858, pp. 84 y ss.), así como la alemana (*Anwendung einer vorgefundener Norm*). Pero concluye, bien en la imposibilidad de separar *Regierungssachen* y *Justizsachen* (pese a los esfuerzos de los cameralistas desde el siglo XVIII), bien en la insuficiencia de la definición misma.

Insuficiencia que, ni ayer ni hoy, se predica sólo respecto de la función ejecutiva, sino también respecto de la legislación.

Ayer porque, como enseñó CALAMANDREI, sólo *lógicamente* puede afirmarse que la ley sea un *prius* respecto de la sentencia; no así *históricamente*, porque la función jurisdiccional precedió a la función legislativa. En efecto, legislar es lo mismo que juzgar mientras la magia domina el Derecho. En este sentido, afirma VILE que en los albores de la Edad Media no se consideraba posible que los humanos pudiesen *hacer* leyes; legislar era certificar y declarar la existencia de la ley divina corporeizada en las costumbres de la comunidad. En suma, en cuanto aplicación e interpretación de una ley preexistente, una función judicial (Cfr. VILE, *op. cit.*, p. 24).

Y hoy porque nadie niega que la aplicación judicial de una ley es, incluso en aquellos ordenamientos no inspirados en el *rule of precedent*, una declaración creadora del Derecho (*Schopferischer Rechtsfindung*), como ha declarado el B. V. G. alemán (Cfr. P. KIRCHHOF, *Rechtsquellen und Grundgesetz*, en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, ed. Christian Starck, Tubinga, 1976, vol. II, pp. 98 y ss.).

Por todo ello se han buscado criterios complementarios del de la ejecución de la ley que, en gran parte, se apoyan en CARNELUTTI. Muchos han encontrado eco en la jurisprudencia constitucional extranjera.

Así la difundida idea de la «*terzieta o imparzialità* del juez, entendida como independencia absoluta de éste respecto de la *res iudicanda*», afirmada

por la Corte italiana (sentencia número 123/1970, por muchas) y por el B. V. G. alemán que califica al juez de *tercero imparcial* (*nichtbeteiligten Dritten*) (APUD STERN, *op. cit.*, vol. II, p. 897), o la necesidad de actuar a instancia de parte (*Verbot der Eigeninitiative*). Desde esta segunda perspectiva se diferencia la Jurisdicción de la Administración (*que siempre es parte*, al menos a juicio de quienes mantienen la tesis) y del Parlamento (*que no actúa a instancia de parte*). (Insiste recientemente en estas difundidas tesis CAPPELLETTI, *Sobre las relaciones entre el Tribunal Constitucional italiano y el ordenamiento comunitario europeo*, en REDC, 4, pp. 10 y ss.).

Y, aún, existen perspectivas complementarias; la *soberanía de la decisión*, o en la que participa la decisión, se matiza afirmando que la jurisdicción constituye una figura intermedia entre la autonomía y la heteronomía, en cuanto que la sentencia sólo emana del juez (*super partes*) a instancia de la parte. Esta situación pasiva del juez explicaría que, pese al valor de sus decisiones, no se hayan incluido los órganos jurisdicentes o judiciales entre los órganos constitucionales del Estado. Y, en fin, la eficacia final (*Letzverbindlichkeit*) de la sentencia discrimina la Justicia de la Administración (STERN, *op. cit.*, vol. II, p. 896) en cuanto que ésta ve controlados sus actos por otro poder, mientras que aquélla posee la última palabra. En efecto, salvo en los casos de amparo constitucional, las sentencias judiciales sólo son controladas dentro del propio poder judicial; y aun en los casos de amparo se preserva la *Kernbereich* de la función jurisdiccional, como se desprende del artículo 54 de la LOTC.

Para concluir es preciso —una vez afirmado el monopolio de la función jurisdiccional— señalar la necesaria correlación que ha de existir entre *jurisdicción* y *proceso*, conforme a la mejor doctrina española (GUASP). Y los ámbitos nucleares o esenciales (*Kernbereich*) de la función jurisdiccional vendrían a ser los que tradicionalmente, según reiterada jurisprudencia, se reconocen como tales en los diversos órdenes jurisdiccionales (art. 51 de la LEC; art. 1 de la LE Cr.; art. 1 texto ref. de la LP de la Lab.; arts. 1, 2 y 3 de la LJCA).

Por otra parte, la vinculación del principio de exclusividad jurisdiccional con el artículo 24 de la Constitución (sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de enero de 1981; ponente Arozamena; amparo 65/80) y el artículo 59.3 de la LOTC permiten, junto al sistema de conflictos jurisdiccionales con la Administración, hacer efectivo el principio de *reserva de jurisdicción*. Todo ello en la interpretación de no disconformidad de la Ley de 1948 con la Constitución, que hemos propuesto, y haciendo extensiva a los problemas que nos ocupan la meritada sentencia (que, en rigor, sólo defiende la *domestic jurisdiction* o *domain reservé* del Estado frente al ordenamiento canónico).

