Boletín de la Facultad de Derecho, núm. 18, 2001

DEL GOBIERNO DE LOS JUECES AL PODER JUDICIAL. EL TRÁNSITO DEL MODELO JURISPRUDENCIAL DEL *IUS COMMUNE* AL PODER JUDICIAL DEL CONSTITUCIONALISMO

Javier Sánchez Rubio [1]

> La llamada Administración de Justicia no es poder de un Estado constitucional, sino alguacil de un Estado oligárquico... Todo se resuelve con esto: oligarcas y caciques que, a despecho de lo que enfáticamente llamamos leyes, ejercen mero y mixto imperio sobre una porción más o menos extensa del territorio y sus moradores; y brazo para aplicar a éstos conforme el albedrío de aquéllos los fueros malos, los Tribunales.
>
> J. Costa, *Oligarquía y caciquismo como la forma actual de gobierno en España: urgencia y modo de cambiarla*, Madrid, 1901.

Si en la actualidad una de las controversias jurídicas más recurrentes versa sobre la justicia y su posición entre los poderes del estado, o el estamento judicial y su independencia, con el texto que abre este artículo vemos que no estamos, ni mucho menos, ante un debate nuevo. El problema de la configuración de la justicia, o la

1. Profesor-tutor de Historia del Derecho Español, UNED-Valencia y Universitat de València.

dependencia judicial respecto alguno de los otros dos poderes del estado, no reside meramente en el modelo actual dibujado por la Constitución de 1978, sino que, temporalmente hunde sus raíces más allá, y nace con el propio diseño histórico del poder judicial que realizó el constitucionalismo decimonónico, deudor de las influencias del sistema constitucional francés. Así planteado, ya tenemos el objeto de esta reflexión, y el punto de vista de su tratamiento, con una evidente perspectiva histórico-jurídica. Se tratará, pues, de exponer cómo era el anterior modelo de estado, y con él su sistema judicial, para compararlo con el que construyó el constitucionalismo español, reacción a aquél, si bien con cierto continuismo; y, que en sus líneas maestras ha pervivido durante los siglos XIX y XX, llegando hasta nosotros. El nexo evidente con otros sistemas es el ya apuntado: las construcciones del constitucionalismo continental. No obstante, existen otros modelos que difieren del nuestro, como el anglosajón, bien en su vertiente europea, bien norteamericana, que también serán, siquiera, objeto de cierto análisis comparativo.

Comenzaré planteando cómo se concebían jurisdicción y justicia en los últimos años del Antiguo Régimen, desde el postulado que lo caracteriza: el de indiferenciación de atribuciones o confluencia de potestades en unos mismos órganos y unos mismos individuos, y para todos los niveles; para ver, después, cómo el modelo liberal modificó esta construcción, y articuló una distinta, con el nuevo poder judicial [2].

El núcleo de la reflexión es, pues, el tránsito que se produjo en España a comienzos del XIX entre dos modelos jurisdiccionales radicalmente distintos: uno, el del absolutismo, edificado sobre la potestad absoluta del monarca, único titular de la jurisdicción –o *imperium*–, entendida como poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; y otro, el del estado liberal, sustentado en los principios de soberanía nacional y división de poderes, correspondiendo la función judicial a los tribunales, que la administrarán en nombre del rey, pero emanando entonces dicho poder de un nuevo titular: la nación. Con el liberalismo, el concepto de nación se opuso al del rey,

2. Perspectiva que no es absolutamente nueva, pues ya fue apuntada por el profesor F. TOMÁS Y VALIENTE, en «De la administración de justicia al poder judicial», *El poder judicial en el bicentenario de la Revolución francesa*, Madrid, 1990, 11-31.

y el imperio de la ley sujetaba cualquier actuación de los poderes públicos al control de legalidad pertinente. Evidentemente, en el ámbito jurisdiccional este cambio vino aparejado a otro mucho más profundo o general, como fue el paso del propio Antiguo Régimen –con su última etapa absolutista– al estado de derecho, lo que implicó alteraciones en todas las estructuras e instituciones del estado, entre las que se encuentra la jurisdiccional, como uno de los ejes esenciales de la transformación.

Comencemos con la construcción básica del absolutismo, entendido como la vigencia de un poder supremo, personificado en el rey, situado por encima de cualquier otro temporal, y no sometido al derecho positivo –radicado en la fórmula *princeps legibus solutus est* [3]–. En éste, el ejercicio de las potestades del rey absoluto se producía a través de una serie de órganos –el denominado sistema polisinodial de los consejos, al que podemos añadir las chancillerías y las audiencias–, en los que se desdoblaba y le representaban, ejerciendo sus funciones auxiliarmente, dentro de una organización jerárquicamente ordenada. Estas funciones se encontraban distinguidas teóricamente, pero atribuidas de forma indiferenciada a unos mismos órganos y a sus integrantes –que eran magistrados–, y que actuaban, por tanto, en varias esferas. Aquí aparece el nexo entre la estructura general del Antiguo Régimen, la jurisdicción, y los jueces y magistrados: la confusión de atribuciones típica del Antiguo Régimen tiene una de sus más claras manifestaciones en la dualidad que muestran en sus funciones.

LA POTESTAD JUDICIAL EN EL ANTIGUO RÉGIMEN: JUZGAR Y GOBERNAR, O EL GOBIERNO DE LOS JUECES

Históricamente, el poder del rey, su *imperium*, se identificó en siglos anteriores esencialmente con la idea de *iurisdictio*, o potestad

3. Con el matiz de la existencia de otro poder como el de la iglesia, gemelo, pero no igual, de base jurisdiccional, configurando la «diarquía jurisdiccional» del Antiguo Régimen, como lo denomina B. CLAVERO en «El cambio político a examen clásico: de la diarquía jurisdiccional, a la monocracia constitucional», *Antiguo Régimen y liberalismo. Homenaje a Miguel Artola*, vol. I, Madrid, 1994, 127-135.

jurisdiccional –cuya máxima expresión era «facer justicia»–, de tal modo que impartir justicia fue la actividad principal de la monarquía, encaminada hacia el buen regimiento del reino y el mantenimiento del orden, sujeta a los requisitos de un *iustum iudicium* y la *causae cognitio*. Si la raíz de lo jurídico radicó en un principio en preceptos de naturaleza metapositiva –tales como éticos y teológicos–, la idea del orden y su mantenimiento debían ser la esencia de un sistema caracterizado así por su judicialidad, atrayendo hacia esta naturaleza al resto de funciones y materias. De este modo se produjo la ligazón entre la idea de justicia aplicada judicialmente, con la de justicia gubernativa, dos planos de una misma realidad [4].

Con la recepción del derecho común, y tras un período altomedieval de justicia atécnica de fazañas y albedríos, la capacidad de juzgar residiría de forma inalienable e inseparable –en su titularidad– en la figura del rey, y en ella, la primera, se subsumían el resto de sus potestades [5]. Administrada originariamente por el propio monarca, y construida de forma casuística, éste iría delegando paulatinamente esta función en algunos de sus órganos permanentes

4. S. M. CORONAS GONZÁLEZ, *Estudios de Historia del Derecho Público*, Valencia, 1998, p. 20, y J. M. PÉREZ-PRENDES, «Fazer justicia. Notas sobre actuación gubernativa medieval», *Moneda y Crédito*, 129 (1974), 17-90; o A. M. HESPANHA en «Justiça e administraçáo entre o Antigo Regime e a revoluçáo», en *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, Milán, 1990, I, 135-204, pp. 138-140; «Las categorías de lo político y de los jurídico en la época moderna», *Ius Fugit. Revista Interdisciplinar de Estudios Histórico-Jurídicos*, núms. 3-4 (1994-1995), 63-100, pp. 69-70; y *Vísperas del Leviatán*, Madrid, 1989, pp. 215-221. La ligazón también aparece en la doctrina española del XVII, con J. de Hevia Bolaños, *Curia Philípica*, 2 vols., Madrid, edic. de 1797, I, §4, 1.

5. Así se recoge en textos legales como *Espéculo* 1, 1, 13; 4, 1, pr.; o 4, 2, 1; *Partidas* 1, 1, 4; 2, 1, 2; o en el *Ordenamiento de Alcalá* 32, 51, llegando en términos similares hasta la Novísima Recopilación, ya en el XIX. Sobre el cambio de modelo hacia la justicia del rey, S. M. CORONAS GONZÁLEZ, *Estudios de Historia del Derecho público*, Valencia, 1998, p. 9 y ss. También A. GARCÍA GALLO, «Jueces populares y jueces técnicos en la historia del derecho español», en *La justicia municipal en sus aspectos técnico y científico*, Madrid, 1946, 53-71, *passim*. La característica de inajenabilidad respecto a la titularidad se señala en el siglo XVIII por autores como F. A. DE ELIZONDO Y ÁLVAREZ, *Práctica universal forense de los Tribunales de España y las Indias*, 8 vols., Madrid, 1746, en el vol. V, 6.ª impresión, 1785, p. 238; o J. ACEDO RICO, (conde de la Cañada), *Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios*, Madrid, 3.ª edic., 1794, I, 3, 29.

que, en una suerte de desdoblamiento físico, le suplían, auxiliaban y juzgaban en su nombre, con un grado de tecnificación creciente, y que en el ámbito superior lo hacían no sólo como si fueran él en persona, sino que efectivamente lo eran [6]. En el caso de Castilla, primero el Consejo Real, luego las chancillerías y más tarde las audiencias, eran ese desdoblamiento de la persona del rey en el ejercicio de sus funciones. La máxima expresión en la antigua Corona de Aragón fue el consejo del mismo nombre y, a su vez, en cada uno de los diferentes reinos de esta corona, las diversas audiencias y virreyes, aunque con la peculiaridad de mantener un mayor equilibrio entre el monarca y el propio reino, producto de su diferente construcción jurídica, lo que pudo conducir hacia una mayor identificación con el propio concepto de justicia.

La primacía jurisdiccional, característica de la incipiente monarquía, significó que, para defender su potestad y mantener su poder frente a la otra gran jurisdicción, no sólo declarase la justicia como retenida –pudiendo ejercerla a través del instituto de la avocación–, sino que además, no enajenara los oficios judiciales a través de los que se concretaba dicho poder –a diferencia de la evolución en otros países europeos, como Francia–, salvo la inevitable transacción que garantizaba el reconocimiento de la jurisdicción señorial, y que paulatinamente se iría incorporando al ámbito real en los siglos posteriores, al menos en cuanto a las instancias superiores.

Planteada así la cuestión, el ejercicio de la justicia era el fin u objetivo que debía presidir la actuación de los órganos que ejercían la jurisdicción regia, destinado a garantizar la conservación de la cosa pública y la quietud de los pueblos. Es decir, la esfera de la justicia, entendida como la finalidad y el límite de la actuación del rey y de sus órganos, garantía de los súbditos, impregnaba todo el ámbito de la actuación de los poderes públicos, creando una confusión entre las materias propiamente contenciosas, y las de administración o gobierno ordinario. El gobierno era un aspecto más de la jurisdicción; y la justicia era un objetivo de esos actos de gobierno. A esta indivisión entre ambas potestades responde la dualidad funcio-

6. B. CLAVERO, «La Monarquía, el derecho y la Justicia», en *Instituciones de la España Moderna. I. Las jurisdicciones,* Madrid, 1996, 15-38; y del mismo autor, «Sevilla, Concejo y Audiencia», presentación a *Ordenanzas de la Real Audiencia de Sevilla,* Madrid, 1995, pp. 9 y ss.

nal que ostentaban en materia gubernativa y contenciosa, tanto los consejos reales de Castilla y Aragón, como las instancias regnícolas de los virreyes y las audiencias, y por ende, las locales inferiores [7].

La ligazón producida en siglos anteriores de las ideas de gobernación de la ciudad y la de la familia –refrendada por juristas del ámbito valenciano como Crespí de Valdaura, o del castellano como Castillo de Bovadilla– junto al reconocimiento del ámbito privado del monarca, irían dejando fuera del estricto campo de la justicia las decisiones de gobierno, que quedaban sujetas a principios o razones de mera oportunidad, discrecionalidad, y revocabilidad de las decisiones, además de ir destinadas a la generalidad de los ciudadanos. La potestad jurisdiccional, guiada por sus principios, se diferenciaba teóricamente de la gubernativa, y de la incipiente de dictar normas o leyes generales, que se regían por conceptos y discurrían por cauces completamente diferentes. No obstante, actuaría como control del resto, fiscalizando su legitimidad [8].

Sin embargo, la diferenciación funcional que se iría produciendo a lo largo de la Edad Moderna entre los asuntos de justicia y otros como los de guerra o hacienda –menos dificultosa por el ámbito material que implicaban– fue más complicada con los asuntos denominados de gobierno, donde la coincidencia material y orgánica de su tramitación, introducía como único criterio separador el tipo procedimental de su sustanciación. Es más, según decisiones coyunturales, un asunto podía tramitarse por una vía u otra, dentro de los mismos órganos y por los mismos magistrados, o trasvasarse entre

7. Un estudio del Consejo de Aragón y de esta dualidad funcional en J. ARRIETA ALBERDI, *El Consejo Supremo de la Corona de Aragón,* Zaragoza, 1994.

8. Un ejemplo de la construcción por los juristas de ese ámbito de gobierno, en CRESPÍ DE VALDAURA, *Observationes illustratae decisionibus Sacri Regni Argonum Consilii,* Lugduni, 1662, en *observatio III. De usu et exercitio oeconomicae et politicae potestatis,* pp. 70 y ss., en especial párrafo 1, *Rex est pater familias;* y en CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para corregidores...,* I, p. 71. Otras consideraciones sobre el carácter paternal del rey, en B. CLAVERO, «Autotutela de los pueblos», *Estat, dret i Societat al segle XVIII,* Barcelona, 1996, 283-298. Sobre la incipiente potestad de dar leyes, para el caso francés, F. OLIVIER-MARTIN, *Les Lois du Roi,* París, edic. 1997, en especial, pp. 73 y ss.; y B. DURAND, «Royal Power and its Legal Instruments in France, 1500-1800», *The origins of the Modern Satate in Europe,* vol. C, *Legislation and Justice,* Oxford, 1997, 291-312.

ellas. En una genérica referencia a «estado» se subsumían las cuestiones de gobierno en una de las secretarías del rey. La delimitación teórica de ambas potestades no fue seguida de su correlativa diferenciación orgánica. La materia de justicia, y la de gobierno continuaron recayendo en unos mismos órganos, cuyo componente o carácter jurisdiccional era prioritario. A ello se unía la inexistencia de órganos especializados a los que atribuir el conocimiento de los asuntos gubernativos, tradicionalmente sometidos a los togados de consejos y audiencias. La separación conceptual de la materia administrativa y de gobierno estuvo compensada por la yuxtaposición práctica de los cargos judiciales y de gobierno en unas mismas personas –los magistrados–, por lo que estos técnicos dictaban justicia en nombre del rey, y también participaban en las tareas ejecutivas, creándose un equilibrio inestable en una administración cuyas esferas se confundían en la práctica, pues sólo variaba su procedimiento, pero sin existir distinción material, ni aun personal u orgánica [9].

Por todo ello, durante estos siglos anteriores, la monarquía se identificó principalmente con la justicia, pues ésta subsumía o actuaba como referente del resto. El gobierno del reino procedía directamente de ella. Se ejercía por el propio monarca y los magistrados de sus órganos jurisdiccionales, con una mera separación procedimental respecto a la generalidad de sus actuaciones en lo

9. En este sentido, B. GONZÁLEZ ALONSO, «Las raíces ilustradas del ideario administrativo del moderantismo español», *De la Ilustración al liberalismo. Symposium en honor al profesor Paolo Grossi,* Madrid, 1995, 159-196; o el citado J. ARRIETA ALBERDI, en «Un concepto de estado y de división de funciones en la Corona de Aragón del siglo XVI», en *Estudios dedicados a la memoria del Profesor L. M. DÍEZ DE SALAZAR,* vol. I, Bilbao, 1992, 385-418. Similares consideraciones en A. EIRAS ROEL, «Sobre los orígenes de la Audiencia de Galicia y sobre su función de gobierno en la época de la monarquía absoluta», *A.H.D.E.*, 54 (1984), 323-384; o R. ROLDÁN VERDEJO, *Los Jueces de la Monarquía Absoluta,* Santa Cruz de Tenerife, 1989, pp. 16-17. Asimismo, las obras de A. GARCÍA GALLO «Alcaldes Mayores y Corregidores en Indias», *Estudios de Historia del Derecho Indiano,* Madrid, 1972, p. 702; «Cuestiones y problemas de la historia de la administración española», *Actas del I Symposium de Historia de la Administración,* Madrid, 1970, 39-60; y del mismo autor «La división de las competencias administrativas en España en la Edad Moderna», en *Actas del II Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1971, 298-306. Como opinión opuesta a estas conclusiones, A. GALLEGO ANABITARTE, *Administración y jueces: gubernativo y contencioso. Reflexiones sobre el Antiguo Régimen y el Estado constitucional,* Madrid, 1971.

gubernativo, frente a la individualidad de la judicial; pudiendo añadir en el ámbito aragonés el control de la primera, mediante la fundamentación jurídica de las decisiones judiciales, control jurídico que pronto fue hurtado en Castilla.

De forma semejante al resto del continente europeo, la adscripción de los jueces y magistrados al concepto de justicia real encontraba su origen en el propio monarca, que ostentaba su monopolio, e implicaba que ellos eran los aplicadores y último sostén de todo el sistema del Antiguo Régimen, el instrumento técnico de respeto a las otras manifestaciones generales de su soberanía: los actos legislativos y los ejecutivos. Preceptos legales como el de Partidas 3, 4, 2, con validez predicable todavía a comienzos del XIX, ponía de manifiesto esta realidad: el juez, más que instrumento del derecho, entendido como realización de los valores de lo justo, era el último garante del sistema monárquico, y la propia primacía de la justicia lo elevaba, individual y orgánicamente, sobre el resto de empleos y profesiones, y sobre la propia sociedad. Por ello, no eran propiamente jueces del derecho, sino jueces de la justicia del rey y de la monarquía. Los de las audiencias y chancillerías eran el propio rey juzgando, es decir, una misma conciencia [10]. Una muestra de ello es la creciente profesionalización que se les comenzó a exigir, dentro del aumento de tecnificación de la justicia, reflejo de la complejidad del propio sistema, que les apartaba del resto de la sociedad. Pero aún hay algo más, eran jueces nombrados y sometidos al juez superior, el rey, al que se tenía como el «vicario de Dios» en la tierra. La consecuencia era clara: a lo largo del Antiguo Régimen, los jueces tuvieron su origen y legitimidad, en última instancia, en el propio poder divino [11]. Sus cualidades morales y el cumplimiento celoso de su deber eran todavía mayores garantías que la preparación técnica. Nunca mejor referente que el nombre de magistrados de las Reales Audiencias o

10. B. CLAVERO, «Sevilla, Concejo...», pp. 36 y ss.

11. Así lo señala en el siglo XVI CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...*, I, cap. II, §18, 19 y 20, en p. 16, o A. DE AZEVEDO, *Comentarii iuris civilis in hispaniae regias constitutiones,* 6 vols., Lugduni, edic. de 1737, II, libro IV, título I, ley I, *passim.* Esta postura pervive en el XVIII en autores como M. S. MARTÍNEZ, *Librería de Jueces,* 11 vols., Madrid, 1763 (3.ª reimpresión de 1766), vol. 2, pp. 1 y ss. Sobre esta idea, también presente en la literatura jurídica francesa, *vid.* P. GOUBERT, *El Antiguo Régimen,* 2 vols., Madrid, 1979, vol. II, pp. 21 y ss., recogiendo el principio religioso, más el de imperio, y la fórmula de Ulpiano, *quid principi placuit.*

Reales Chancillerías: por su creación regia, por su identidad con el rey y, finalmente, por ser los aplicadores de su propia justicia. El control regio del estilo judicial, y la incipiente uniformidad de las ordenanzas de los tribunales españoles, ya en siglos posteriores, serían la muestra definitiva de la inequívoca unicidad de la justicia del rey [12].