VII. CONTROL PARLAMENTARIO Y CONTROL JURISDICCIONAL

A la luz de lo expuesto podemos ya abordar el problema de las relaciones entre el poder judicial y las Cortes Generales.

La existencia de una *reserva de jurisdicción* no impediría que se atribuyesen *funciones judiciales* al Parlamento. Así ocurrió en nuestro siglo XIX (hasta la dictadura de Primo de Rivera), sin que autorizada doctrina estimase incompatible la cita del calendado artículo 243 de la Constitución de 1812 con la existencia de la denominada *jurisdicción del Senado* (Ley de 11 de mayo de 1849). Desde el punto de vista dogmático bastan las atinadas observaciones de MADISON y HAMILTON sobre el *impeachment* norteamericano (Cfr. *El federalista*, trad. de G. R. Velasco, 2.^a, México, 1957, pp. 205 y ss. y 280 y ss.) y la doctrina contenida en la importante sentencia de la Corte Constitucional italiana número 131/1975 en la que se afirma «la necesidad de templar el principio de *autonomía e independencia del poder judicial* respecto de los demás poderes con el de *independencia del poder político* (del Parlamento) *de toda injerencia indebida*, incluso de las que provengan del poder judicial».

Pero, a mi juicio, la Constitución española de 1978 ha privado a las Cortes Generales de toda *función jurisdiccional*, incluso en aquellos ámbitos en los que la inercia constitucional se la venía atribuyendo.

Así resulta del artículo 102.2 de la Constitución (Cfr. *Const. Ela., Trabajos.*, cit., pp. 3755 y ss.) que parece limitar la intervención parlamentaria en los casos *impeachment* a la *iniciativa* del Congreso de los Diputados, difiriendo el proceso al Tribunal Supremo; del artículo 70.2 que somete a control judicial la validez de las actas y credenciales de los miembros de las Cámaras o, en fin, del artículo 76.1 que veda a las Comisiones de investigación el ejercicio de funciones jurisdiccionales.

Cierto es que cabría una interpretación diversa de los preceptos citados, dado, sobre todo, el carácter oscuro de los artículos 102.2 y 70.2, y la obligación de comparecencia (restricción de la libertad personal) que cierra el artículo 76. Pero me parece inconstitucional. En efecto, el artículo 117.3 es contundente y cualquier excepción al mismo debe resultar de un *precepto expreso* de la Constitución misma o de la *independencia soberana* de las Cortes Generales manifestada en sus Reglamentos (art. 72.1), a los que la Constitución reserva en exclusiva la autoorganización del Parlamento. Mas, a diferencia de otras Constituciones menos extensas, resulta que los rasgos esenciales de la *independencia* de las Cortes Generales se encuentran recogidos en la propia Constitución (70, 71, 72, 73), por lo que me parece dudoso que los Reglamentos parlamentarios o la ley electoral (art. 70) puedan desarrollar funciones jurisdiccionales no otorgadas expresamente a las Cortes en la Constitución, con detrimento del artículo 117.3. Hay que recordar, además, que el artículo 66.2 reserva a la Constitución la determinación de las

competencias de las Cortes y que nuestro ordenamiento configura una *democracia constitucional* en la que se ve corregida la idea de la *supremacía absoluta* del Parlamento propia de la democracia radical. El Parlamento representa de forma inmediata al pueblo español (art. 66.1), de donde dimana su *superioridad moral* sobre los demás órganos constitucionales y, en caso de reforma constitucional (que, sin apelar al pueblo, ha de ser parcial), una moderada *competencia de la competencia*; pero los demás órganos constitucionales constituyen también expresión (aunque no tan directa, *genuina*) del monismo de poder a que nos hemos referido (art. 1.2). En consecuencia, a falta de expresa previsión constitucional, parece obligado concluir que a las Cortes no les ha sido conferida *potestad jurisdiccional*.

Sin embargo, la *separación* se puede y debe circunscribir a lo que constituye el *ámbito nuclear o esencial (Kernbereich)* de la función jurisdiccional permitiendo, en cambio, una *coparticipación funcional* de las Cortes Generales en el poder judicial y de éste en aquéllas. Existen en la Constitución suficientes *normas de reconocimiento* para admitir como posible esta tesis. Y, si constitucionalmente es posible, la estimo muy conveniente para mejorar la *eficacia* del poder y para *racionalizarlo* en el seno del Estado-Providencia en que nos movemos.