Como vemos, la idea esencial, es la identificación del magistrado con el propio derecho, pues es un juez que goza del *imperium* del rey al que representa, y declara su derecho. Ligado a esa idea de justicia divina, al igual que la valoración o control último de su función judicial, el juez o el magistrado eran la propia personificación de la *iurisdictio* del rey, actuando como creadores o declaradores del derecho de forma concreta y determinada, es decir, *inter partes*, en el campo procesal o contencioso; y de forma general, en el ámbito gubernativo.

La relevancia del magistrado en el entramado de un Antiguo Régimen de naturaleza jurisdiccional se refleja en la propia legislación histórica, que evidencia su participación en la creación del derecho, arropándole virtudes tanto jurídicas como, sobre todo, morales [13]. Evidentemente el juez es imprescindible en el proceso, junto a las partes, pues sin él no existe dicho juicio o proceso judicial. Nombrado por el rey, era el depositario de la autoridad de éste en el ámbito contencioso –disfrutando de su *imperium*, como juez ordinario que aplica la justicia real, en cuyo ejercicio ordena y dirige el proceso, según las leyes procedimentales, en orden a la decisión final de la controversia litigiosa, a través de la sentencia–; y también en el ámbito gubernativo, personificando esta potestad regia [14].

Como oficio público, depositario de una parte de la soberanía regia, y encargado de dar solución a los asuntos contenciosos –y también a los gubernativos en el caso de los magistrados de audiencias y chancillerías–, el magistrado debía cumplir una serie de requi-

12. Para Francia, y ya desde el siglo XV, lo ha manifestado F. OLIVIER-MARTIN, *Les Lois...*, pp. 96-107.

13. *Partidas* 3, 4, 1, define a los jueces como «omes buenos que son puestos para mandar y fazer derecho».

14. Así, según L. GÓMEZ Y NEGRO, *Elementos de práctica forense*, Valladolid, 1830, pp. 24-48.

sitos que garantizasen su formación moral y jurídica, debiendo identificarse con las características asignadas al propio monarca, como las de rectitud, amor a la justicia, imparcialidad, gravedad, circunspección; y a la vez, con las de accesibilidad, acomodo al genio de los súbditos, o clemencia [15]. Estos requisitos, por tanto, atendían a varias consideraciones, que iban desde el campo moral y religioso, hasta el de idoneidad personal o social, pasando por los técnicos o de formación jurídica, donde el de haber cursado la carrera de leyes, para conocer el derecho era, por tanto, inexcusable.

Fue en el siglo XVIII cuando se acentuaron las exigencias de formación jurídica, a la vez que el modelo monárquico-judicialista en España sufría las primeras críticas profundas. Éstas procedían de una renovada perspectiva gubernativo-administrativa que, continuando la potenciación legislativa, intentó variar el paradigma judicial, hacia el nuevo predominio del legislativo. El primer embate se produjo con la llegada de la nueva dinastía borbónica, y la perspectiva patrimonialista que imponía irremediablemente un marco jurídico-institucional único y de base nacional, con una burocracia y administración heredada, pero más depurada y desarrollada, toda vez que conservaba bastante poderes heterogéneos, en contrapartida de su apoyo. En manos del rey radicaban indisolublemente la función de juzgar, la de buen gobierno o regimiento del reino, y ya, con definitivo predominio, la potestad legislativa. Con Felipe V y Macanaz el sistema judicialista se intentó modificar por otro de corte administrativo-policial [16]. Este fue el primer intento, pero su desa-

15. R. L. DE DOU, *Instituciones de derecho público general de España, con noticia del particular de Cataluña, y de las principales reglas de gobierno en cualquier estado,* 9 vols., Madrid, 1800, I, pp. 4-40.

16. P. FERNÁNDEZ ALBALADEJO, *Fragmentos de Monarquía,* Madrid, 1992, pp. 72-85, y 292-294; L. Moscoso Sarabia y P. SÁNCHEZ LEÓN, «Estado, reformas y revueltas: consideraciones sobre la quiebra del Absolutismo en España (1759-1808)», *Señorío y Feudalismo en la Península Ibérica,* Zaragoza, 1993, vol. IV, 423-446, en especial pp. 432-434. F. TOMÁS Y VALIENTE, «El gobierno de la Monarquía y la administración de los reinos en la España del siglo XVII», en *Historia de España, de Menéndez Pidal,* vol. XXV, Madrid, 1982, en especial pp. 5-10; J. M. GARCÍA MARÍN, *La burocracia castellana...*, nota 11; o J. A. MARAVALL, *Estado Moderno...*, I, pp. 95, 113 y 250. También G. BARUDIO, *La época del absolutismo y de la Ilustración,* Madrid, 1983, pp. 192 y 227; y P. FERNÁNDEZ ALBALADEJO, «La Monarquía», en *Actas del congreso internacional «sobre Carlos III y la Ilustración»,* Madrid, 1989, vol. I, 1-89, pp. 24 y ss.; recogiendo similares plan-

rrollo práctico no se produciría hasta mitad de siglo. Y ello no sólo por la caída de alguno de sus precursores, sino porque la primera formulación del estado político-administrativo que preconizaba lo gubernativo y la doctrina de las regalías, no sólo no desterraba la base jurisdiccional del sistema, sino que tampoco erradicaba las diferentes jurisdicciones, pues buscaba eminentemente el predominio de la posición real respecto al resto. Se sentaban las bases de la nueva orientación, pero ésta no se consumó [17].

Además, la aplicación de este modelo de inspiración francesa encontró la reacción del tradicionalismo, que frenó la evolución española hacia la misma dirección administrativista de la vecina Francia, aplazando aquí la cuestión hasta mitad del XVIII [18]. De ahí que el mayor ataque contra el modelo judicialista se planteara a partir del reinado de Carlos III. El peso tradicionalista experimentó una

---

teamientos en *Fragmentos de Monarquía...*, pp. 353 y ss. Y también F. TOMÁS Y VALIENTE, «Aspectos jurídico-políticos de la Ilustración de España», en *Obras Completas*, vol. IV, Madrid, 1997, 3.263-3.272, en especial pp. 3.265-3.268. El carácter administrativista del modelo francés, en M. ANTOINE, *Le dur métier de roi: etudes sur le civilisation politique de la France d'Ancien Régime*, París, 1986.

17. P. FERNÁNDEZ ALBALADEJO, «La Monarquía...», pp. 6, 25, y 31 y ss.; B. CLAVERO, «Cataluña en España. El derecho en la historia», *A.H.D.E.*, 57 (1987), 805-850, p. 825; y M. ANTOINE, «La monarchie absolue», en *The french revolution and the creation of modern political culture*, 1987, 3-24, p. 10. También F. DÍAZ, *Europa: de la Ilustración a la Revolución*, Madrid, 1994, pp. 85-96. Para el pensamiento de Macanaz, *vid.* M. DE MACANAZ, *Auxilios para bien gobernar una Monarquía católica, o documentos que dicta la experiencia y aprueba la razón para que el monarca merezca justamente el nombre de Grande*, Madrid, 1787, III, pp. 236-237.

18. Sobre el pensamiento tradicionalista, enfrentado al regalismo, F. LÓPEZ, *El pensamiento tradicionalista*, en *Historia de España, de Menéndez Pidal*, vol. XXXI, Madrid, 1987, 815-851; F. PUY, *El pensamiento tradicional en la España del siglo XVIII (1700-1760)*, Madrid, 1966, R. LABROUSSE, *La doble herencia política de España*, Madrid, 1942; L. SÁNCHEZ AGESTA, *El pensamiento...*, pp. 61-66; P. HAZARD, *El pensamiento europeo en el siglo XVIII*, Madrid, 1946, pp. 86 y ss.; V. PALACIO ATARD, «El despotismo ilustrado español», *Arbor*, 60 (diciembre 1950), 347-366; A. ELORZA, «Hacia una tipología del pensamiento reaccionario en los orígenes de la España contemporánea», en *Cuadernos Hispano-americanos*, 68 (1966), 370-. C. E. CORONA, «Teoría y Praxis del despotismo ilustrado», en *Historia de España, de Menéndez Pidal*, vol. XXXI, Madrid, 1987, 17-212, pp. 180-185; y J. A. MARAVALL, «Las tendencias de reforma política en el siglo XVIII», *Revista de Occidente*, 52 (1967).

cierta reducción. Regalistas y jansenistas alcanzaban la administración del estado, y abrían las puertas a la futura penetración de los ecos de la Enciclopedia en nuestro país, que se verificaría en los dos reinados siguientes [19]. Arranca la transición con Campillo y Cossío, y con la posición netamente administrativista de Ensenada, con evidente influencia francesa. El ministro fernandino contemplaba en su reforma hacendística cómo la única salida al sistema existente consistía en desprender el ámbito gubernativo del acoso jurisdiccional al que estaba sometido, orgánica y funcionalmente. En su *Representación* a Fernando VI, de 1751, expresaba su convicción de separar las atribuciones de justicia de las de policía, gobierno y economía, debiendo conservar el Consejo de Castilla sólo las jurisdiccionales, atribuyendo el resto a los ministros [20].

De nuevo hay dos facetas del mismo fenómeno que aparecen como indisolubles: el retroceso de la característica judicial de la monarquía venía unido indefectiblemente a la cuestión sobre la atribución indiferenciada de las materias de justicia y gobierno a unos mismos órganos y magistrados. Limitar la justicia a lo contencioso, separada de lo gubernativo, era el eje de la reforma, cuya definitiva materialización se encargó de impedir la disminuida oposición tradicionalista. A pesar de la caída de Ensenada, y el posterior freno que sufrió la incipiente construcción del estado gubernativo –ya avanzado el reinado de Carlos III–, la falta de especialización orgáni-

19. Estudiado por T. EGIDO, en *Opinión pública y oposición al poder en la España del siglo XVIII,* Valladolid, 1971. A. MESTRE SANCHIS, *Despotismo e Ilustración en España,* Barcelona, 1976; R. HERR, *España y la revolución...,* pp. 166 y ss; J. HERRERO, *Los orígenes del pensamiento reaccionario español,* Madrid, 1971. La especifidad de la Ilustración española, en F. SÁNCHEZ-BLANCO, *Europa y el pensamiento español del siglo XVIII,* Madrid, 1991, o del mismo autor, *La Ilustración en España,* Madrid, 1997.

20. La obra del marqués de la Ensenada es la *Representación a Fernando VI,* de 1751, editada en *Cuadernos de Investigación Histórica,* 4 (1980), cap. 99, 100 y 101. Sobre su filiación ideológica y reformismo, P. FERNÁNDEZ ALBALADEJO, «La monarquía...», pp. 48-51; y del mismo autor, «Monarquía ilustrada y haciendas locales», en *Estudios de hacienda: de Ensenada a Mon,* Madrid, 1984, 157-173. También J. L. GÓMEZ URDÁÑEZ, *El proyecto reformista de Ensenada,* Lleida, 1996. J. DEL CAMPILLO Y COSSÍO, *Lo que hay de más y de menos en España para que sea lo que debe ser y no lo que es,* obra de 1742; y su continuación *España Despierta,* de 1743 (edición y estudio preliminar de ambas realizado por A. ELORZA, en *Estudios de Historia social, económica y demográfica de España,* Madrid, 1969).

ca y la propia esencia jurisdiccional, encontraron las críticas más serias y sistemáticas en la Ilustración. En aras de una racionalización y mejora del propio ejercicio del poder, la idea ilustrada ampliaba definitivamente el ámbito gubernativo, a través del depurado concepto de «policía», superponiéndose al de gobierno y al de la propia administración [21]. Y, precisamente aquí, en preconizar la potestad gubernativa y legislativa del monarca –que definitivamente cristalizará en la etapa liberal, asentada sobre tal poder– era donde se circunscribía la única posibilidad de cambio dentro del sistema del Antiguo Régimen, que no podía venir dada por su secular esencia judicial [22].

Aunque la sustitución del modelo se produjo en los años de Cádiz, ayudada por factores externos enmarcados en una guerra antifrancesa, el substrato ideológico no surgió de forma espontánea, sino que se había fraguado precisamente en la segunda mitad del siglo XVIII, recogiendo también influencias jurídico-políticas extranacionales [23]. De hecho, la Ilustración, y la aparición de lo que el XIX denominaría como «despotismo ilustrado», sometieron las viejas estructuras a un proceso de revisión y reformulación, si bien con las limitaciones esenciales de encontrar su último límite en la pervi-

21. Así lo apunta B. GONZÁLEZ ALONSO, «Las raíces ilustradas...», pp. 163-168. Más precisiones sobre el contenido de este concepto, en A. NIETO, «Algunas precisiones sobre el concepto de policía», *Revista de Administración Pública*, 81 (1976), pp. 42 y 49; L. MOSCOSO y P. SÁNCHEZ LEÓN, «La noción y la práctica de policía en la Ilustración española. La Superintendencia General de Policía bajo Carlos III. 1782-1792», en *Actas del Congreso Internacional Carlos III y la Ilustración*, Madrid, 1988, vol. I, 495-512; M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Los estudios sobre administración en la España del siglo XVIII*, Madrid, 1968; o VILLAR PALASÍ, «Poder de policía y precio justo. El problema de la tasa de mercado», *Revista de Administración Pública*, 16 (enero-abril 1955), 23-35. Con referencia más general, P. SCHIERA, *Dall'arte di Governo alle Scienze dello Stato. Il Cameralismo e l'Assolutismo tedesco*, Milano, 1968, pp. 263 y ss.

22. Así parece expresarlo B. CLAVERO, en su obra «El cambio político...», pp. 132-134; o P. FERNÁNDEZ ALBALADEJO, *Fragmentos...*, pp. 353 y ss. La idea de precedente ideológico para el liberalismo que surgirá con las luces, en A. ELORZA, *La ideología liberal en la Ilustración española*, Madrid, 1970, *passim*.

23. Es la conexión entre Ilustración y liberalismo, con evidentes limitaciones, señalada por B. GONZÁLEZ ALONSO en «Las raíces ilustradas...», pp. 165 y 175-179; A. DÉROZIER, «Los orígenes del pensamiento liberal», en *Historia de España, de Menéndez Pidal*, vol. XXXI, Madrid, 1987, 915-961, en especial 922, 923, 926, 947; o A. GIL NOVALES, en «Del Antiguo al Nuevo Régimen..., pp. 27-44.

vencia del propio sistema, por lo que la salvaguarda de la construcción absolutista, les impedía dar el último paso, rompiendo su equilibrio judicial. El venidero estado liberal, asentado más sobre la idea de poderes que sobre la de libertades, sí culminaría la visión revolucionaria respecto a cómo la gran diferencia estribaba en la nueva configuración del legislativo, que se alzaba con la primacía constitucional.

Pero no adelantemos acontecimientos, pues esta línea de actuación ya se había vislumbrado por algunos ilustrados españoles. Éstos fueron los primeros que privaron teóricamente a la justicia de su primacía, colocando en primer lugar el gobierno de la nación. La superioridad de la potestad judicial sobre el resto de asuntos, y la de sus aplicadores, los jueces, quedaba así disminuida en importancia, y algo maltrecha tras los ataques ilustrados a la concentración de funciones en unos mismos órganos. Entonces se produjo la defensa de una radical separación de ambas potestades. Junto a esta idea, el racionalismo y el absolutismo político identificaban el derecho con la ley, y no sólo abogaban por alejar a los jueces del gobierno, sino también de cualquier creación del derecho. Era el final del modelo del *ius commune* como derecho jurisprudencial [24]. Autores patrios como Cabarrús, Ibáñez de la Rentería o León de Arroyal pusieron de manifiesto la necesidad de un cambio profundo, que implicaba el de todo el sistema; si bien Arroyal iba más allá, entrando en los propios problemas judiciales, cuando expresaba su idea de reforma judicial [25]. Junto a ellos, los primeros autores que trataron sistemáticamente el estudio de la administración

24. Así lo señala F. TOMÁS Y VALIENTE, «El pensamiento jurídico», en *Obras Completas,* Madrid, 1997, vol. V, 3.993-4.070, pp. 4.042-4.043; y del mismo autor «Aspectos jurídico-políticos de la Ilustración...», pp. 3.268-3.272. También G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto,* Bolonia, 1976. Sobre la crítica desde el movimiento ilustrado, J. M. SCHOLZ, «De camino hacia el templo de la verdad. La crítica de la justicia en el siglo XVIII español», *Mayans y la Ilustración. Simposio internacional en el Bicentenario de la muerte de Gregorio Mayans,* Valencia, 1982, 573-609.

25. CONDE DE CABARRÚS, *Carta al Excelentísimo Señor Príncipe de la Paz (diciembre de 1795),* en *Cartas (1795). Cartas sobre los obstáculos que la naturaleza, la opinión y las leyes oponen a la felicidad pública,* Madrid, 1990, pp. 35-47. J. A. IBÁÑEZ DE LA RENTERÍA, *Discursos que don Joseph Agustín Ibáñez de la Rentería presentó a la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País en sus juntas generales de los años de 1780, 81 y 83,* Madrid, 1790. LEÓN DE ARROYAL, *Cartas político-económicas al conde de Lerena,* Madrid, 1778 (edic. de J. Caso, Oviedo, 1971).

y del derecho público –precursores de R. L. de Dou y Bassols, recogiendo la tradición cameralista alemana–, separaban las potestades-funciones de justicia y gobierno, y situaban la facultad de gobernar como primera regalía del monarca. Si bien de forma algo imperfecta todavía, ligaban esta primigenia administración a un concepto amplio de policía, entendido según Olmeda y León, como «buen orden y armonía de las cosas públicas», al que debían atender el príncipe y los magistrados; o, según Oliver y Medrano, aquellas «cosas que miran al gobierno o buen orden y castigo de los delitos» [26].