Poder legislativo y judicial se configuran, en deferencia al principio de división de poderes, como independientes y separados. Pero tal separación sólo se debe mantener, como declara la Constitución de *New Hampshire*, «en cuanto sea compatible con la sucesión de relaciones que ata a todo el edificio constitucional con un lazo indisoluble de unidad y concordia» (*Apud MADISON, El federalista, cit., p. 207*).

Y en nuestra Constitución existen numerosos supuestos de condominio entre Parlamento y poder judicial.

Veamos el caso del artículo 70.2, que somete a control judicial la *validez de las actas y credenciales* de los miembros de ambas Cámaras. La reserva al Rey, desde 1442, de los casos en que «quando en la elección de los Procuradores de Córtes, que vinieren, hobiere discordia» (ley 2.^a, título 8.^o, libro 3 de la *Novísima Recopilación*) parece el establecimiento de un *caso de Corte* (3.^a partida, ley V, título III), que, en cuanto jurisdicción privilegiada, pudo ser el origen de la potestad soberana de las Cámaras de efectuar la *vérification des pouvoirs* de sus miembros. Término que revela, en sí mismo, la antigüedad de la institución.

Pues bien, el artículo 70.2, en contra de nuestra tradición y de la de otros ordenamientos europeos (Cfr., M. AMELLER, *Parlements*, 2.^a, París, 1966, pp. 42 y ss.), difiere al poder judicial este control o verificación de actas (Cfr. F. SANTAOLALLA, *El Parlamento y sus instrumentos de información*, Madrid, 1982, pp. 13 y s.). Dada la independencia del poder judicial, que hemos visto, se puede aceptar que la innovación sea una «sabia medida» (SANTAOLALLA). Baste citar los recelos de SANTAMARIA DE PAREDES, en 1913, cuando temía que «los manejos ministeriales se oculten tras la autoridad de la cosa juzgada,

impidiéndose, además, la mayor publicidad a que se presta la amplia discusión parlamentaria» (*Curso de Derecho Político*, Madrid, 1913, p. 293). Cautelas que, tras el sistema institucional establecido en nuestra Constitución, son innecesarias.

Ahora bien, aun aceptando la bondad del control judicial, no se podrá negar que sí constituye un *control* o *freno* judicial, en una área que afecta a la misma esencia de la autonomía de un órgano constitucional. Obsérvese lo dispuesto en el artículo 2 g) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Si no se admite *control externo* sobre ese órgano constitucional, ¿cómo admitirlo respecto de los representantes directos del pueblo español? La respuesta clara es que nuestra Constitución ha admitido, en este caso, una *interferencia parcial* de otro poder en la soberanía parlamentaria. La independencia de las Cortes Generales es un *valor objetivo* que se asegura mejor haciendo intervenir un *tercero imparcial* en el control de las actas.

Pero lo que, a mi juicio, no es acertado es abandonar pasivamente todo el terreno al poder judicial. ¿Qué contrarresto tienen las Cámaras en caso de que el poder judicial se dedique a «encasillar» diputados con sus sentencias? Ni el Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982 ni el del Senado de 26 de mayo de 1982 prevén, como deberían haber hecho, un *acto formal de admisión* o un *dictamen de idoneidad*, aunque se limitase a comprobar la existencia de sentencia sin entrar en el fondo de la misma. Se trataría de marcar, aunque en forma simbólica, la independencia de la Cámara. Que no se objete que los formalismos son reliquias inservibles. Me parecen sumamente sagaces las observaciones de sir Ivor JENNINGS respecto del valor utilitario y didáctico de las ceremonias del Parlamento británico; sobre todo cuando recuerda el aprecio que los dictadores (tampoco muy respetuosos de las formas) otorgan a las grandes demostraciones circenses (Cfr. JENNINGS, *Parliament*, Cambridge, 1970, pp. 14 y ss.). La ley electoral de 1907 era respetuosa de estos principios cuando establecía que el Tribunal Supremo sometiera *dictámenes* al Congreso «para que éste, en su soberanía» resolviera (art. 53). Hoy se ha otorgado a la Justicia toda la responsabilidad de una sentencia electoral. Pero ello no debe excluir que sean las Cámaras las que *formalmente* deban tener la última palabra. Todo el mundo sabe que el *impeachment* británico no se utiliza desde hace casi dos siglos. Pero no se ha abolido, entre otras cosas, como afirma DICEY, porque siempre se pueden cometer crímenes (DICEY, *An Introduction to the study of the law of the Constitution*, 10.^a, Londres, 1975, p. 455).