Sin embargo, frente a estas posturas que abogaban netamente por la nueva dirección, la mayoritaria manifestación del reformismo ilustrado español mostró unas limitaciones evidentes, en una línea más conservadora que, ayudada por el desenlace francés, impidieron desembocar en la auténtica reforma de la esencia del sistema, como sí se acometió en otros países. El núcleo de la reforma quedó reducido a una retahíla casuística de cuestiones, tales como el mal funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, las confusas y contradictorias leyes sustantivas y procesales, y sobre todo, la crítica hacia los máximos representantes del sistema, la propia judicatura, que se consideraba caracterizada por la arbitrariedad. Precisamente el descrédito hacia magistrados y juristas fue el vehículo utilizado para criticar la educación y los propios criterios de su profesionalidad y especialización. No era poco, pero en todo caso no se desmantelaba el sistema. Y así lo vemos reflejado en numerosos políticos, tratadistas y juristas desde mitad del siglos XVIII, hasta su último tercio y comienzos del XIX, que aparecen más cerca de la tesis de reacción moderada, contraria al paradigma revolucionario, mostrando una continuidad sin rupturas absolutas, aunque con este ideario reformista [27]. Esta posición no es nueva, pues arrancaba desde Mayans –epígono de

26. OLMEDA Y LEÓN, *Elementos de derecho público de la paz y de la guerra,* Madrid, 1771, pp. 39-40, y 80. L. DE OLIVER Y MEDRANO, *Verdadera idea de un príncipe cristiano formada de las leyes que hacen relación al derecho público,* Valladolid, 1786, p. 15-17, y 68. La penetración de las obras de von Justi, von Bielefeld o de la Mare, mediante las traducciones de Puig y Gelabert, D. de la Torre, Foronda y Valeriola, han sido estudiadas por M. BAENA, *Los estudios sobre administración...*, pp. 45 y ss.; o JORDANA DE POZAS, «Los cultivadores españoles de la ciencia de la policía», en *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas, I,* Madrid, 1961, 1-23.

27. Las peculiaridades de este reformismo ilustrado español, que de forma general no implicó una ruptura total, en J. L. ABELLÁN, *Historia del pensamiento español,* 2 vols., Madrid, 1996, I, pp. 277-281.

la Ilustración y puente con los novatores valencianos [28]–, y el propio Campomanes, para llegar a ese final de siglo con figuras como Cabarrús y Jovellanos, entrando en el XIX con este último [29].

Pero nos interesan más los segundos, los propios juristas y tratadistas o prácticos. A éstos, el nuevo modo filosófico, les otorgaba un nuevo papel como juristas en creciente tecnificación, pero alejados de la creación del derecho. Su separación de la «política» les llevaría a defender el orden jurídico vigente, y la jurisdicción como esencia del sistema –a la que ligan la idea de ley, y en última instancia, la religiosidad–, con una cierta defensa del método escolástico frente al racionalismo matemático, que no convenía al derecho vigente, entendido como privilegio. Así se plasmó en las obras de autores como Mora y Jaraba, para quien la quietud y paz de la monarquía y del reino depen-

28. La principal crítica de Mayans a los jueces se produce en *Advertencias de D. Miguel Sánchez dadas al doctor don Thomás Ferrandis de Mesa i Moreno, abogado de los Reales Consejos,* Madrid, 1748 –editadas por A. MESTRE, *G. Mayans...*, vol. IV, pp. 513-535, en especial p. 519 y 531 y ss.–. Sobre la figura de G. Mayans pueden verse las obras de A. MESTRE, *G. Mayans y Siscar. Obras completas,* 5 vols., publicaciones del Ayuntamiento de Oliva, Valencia, 1983-1986; o *Ilustración y reforma de la Iglesia. Pensamiento político-religioso de don Gregorio Mayans y Siscar (1699-1781),* Valencia, 1968.

29. Las posiciones de Campomanes pueden verse en su *Tratado de la regalía de Amortización,* Madrid, 1965; en la *Colección de alegaciones fiscales del Excelentísimo Señor conde Campomanes* –publicadas por J. ALONSO, en 2 vols., Madrid, 1841, pp. 297 y ss.–; y en *Reflexiones sobre la jurisprudencia española y ensayo para reformar sus abusos,* de 1750 –apéndice de la obra de A. ÁLVAREZ DE MORALES, *El pensamiento político y jurídico de Campomanes,* Madrid, 1989, pp. 137-185–. Este mismo autor lo estudia en «La crisis del reformismo en Campomanes», en *Revista de Historia Moderna. Anales de la Universidad de Alicante,* 8-9 (1990), 185-195. También lo hacen otros autores como J. M. VALLEJO GARCÍA-HEVIA, *Campomanes y la acción administrativa de la corona (1762-1802),* Oviedo, 1998; o los estudios de S. M. CORONAS GONZÁLEZ, «Campomanes, jurista de la Ilustración», en *Estudios dieciochistas en homenaje al profesor José Miguel Caso González,* 2 vols., Oviedo, 1995, 145-155, p. 149; y de la ya citada *Ilustración y derecho...*, pp. 134-223. El pensamiento de Jovellanos se refleja entre otras en «Memoria en defensa de la Junta Central», *Obras inéditas publicadas,* en *Biblioteca de Autores Españoles,* Madrid, 1913, vol. II, pp. 436-439, 470, 478-479, 576-577, y 580-584. Su ideario ha sido estudiado por A. MORALES MOYA, «Política y administración en la España del siglo XVIII. (Notas para una sociología histórica de la administración pública)», *Revista de Administración Pública,* 105 (1984), 167-192; o F. BARAS ESCOLA, *El reformismo político de Jovellanos (Nobleza y poder en la España del siglo XVIII),* Zaragoza, 1993.

día más de cuestiones de naturaleza jurisdiccional como la resolución y disminución de pleitos, que de situaciones de paz respecto a conflictos bélicos. Es más, el propio Mora, con una influencia evidentemente judicialista y privatística, negaba la sustitución de la justicia por el gobierno, debiendo ser juristas los empleados del «estado de policía». También Fernández de Mesa mostraba esta orientación, al ligar las ideas de ley y justicia, siendo la primera dictada para alcanzar la segunda; o al hacer residir en el arbitrio judicial potestades como la decisión de señalar los términos para la publicación de la ley; para concluir afirmando la legitimidad de quien ostenta la jurisdicción para dictar leyes y normas [30]. Otro ejemplo lo tenemos en Meléndez Valdés, magistrado ilustrado que uniría la defensa de un nuevo modelo de justicia, la reforma de las leyes civiles y penales y la nueva instrucción, a las ideas tradicionales de identificar las leyes con la justicia, la ley general con la individual de las sentencias judiciales, y la defensa de la participación de los magistrados en el gobierno, mediante la potenciación de los acuerdos de los tribunales [31]. Como última cita, en tránsito entre los dos siglos, tenemos a Dou y Bassols, que muestra con mayor evidencia la posición de los prácticos, quienes, conjugando una cierta depuración de los viejos ornamentos con la inmovilidad, debieron enfrentarse al cambio de régimen en los años de Cádiz. Las posiciones más abiertamente de ruptura fueron encarnadas por J. M. Gutiérrez, o ya exacerbadamente, por Cadalso, que despreciaba la labor de los jurisconsultos [32].

---

30. P. MORA Y JARABA, *Tratado crítico. Los errores del derecho civil, y abusos de los jurisperitos,* Madrid, 1748, en la dedicatoria de la obra. Para la segunda cita, *Definición de lo que son ahora y deven ser las Seis Secretarías del Despacho Universal,* publicado por J. M. PÉREZ PRENDES, «Una visión de la administración central española en el siglo XVIII», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid,* 6 (1959), 327-348, p. 329. Para T. FERNÁNDEZ DE MESA, *Arte histórica...,* pp. 96-97, 101, 109, y 125.

31. J. MELÉNDEZ VALDÉS, *Discurso sobre los grandes frutos que debe sacar la provincia de Extremadura de su nueva Real Audiencia, y plan de útiles trabajos que ésta debe seguir. Para el día solemne de su instalación y apertura, 27 de abril de 1791,* editado por M. A. Lama, Mérida, 1991, en especial pp. 62-63, 69-70, 85 y 90. Un estudio más amplio en G. DEMERSON, *Don Juan Meléndez Valdés y su tiempo (1754-1817),* 2 vols., Madrid, 1971, en especial vol. I; y del mismo autor, «Meléndez Valdés, Extremadura, y la Audiencia de Extremadura», en *Cuadernos de Investigación Histórica,* 9 (1986), 5-16.

32. R. L. DE DOU Y DE BASSOLS, *Instituciones...,* vol. I, p. 9; vol. II, p. 47; vol. III, p. 162. J. MARCOS GUTIÉRREZ, *Practica criminal de España,* Madrid, 1804,

No obstante, tanto los procesos reformistas de corte administrativista como la resistencia que generaron, no fueron un fenómeno exclusivamente español [33]. Tal vez Inglaterra fuera la excepción, pues allí se garantizaba una dependencia menor del poder real y del propio aparato estatal, debido a la mayor libertad de los jueces, situados en un sistema más judiciario que administrativista, con un bagaje jurisprudencial más vivo y aplicable por la vía del precedente; junto a la superior pervivencia de la justicia arbitral, en manos de legos [34]. Los intentos de la doctrina por acercar ese modelo al continental –sobre todo por parte de Bentham–, encontraron una resistencia que no existiría en el continente, donde la alianza de la nobleza con la corona, en un intento de mantener sus privilegios, les había llevado a respaldar la concepción absoluta [35].

LA CONSTRUCCIÓN LIBERAL. EL NUEVO Y DISMINUIDO PODER JUDICIAL

En el siglo XIX, con el estado liberal, encontramos la primera quiebra efectiva del tradicional modelo de estado, de su esencia judicial, y del denominado «gobierno de los jueces». La existencia de este nuevo estado, pese a lo irreversible que demostraría ser, no tuvo con-

---

prefacio, p. VIII; y J. CADALSO, *Cartas Marruecas,* edic. Madrid, 1988, carta VIII, donde desprecia la labor de los jurisconsultos.

33. Así, E. HINRICHS, «Giustizia contro administrazione. Aspeti del conflitto politico interno al sistema nella crisi dell'ancien régime», en *La società francese dell'ancien régime alla rivoluzione,* Bolonia, 1982, 200-227.

34. P. BRAND, «The formation of the English Legal System, 1150-1400», *The origins of the Modern Satate in Europe,* vol. C, *Legislation and Justice,* Oxford, 1997, 111-121; y C. HOLMES, «The Legal Instruments of Power and the State in Early Modern England», *The origins of the Modern Satate in Europe,* vol. C, *Legislation and Justice,* Oxford, 1997, 269-289.

35. J. L. AULET BARROS, *Jueces, política y justicia en Inglaterra y España,* Barcelona, 1998, p. 90 y ss. La idea de libertad en la tradición y en la propia constitución inglesa, está avalada en el estudio introductorio de B. CLAVERO a la obra de J. L. de Lolme, *Constitución de Inglaterra,* Madrid, 1992, pp. 11-85, en especial, 31 y ss. ó 43-44, aunque se mantendrá más pertinazmente en el constitucionalismo americano, para el que sirve de referencia J. P. REID, *Constitutional History of the American Revolution,* vol. 3, *The Authority to Legislate,* Universidad de Wisconsin, Madison, 1991.

tinuidad en los inicios de siglo, pues los períodos constitucionales del primer tercio del XIX fueron efímeros, siendo removidos por dos vueltas atrás. No obstante, incluso la manifestación de numerosos autores en los períodos absolutos del reinado de Fernando VII reflejaba la imperante necesidad de reformas, y el eco del anterior ideario ilustrado. Los nuevos valedores de este pensamiento aun en las etapas absolutistas eran autores como Javier de Burgos o Pedro Sainz de Andino. El primero recogía las ideas de Ensenada, pidiendo la separación del Consejo Real de las funciones que no podía desempeñar –las gubernativas– manteniendo las judiciales, pues, según decía, «un cuerpo de letrados no puede discutir siempre, con acierto, intereses cuyo examen necesita conocimientos que no suministra la jurisprudencia». Por su parte, Sainz de Andino se preguntaba «cómo pueden confundirse sin gravísimos inconvenientes las atribuciones judiciales..., con las funciones administrativas, que tienen una incompatibilidad palpable con aquélla» [36]. No obstante, la separación de funciones no encontró su definitiva plasmación durante el reinado de Fernando VII, por lo que ambas potestades convivieron ejercidas por unos mismos órganos hasta el segundo tercio del siglo XIX [37].

El continuismo fernandino, que impidió la separación en los períodos absolutos, no pudo ocultar la irreversibilidad del nuevo modelo, y menos tras las dos etapas liberales, que significaron un vuelco en la administración de justicia. Veamos, pues, sus postulados: la construcción doctrinal del liberalismo se enfrentó al estado absoluto variando toda su formulación [38]. Los jueces y la adminis-

36. P. SAINZ DE ANDINO, *Exposición al Rey N.S. sobre la situación política del Reyno y medios de su restauración. Hecha en el año de 1829 de orden de S.M.*, que encontramos en el vol. 2 de la edición de F. SUÁREZ y A. M. BERAZALUCE, *Documentos del reinado de Fernando VII. V. Pedro Sainz de Andino. Escritos.* Pamplona, 1968-69, p. 103. Javier DE BURGOS, *Exposición dirigida a S.M. el Señor Don Fernando VII desde París en 24 de enero de 1826, por don Javier de Burgos, sobre los males que aquejaban a España en aquella época, y medidas que debía adoptar el gobierno para remediarlos*, en A. MESA SEGURA, *La labor administrativa de Javier de Burgos*, Madrid, 1946, en p. 117 y ss, cita en pp. 143-144.

37. A. M. BARRERO GARCÍA, «La materia administrativa y su gestión en el reinado de Fernando VII», *A.H.D.E.*, 53 (1983), 395-421; y T. R. FERNÁNDEZ y J. A. SANTAMARÍA, *Legislación administrativa española del siglo XIX*, Madrid, 1977, p. 535.

38. Quedan a salvo posturas que mezclan tradicionalismo y progresismo, consideradas románticas, como la de MARTÍNEZ MARINA, expuesta en sus

tración de justicia, identificada como uno de los baluartes de la monarquía, también fueron removidos, dentro de la reforma global del estado. El estado liberal deslindó las diversas funciones, plasmando la teoría de los tres poderes y, además, atribuyó éstos a distintos órganos, entre los que intentó fijar un sistema de contrapesos o controles en su ejercicio, con el referente a las ideas de independencia y la correlativa de responsabilidad, siempre partiendo de la idea de la soberanía nacional.

La definitiva separación de funciones vino de la mano del principio de división de poderes, que fue uno de los principios políticos paradigmáticos del nuevo estado, proclamado desde el decreto de 24 de septiembre de 1810; recogido en la Constitución de 1812; y articulado en la supresión de las competencias gubernativas de las audiencias, consumada en el reglamento de estos tribunales promulgado el mismo año de 1812. Así propuesto, el nuevo poder judicial debía construirse como poder independiente, y tendente a satisfacer los intereses de la justicia y de la soberanía nacional. Pero, ¿desde qué posición? Había que elegir entre una construcción administrativista, más novedosa y acorde con el espíritu revolucionario; y otra que mezclase los nuevos principios con la esencia tradicional, de forma que continuase predominando el modelo judicialista. A la solución final ayudaría la propia indefinición de la esfera de la administración o ejecutivo, que hizo que fuese en ocasiones usurpada por el nuevo predominio del legislativo. Por ello, se escogió la primera opción, y la soberanía nacional y la primacía del legislativo se antepusieron a la propia idea de justicia, a la que se desplazaba a un tercer lugar, tras legislativo y ejecutivo. Es más, si se heredaban los criterios racionalistas y centralistas, en orden a la auténtica construcción de un administración eficaz y técnica, los nuevos principios jurídicos modificaban la propia

obras *Teoría de las Cortes*, Madrid, 1813, 2 vols., II, p. 249 y ss.; y *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*, Madrid, 1820, pp. 211 y 227. Así lo señalan J. ABELLÁN, *Historia crítica...*, vol. IV, pp. 113-118; J. M. PÉREZ-PRENDES, introducción a la edición de *Teoría de las Cortes*, 3 vols., Madrid, 1979; E. TIERNO GALVÁN, *Tradición y modernismo*, Madrid, 1962, p. 146; y J. A. MARAVALL, «El pensamiento político en España a comienzos del siglo XIX: Martínez Marina», *Revista de Estudios Políticos*, 81 (mayo-junio 1955), 31-70, p. 68, repetida en su estudio preliminar de la obra de MARTÍNEZ MARINA *Discurso sobre el origen de la Monarquía y sobre la naturaleza del gobierno español*, Madrid, 1988, pp. 24-33.

esencia de esa administración, dotándola de auténtica personalidad jurídica [39].

Con este diseño, la siguiente cuestión era qué hacer respecto a la independencia del tercer poder, el judicial. La burguesía sustituyó las viejas estructuras, colocándose al frente de las nuevas, y entre ellas no cabía un poder judicial totalmente independiente. Pese a las grandes declaraciones y principios teóricos, de nuevo se limitaba la independencia judicial, ahora por el propio liberalismo: la dogmática se encargaba de constreñir la posible interpretación jurídica mediante el positivismo –se optaba por la identificación del derecho con la ley–; la interpretación más antiautoritaria de la justicia quedaba aparcada en la que se defendía como una imposible implantación del juicio por jurados; se vetaba la ampliación de la justicia arbitral; mientras la adscripción política, y la fidelidad a ciertas ideas y partidos determinarían la incipiente carrera judicial, nepotismo semejante a lo que sucedió en la vecina Francia, antes y después de la revolución, y que continuaría pasando en los siguientes años del XIX [40].

Si en otros países la orientación popular de la justicia –por medio de la justicia arbitral o compromisaria, en manos de legos– originó un debate importante unos años después [41], el posible seguimiento en España de un modelo judicialista como el inglés fue desechado al no

39. La herencia del absolutismo, reflejada en A. DE TOCQUEVILLE, *El Antiguo Régimen y la revolución,* 2 vols., Madrid, 1989, I, pp. 46 y ss.; al que cabe realizar esta precisión, apuntada por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución francesa y administración contemporánea,* Madrid, 1981, pp. 96 y ss.; M. WEBER, *Economía y sociedad,* 2 vols., México, 1964, I, pp. 716 y ss.; citados asimismo por TOMÁS Y VALIENTE, «Legislación liberal...», p. 3.939.

40. Así lo afirma J. L. AULET BARROS, *Jueces, política...*, pp. 472 y ss.; o P. PÉREZ TREMPS, *Tribunal Constitucional y poder judicial,* Madrid, 1985, pp. 40 y ss. La influencia de la política en los nombramientos judiciales puede verse en J. M. SCHOLZ, «Rendre justice. Éléments pour une historie contemporaine de l'espace judiciaire espagnol», *Mélanges de la Casa de Velázquez,* XXV (1989), 355-379, pp. 361-362. Para Francia, C. CHARLE, «Les magistrats en France au XIXème siécle. Les fondements sociaux et politique d'une crise prolongée», *El tercer poder,* Frankfurt am Main, 1992, 119-135, pp. 121-127. En este mismo autor, las posteriores depuraciones de carácter político, en aquel país, en *Les hautes fonctionnaires en France au XIXème siècle,* París, 1980, pp. 238-239.