En el polo opuesto de la interferencia, ahora el Congreso sobre el poder judicial, se encuentra el artículo 102.2 de la Constitución. Se trata de un residuo histórico de la versión española del *impeachment*, que se irradia por Europa gracias a la influencia política de Gran Bretaña en las campañas antinapoleónicas (Conf. MORETTI, *Commentario della Costituzione, a cura di G. Branca.*, Bolonia-Roma, 1981, p. 525). Sólo que, en nuestra Constitución, se trata de un *impeachment* en el que sólo queda la acusación: un

impeachment a la pata coja. El Reglamento del Congreso de los Diputados, en su artículo 169, ha adoptado una solución respetuosa del principio rígido de división de poderes. Solución que, por eso, me parece insatisfactoria.

Aceptando que el Parlamento interfiere en estos casos sobre la función jurisdiccional, creo que hubiera sido más acertado desarrollar el artículo 102 (mediante ley orgánica) hasta sus últimas consecuencias. Si el Congreso de los Diputados tiene encomendado el *planteamiento de la acusación*, como se desprende del sentido propio de las palabras del artículo 102.2 (Cfr. art. 3.1 del CC), no se puede metamorfosear la *acusación* en *iniciativa* (aunque, púdicamente, se la denomine *iniciativa de acusación*).

En efecto, tanto en la Ley de 11 de mayo de 1849 como en la de 5 de abril de 1904 e incluso en el proyecto de ley sobre responsabilidad criminal del presidente de la II República, el Congreso de los Diputados debía nombrar una comisión de individuos o un comisario de su seno para sostener la acusación (art. 56 de la Ley de 1849, 4 de la Ley de 1904 y 8 del proyecto de la II República). Puede objetarse que en las dos primeras leyes citadas el Congreso sostenía la acusación ante el Senado, según el modelo británico, por lo que no existía interferencia del poder legislativo en el poder judicial. Pero, en el caso de la II República, la acusación se formulaba ante el Tribunal de Garantías Constitucionales pese a lo cual se mantuvo la existencia de comisarios de la acusación (Cfr., para el Derecho Comparado, AMELLER, *op. cit.*, pp. 365 y ss., y, más reciente, MORETTI, *op. cit.*, pp. 509 y ss., así como la voz *Impeachment* de G. NEGRI, en *Enciclopedia del Diritto*, XX, pp. 239 y ss.).

Creo, en fin, que si no queremos ver reducida la *iniciativa de acusación* a una actuación coja sería conveniente permitir, en este caso, que el Congreso «promueva la acción de la Justicia» ante el Tribunal Supremo, como el artículo 124.1 de la Constitución permite. Si hemos otorgado el contencioso-electoral al poder judicial nada se opone a reconocer al Congreso el ejercicio de la acción penal en este caso.

Y no es el único. El artículo 76.1 sugiere la posibilidad de que el poder judicial actúe sobre «asuntos de interés público» que difícilmente podrían llegar a los Tribunales si no hubiera precedido una investigación parlamentaria. El polémico inciso del artículo 136.2 de la Norma Fundamental que se refiere a la «*propia jurisdicción*» del Tribunal de Cuentas puede, también, ser interpretado en el sentido de crear un orden jurisdiccional económico en el poder judicial conciliable con la *jurisdicción contable* prevista en los artículos 15 a 18 de la LOTC, de 12 de mayo de 1982. Y, en fin, si se desea un Defensor del Pueblo efectivo convendría superar la rígida interpretación que ha llevado a vetar cualquier actuación del *Ombudsman* ante la Administración de Justicia (Cfr., arts. 13, 17.2 y 25 de la LODP, de 6 de abril de 1981). Se puede objetar que, en tal caso, configuraríamos un Defensor del Pueblo nórdico. Pero no parece que el *Ombudsman* sea una institución mediterránea. Y no deja de resultar absurdo el que el Defensor del Pueblo, al que la

Constitución misma legitima para el recurso de amparo constitucional [art. 162 b)] tenga trabas para «agotar todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial» [art. 44.1 a) de la LOTC].

En conclusión, los preceptos constitucionales citados y muchos otros, como el artículo 82.6 o el 106, permiten señalar una serie de *zonas de condominio* en las que concurren poder judicial y Cortes Generales.

Estas zonas proliferan desde el momento en que las Cortes acentúan su *función de control* (art. 66.2) sobre el Gobierno y sobre la Administración Pública. La función de control no es privativa de ningún poder del Estado, sino que se extiende horizontalmente en las áreas competenciales de todos los poderes (GALEOTTI). Así, por necesidad, el creciente control parlamentario confluye en ámbitos tradicionalmente ocupados por la función jurisdiccional (v. gr. art. 106.1 Const.). A la luz de los principios institucionales que inspiran nuestra Constitución se puede defender que la existencia de una *reserva de jurisdicción* no es incompatible con una *participación* o *auxilio* del Parlamento en el ejercicio soberano de la función jurisdiccional por parte del poder judicial.

Individualizar las áreas de condominio en los que esa participación es posible y sugerir las técnicas necesarias para lograrla es tarea urgente de la dogmática constitucional.