41. Así sucedió en Portugal, en 1821, en la discusión parlamentaria de la constitución de 1821, tal y como relata A. M. HESPANHA, «Justiça e administraçao...», pp. 155-158.

acometer nuestros constitucionalistas la profunda reforma que el sistema de justicia requería. No hacían más que continuar el ideario ilustrado, si bien tras desprenderse de los lastres que implicaba la dispersión de poderes, ahora con la concentración y la primacía de las cortes:

> Dos grandes escollos son los que hacen peligrar la administración de justicia, según el orden establecido en nuestra jurisprudencia. Escollos que no es posible evitar del todo mientras las luces no se difundan y en tanto que la libre discusión de las materias políticas no ponga a la nación en estado de comparar el sistema judicial de otras naciones, con el que se observa en España. Los tribunales colegiados y la perpetuidad de sus jueces, y la facultad que tienen éstos de calificar por sí mismos el hecho sobre el que han de fallar, sujetan sin duda alguna a los que reclaman las leyes al duro trance de hallarse muchas veces a discreción del juez o tribunal. La Comisión no entrará a examinar las razones en que se fundan los que apoyan e impugnan uno y otro sistema. Encargada por V. M. [las cortes] de arreglar un proyecto de Constitución para restablecer y mejorar la antigua ley fundamental de la Monarquía, se ha abstenido de introducir una alteración sustancial en el modo de administrar justicia, convencida de que reformas de esta trascendencia han de ser el fruto de la meditación, del examen más prolijo y detenido, único medio de preparar la opinión pública para que reciba sin violencia las grandes innovaciones...
>
> ... La Comisión deja insinuado en otra parte la conveniencia que resultaría de perfeccionar la administración de justicia, separando las funciones que ejercen los jueces al fallar a un mismo tiempo sobre le hecho y el derecho. Mas al paso que no duda que algún día se establezca entre nosotros la saludable y liberal institución de que los españoles puedan terminar sus diferencias por jueces elegidos de entre sus iguales, en quienes no tengan que temer la perpetuidad de sus destinos, el espíritu de cuerpo de tribunales colegiados y en fin el nombramiento del Gobierno, cuyo influjo no puede menos de alejar la confianza por la poderosa autoridad de que está revestido, reconoce la imposibilidad de plantear por ahora el método conocido con el nombre de juicio de jurados [42].

42. *Continuación del proyecto de Constitución política de la Monarquía española, presentado a las Cortes Generales y extraordinarias por su comisión de constitución, Cádiz, 6 de noviembre de 1811,* Valencia, imprenta de Francisco Busola, 1811, pp. 6 y 21-22, (ejemplar que se halla en B.U.V., *Varios,* 118/8).

Parece que se aplazaba la reforma esencial, aunque ya se había optado por el modelo de corte administrativista. El temor hacia el poder de la toga, frente al emergente de una administración o estado definido por el legislativo, basado en la representación nacional, hizo que la balanza se inclinase por esta segunda opción. Pero a partir de ahí, comenzaban los malabarismos, pues el único remanente de la idea revolucionaria de la justicia popular fue un cierto apoyo a la conciliación extrajudicial, frente a la continuidad del modelo judicial letrado, y la primacía del juicio, máximo exponente del racionalismo [43]. Éste no fue un fenómeno exclusivamente español, pues en el continente otros estados adoptaron esta opción. La construcción más estatalista no es privativamente obra nacional, sino que viene heredada de la revolución francesa y sus nuevos postulados en torno a las ideas de poderes, ley y nación [44].

El paradigma, por tanto, es Francia, y de allí debemos partir. Con sus especificidades –la venalidad de los oficios pudo implicar en el Antiguo Régimen galo una mayor afirmación de la independencia de la judicatura respecto a la corona–, la indistinción de funciones era una de las claves del cambio, semejante a las vistas en nuestro país, junto al poder que ostentaba esa judicatura [45]. Deshaciendo los principios del despotismo, la primera oleada revolucionaria, entre agosto de 1789 y julio de 1790, consagró la sepa-

43. Es inequívocamente mantenido este modelo por políticos en Cádiz, desde Dou hasta Argüelles, *vid.* A. ARGÜELLES, *Discursos,* Oviedo, 1985, pp. 217-219. Las dificultades para la introducción del jurado, en R. GIBERT, «El juicio por jurado entre nosotros», *Escritos en homenaje al profesor Prieto Castro,* 2 vols., Madrid, 1979, I, 447-468.

44. B. CLAVERO, estudio introductorio a *Constitución de Inglaterra...*, pp. 44-45. El modelo revolucionario es estudiado, entre otros, por M. VOVELLE, *La mentalidad revolucionaria,* Barcelona, 1989; K. M. BAKER, *Inventing the French Revolution: essays on french political culture in the Eighteenth century,* Cambridge, 1994; o por F. FURET, *Dictionnaire critique de la Révolution Française,* 4 vols., París, 1992. Este modelo será recogido, v. gr. por Italia, según A. PIZZORUSSO, «L'evolution du role de la magistrature dans le systeme constitutionnel italien», *Être juge demain,* Lille, 1983, 77-96, pp. 77-78, influyendo más la crítica revolucionaria francesa y la ley napoleónica de 20 de abril de 1810, que la propia herencia italiana.

45. P. LECOQ, «Pouvoir et autorite judiciaires dans les constitucions francaises», en *Etre juge demain,* Lille, 1983, 109-145. Respecto a la venalidad, R. MOUSNIER, *La vénalité des offices sous Henri IV et Louis XIII,* París, 1971.

ración de poderes, proclamó una sola jurisdicción, y enarboló ideas como las de juez elegido por el pueblo, su carácter ordinario, la institución del jurado, el cese de la arbitrariedad judicial mediante la motivación de sentencias, y en definitiva, la legitimación última de la jurisdicción en la defensa de los derechos individuales, que debía manifestarse a través de sus decisiones [46]. La mayor diferencia era la proclamada separación de poderes, y junto a ella el nuevo predominio de la ley, el fin de la tradicional arbitrariedad de los jueces, pero también la propia exención de la administración del control jurisdiccional. La propia burguesía era privilegiada mediante el sistema censitario indirecto previsto para la elección de los magistrados [47]. Frente a lo que parecía una subsunción del judicial en el ejecutivo, según Rousseau, la separación de poderes arrancó del sistema de contrapesos previsto por Montesquieu, continuándose con la idea de que la legitimación de los jueces procediese de la soberanía popular. La Declaración de Derechos de 1789 y la Constitución de 1791 recogían estos postulados [48]. No obstante, la construcción definitiva vino dada por la posterior reacción de 1793, en la que primó el concepto de «poder» frente al de «libertad». En el aspecto judicial, se recogía la indefinición Montesquieu y bastaba una separación metafísica de funciones, para transmutar definitivamente el *pouvoir judiciare* creador de derecho, en un instrumento de garantía de lo previsto por el legislativo. La sobredimensión del instrumento revoluciona-

46. F. CHAUVAUD, *Le juge, le tribun et le comptable. Histoire de l'organisation judiciaire entre les pouvoirs, les saviors et les discours (1789-1930)*, París, 1995, pp. 17 y ss.

47. J. P. ROYER, *La société judiciaire despuis le XVIIIème siècle*, París, 1979, pp. 243-244. F. CHAUVAUD, *Le juge...*, pp. 32 y ss.

48. Art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; y art. 1, título III de la Constitución de 1791. ROUSSEAU, *Contract social ou principes du droit politique*, 1762, trad. J. Carrier, Barcelona, 1994, pp. 81-87; MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, trad. española por M. Blázquez y P. de Vega, Madrid, 1995, libro XI, cap. VI. Ambos estudiados en J. TOUCHARD, *Historia de las ideas políticas*, Madrid, 1996, pp. 310-311; y G. FASSO, *Historia de la filosofía del derecho*, 2 vols., Madrid, 1982, II, p. 225. También F. R. VALCARCE, «Posición del juez según algunas concepciones de la soberanía y a tenor de determinadas escuelas del derecho», en *Revista de Derecho Procesal*, enero-marzo 1952, 19-66, pp. 33-35. Para una exposición detallada, M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constituonnelle française*, París, 1980. También el estudio de J. ALVARADO, *De la ideología trifuncional a la separación de poderes*, Madrid, 1993, p. 211 y ss.

EL SACRIFICIO DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

De regreso a la realidad española, la Constitución de 1812, situada entre los principios revolucionarios y la propia reacción, se ocupaba del poder judicial en el título V. No se le llamaba poder, sino administración, aunque se configuraba como el primero, pero con la indefinición entre *pouvoir* y *puissance*, heredada de Montesquieu [53]. Aunaba elementos de 1791, con la más reciente modificación en Francia. La justicia sólo ocupaba el tercer lugar, tras el legislativo y el ejecutivo, que le precedían en orden e importancia. Recordando el ideario ilustrado, el juez era un mero aplicador de las leyes, ahora procedentes de un nuevo legislador, y con una legitimidad diferente. No obstante, el modelo en esencia no difería tan radicalmente: independencia teórica, pero dependencia fáctica; mera aplicación, sin capacidad de innovación; y sustracción de algunas áreas a la justicia general, en transacción con ciertos elementos reaccionarios, que permitirían la pervivencia de ciertas reliquias jurídicas, sobre todo en algunos fueros personales. Es más, puestos a sustraer, la materia económica, la que más interesaba a la propia burguesía, quedaba en manos de tribunales con esa decidida impronta administrativa –funcionalmente integrados en Hacienda, y jurisdiccionalmente dependientes de órganos administrativos–, a los que cabía sumar la decisión de las grandes cuestiones políticas que, hurtando esos procesos de naturaleza política, irían a parar a tribunales especiales.

Junto a esta postergación de los magistrados como integrantes del nuevo y disminuido poder judicial, el artículo 245 de la constitución, desarrollado por el posterior reglamento de 9 de octubre de 1812, limitaba las funciones de los togados a juzgar y ejecutar lo juzgado. Con esta legalidad, las tradicionales funciones gubernativas desempeñadas por los jueces de audiencias y chancillerías, y que venían a reafirmar su preeminencia en la administración y dirección política del estado, desaparecían, pasando a las nacientes diputaciones provinciales. Como escasas concesiones, se les permitía conser-

53. Sobre su construcción, pueden verse las anotaciones y referencias realizadas por J. ALVARADO, *De la ideología...*, pp. 271-278. Y, entre otras monografías, las de L. ALTHUSSER, *Montesquieu. La politique et l'histoire*, París, 1981; C. EISENMANN, *L 'Esprit des Lois et la séparation des pouvoirs*, París, 1933; N. BOBBIO, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, México, 1994; o J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Montesquieu: leyes, gobierno y poderes*, Madrid, 1986.

rio del legislativo negaba la base social del sistema, y la justicia se convertía en una mera función, que era separada del resto, en lo que ha sido calificado como una concepción «cuasi mecánica» de la justicia [49]. El nuevo modelo del consulado y del imperio deshizo a un tiempo las ideas de independencia judicial, y la de justicia popular. Los jueces volvían a caracterizarse por su tecnificación, y eran elegidos por el ejecutivo. Esto quebraba definitivamente su libertad, al sumirlos en depuraciones políticas, pues su autoridad procedía de su propio nombramiento o elección [50]. En una amalgama de principios revolucionarios y de viejas reminiscencias anteriores, la inamovilidad, entendida como un premio meritorio, hizo de la justicia un poder servil, y proclive al sometimiento a las jerarquías, además de identificarla con una función de clase [51]. Evidentemente, la independencia judicial, garantía de la «buena justicia», entendida como protección de las libertades de los ciudadanos, era un riesgo para la nueva primacía del gobierno y del legislativo. La construcción ideológica, relativa a una dependencia respecto al poder legislativo como poder soberano, y por ello el menos arbitrario y el más legítimo, haría el resto [52].

---

49. Así lo califica P. LECOQ, «Pouvoir et autorite...», pp. 116-117. También J. D. BREDIN, «La légitimité des juges», en *Être juge demain*, Lille, 1983, 19-40, pp. 22-23; o F. CHAUVAUD, *Le juge...*, pp. 25-26, y 28-31. La base antropológica la apunta B. CLAVERO, *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid, 1991, capítulo 2; y es presentada por P. COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Giuffré, Milano, 1974, *passim*.

50. Unos ejemplos en GODECHOT, *Les institutions de la France sous la révolution et l'empire*, París, 1968, pp. 639 y ss.

51. F. CHAUVAUD, *Le juge...*, pp. 46-49; M. ROUSSELET, *Histoire de la Magistrature française des origines à nos jours*, París, 1957, pp. 353-354. Respecto a las distintas alteraciones sobre movilidad o inamovilidad, F. CHAUVAUD, *Le juge...*, pp. 171-177.

52. Estas consideraciones, en J. D. BREDIN, «La légitimité...», pp. 22-26, donde afirma la inevitable dependencia de los jueces respecto a distintos factores, pareciéndole inalcanzable la absoluta independencia. Más ejemplos de la subordinación de la *auctoritas* judicial frente a *potestas* de los poderes legislativo y ejecutivo, en un senadoconsulto de 18 de mayo de 1804; en la constitución de 13 de diciembre de 1799; y en el proyecto de 29 de junio de 1815, citados por P. LECOQ, «Pouvoir et autorite...», pp. 110-111, y 142. Similares consideraciones sobre la elección de los magistrados, en J. P. ROYER, *La société judiciaire...*, p. 248; y en F. CHAUVAUD, *Les juges...*, pp. 42-46.

var ciertas competencias meramente burocráticas, nada peligrosas en cuanto a resucitar su anterior poder. Simultáneamente, todos los magistrados de audiencias y chancillerías eran equiparados en consideración, funciones y remuneración, como lo eran los tribunales entre sí. Para acabar de remodelar el tradicional sistema, la pretendida independencia del poder judicial no se declaraba de forma expresa, aunque intentó garantizarse mediante el artículo 252, donde se declaraba la imposibilidad de destituir a jueces y magistrados salvo por causa legalmente probada y sentenciada.

Y precisamente éste fue uno de los principales puntos de claudicación y continuismo con las viejas formas. Si la independencia debía venir garantizada por la inamovilidad –entendida como imposibilidad a ser destituidos, removidos o trasladados salvo en los casos previstos en las leyes–, esta garantía teórica quedaba en papel mojado cuando el artículo constitucional iba a aplicarse en la práctica. La razón es que, en cada cambio de régimen, esa inicial declaración de inamovilidad venía ineludiblemente acompañada de una cláusula de interinidad de los jueces y magistrados que ostentaban sus empleos en ese momento, es decir, los nombrados bajo el régimen anterior, por lo que aquélla sólo sería aplicable a los que se nombrasen bajo cada nuevo sistema, y a los del antiguo cuyo expediente fuese resuelto favorablemente.

Es más, incluso la idea de interinidad se pervirtió definitivamente tras el Estatuto Real y, perfilada como un «período de prueba» respecto a la afinidad e ideología política del interino, se extendió y acabó convirtiéndose, siquiera momentáneamente, en un nuevo estado en el acceso a la judicatura, solución intermedia entre la teórica, deseable, pero pomposa inamovilidad; y la aceptada y manipuladora movilidad de los togados. Por ello, si existe una constante en nuestro sistema judicial, es esta dependencia clientelar de los jueces y magistrados, cuyas plazas eran la recompensa del bando político vencedor y que lejos de la pretendida independencia los legitimaba y vinculaba a cada nueva legalidad, que removía a los anteriores, colocando a sus respectivos amigos y simpatizantes [54].

54. Un estudio sobre el clientelismo hasta la Restauración, en A. FIESTAS LOZA, «Justicia y amigos políticos en el siglo XIX», *Poder, economía, clientelismo,* Madrid, 1997, 233-255; y J. MONTERO AROCA, *Independencia y responsabilidad del juez,* Madrid, 1990. Para el nepotismo en la regencia de María Cristina,

Aunque el texto constitucional del 37 le confirió el título de poder, la construcción fue cercana a la doceañista, acrecentada ahora la vigilancia sobre los togados por medio de otro control: la posible revisión de la actividad jurisprudencial por el naciente Tribunal Supremo, en caso de que se apartasen de la doctrina legal. Y todo ello con las constantes e incansables referencias de los diputados nacionales a la necesaria exigencia de responsabilidad que debía acompañar a la inamovilidad. Claro, que había más vehemencia en asegurar aquélla que ésta: primero, el correctivo de la responsabilidad, y después, si llegaba, la que debía ser primero, pero, como siempre, postergada: la inamovilidad. Y a la postre, ya a las alturas de la Constitución de 1845, la definición del poder judicial como «administración de justicia», vino a recordar su dependencia e incluso pertenencia a la órbita del poder ejecutivo, del que sería la vía contenciosa, alejando la posible independencia de sus togados con esta reminiscencia de confusiones jurídicas que parecían ya superadas [55]. Más adelante, la manipulación e incluso legitimación administrativa basada en el escalafón controlaría la eficacia y preparación del personal, alejando del primer plano el criterio político, oculto bajo esa nueva técnica administrativa. Con ello, además, el posible cambio judicial quedaba ligado indisolublemente a los que ocurriesen en los otros poderes del estado [56].

Esta es la construcción liberal de la justicia en nuestro primer constitucionalismo, y ahí nace su relegación dentro del nuevo estado de corte administrativista. El perfil y la postergación de los jueces y magistrados que la ejercitaban venía dada por ella. En cuanto a su configuración general, pese a las grandes declaraciones de principios, estaba más próxima a las viejas tradiciones que a las nuevas exigencias. Así, de una identificación con la propia esencia del sistema, se pasaba a otra dependencia. Quizá era uno de los precios que había que pagar por culminar la sustitución. Habría que esperar hasta el último tercio de siglo para que se produjese una mayor plasmación de la auténtica justicia liberal, algo más cercana a la idea

A. NIETO, *Los primeros pasos del Estado constitucional*, Barcelona, 1996, pp. 414-419.

55. B. CLAVERO, *Manual de historia constitucional de España*, Madrid, 1989, p. 76 y ss.

56. J. M. SCHOLZ, «Escalafones y legitimidad judicial. Hacia una prosopografía adecuada», *Sociedad, Administración y poder en la España del Antiguo Régimen*, Granada 1996, 177-195.

material y adjetiva de independencia y responsabilidad de los jueces. Administración y legislación definen ahora el estado. Se había desterrado la construcción jurisprudencial del *ius commune* y el denominado gobierno de los jueces, acentuando la responsabilidad de los togados, aunque las promesas de justicia popular, así como de juez elegido por el pueblo, quedaban como quimeras para siglos posteriores. En algunos casos, esa posterioridad es ya nuestra contemporaneidad, y desde hace poco hemos comenzado a aplicar la institución del jurado. El debate sobre su eficacia y funcionalidad, no ha quedado ni mucho menos finalizado con su creación. Y, sobre todo, continuamos debatiendo sobre el puesto de la justicia y la pretendida independencia judicial, auténtica cuadratura del círculo constitucional, sin reparar, tal vez, que en lo más profundo de nuestro sistema, la sola mención a ella, con lo que evoca de la resurrección del «gobierno de los jueces» y la ruptura con la cultura del clientelismo, puede suponer una contradicción *ad initio* con su propia filosofía. Quizá lo que nos muestra la historia jurídica es que, tal vez, sea el momento de plasmar definitivamente las perspectivas apuntadas hace ya casi dos siglos. Y no sólo, ni fundamentalmente, mediante algunas disposiciones legales, sino incorporando, además, otra filosofía constitucional. La labor de los juristas actuales, con estas reflexiones histórico-jurídicas puede ser la de privar de razón a Hegel, cuando afirmaba que lo único que la historia nos enseña es que ni los pueblos ni los gobiernos aprenden nada de ella.