

DERECHO, JUSTICIA,
UNIVERSIDAD
Liber amicorum de
Andrés de la Oliva Santos

I

Editorial Universitaria
Calle Comercio 100
Santiago, Chile

DERECHO, JUSTICIA,
UNIVERSIDAD
Liber amicorum de
Andrés de la Oliva Santos

I



IGNACIO DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ
JAIMÉ VEGAS TORRES
(Coordinadores)

DERECHO, JUSTICIA,
UNIVERSIDAD
Liber amicorum
de Andrés de la Oliva Santos



ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS

Editorial Universitaria
Ramón Areces

ÍNDICE

Relación de autores.....	XVII
Presentación, Ignacio Díez-Picazo Gutiérrez y Jaime Vegas Torres.....	XXVII
«Laudatio al profesor Andrés de la Oliva Santos», Jaime Vegas Torres.....	XXXI
«La Ciencia del Derecho y la Universidad en una encrucijada vital», Andrés de LA OLIVA SANTOS.....	XXXVII
<i>Currículum Vitae</i> del profesor Andrés de la Oliva Santos.....	XLVII
Publicaciones del profesor Andrés de la Oliva Santos.....	LI
<i>Tabula gratulatoria</i>	LXIX
Tomo I	
«Ciberdelincuencia y derechos fundamentales: el legado de la inacción del legislador y la acción de los tribunales», Marián ARGÜELERA MORALES.....	1
«La asistencia letrada en la toma de muestras de ADN a fines de identificación en el proceso penal», Susana ALVAREZ DE NEVRA KAPPLER.....	25
«La "penalización" de la apelación civil en la valoración de la prueba», Pedro ALVAREZ SANCHEZ DE MOVILLÓN.....	43
«Reflexions sur les modes amiables de résolution des différends. Vers une justice approximative?», Soraya AMARAL MECKL.....	61
«Nuevas reflexiones sobre el recurso de amparo», Manuel ARACÓN RIVERA.....	79
«Medidas cautelares personales frente a persona jurídica», Coral ABAN- QUEIRA FARRERO.....	93
«Una aproximación a la tutela jurisdiccional civil del medio ambiente», María Jesús ARZA COLMAYERO.....	125
«Derivas de la justicia: una reflexión abierta», Teresa ARMENTA DEU.....	141
«La cosa juzgada material del laudo», Marta ALCIBIANO MARTÍN-LAGO.....	167

Reservados todos los derechos.

NI la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso escrito de Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© EDITORIAL CENTRO DE ESTUDIOS RAMÓN ARECES, S. A.

Tomás Bretón, 21 - 28045 Madrid

Teléfono: 91.506.11.90

Fax: 914.681.952

Correo: ventas@cearra.es

Web: www.cearra.es

ISBN-13 (O.C.): 978-84-9961-221-8

ISBN-13 (Tomo I): 978-84-9961-250-8

Depósito legal: M-37008-2016

Impreso por: Cimpilo Nevada, S.A.

Astrónomo González Porras, 35-37

28019 MADRID

Impreso en España/Printed in Spain

«Algunas notas sobre el nuevo proceso por aceptación de decretos», José María ASTRUCO MELLADO.....	191
«Prueba testifical en los procesos penales transnacionales: una propuesta de regulación para la UE a partir de la doctrina del TEDH», Lorena BACH-MAIER WINTER.....	213
«Algunas reflexiones sobre los procesos de incapacitación: cuestiones controvertidas y posible retorno a la jurisdicción voluntaria», Julio BARRA-CLOCHE PALAO.....	243
«La eficacia de las sentencias contra la Administración o la claudicación del Estado de Derecho», José María BAÑO LEÓN.....	275
«La facultad emendatoria arbitral», Silvia BARONA VILAR.....	293
«Consideraciones sobre la correlación entre acusación y sentencia en el proceso penal por delitos leves», Rafael BELLINO PENABAZ.....	319
«El régimen de impugnación de acuerdos sociales de las sociedades de capital: nuevo panorama procesal a la luz de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre», Ana BELTRÁN MONTOLIÚ.....	347
«La eficacia de cosa juzgada del auto resolutorio de la oposición de fondo a la ejecución a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», Alicia BRAVASO SAN JOSÉ.....	365
«I vincoli civili alla libertà di movimento delle persone nella prospettiva italiana», Paolo BIVANTI.....	387
«La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso laboral», Raquel BONACHELA VILLEGAS.....	403
«Los elementos identificadores de la función jurisdiccional. Una reconsideración crítica desde la justicia de aguas», José BOSCH NAVARRO.....	427
«Problemas probatorios de las tecnologías de la imagen», Lorenzo M. BUOSA VADIELLA.....	447
«Los artículos de previo pronunciamiento o cuestiones previas en el proceso penal», Rafael CABRERA MURCADO.....	471
«Notas sobre la vida y la obra de Juan Aceño Rico, primer conde de la Cañada», Manuel CACHÓN CADENAS.....	493
«La procédure comme discipline de structuration en reconpositions», Loïc CAHRET.....	531
«El principio de los principios procesales: principio de proporcionalidad», Sonia CALAZA LÓPEZ.....	547
«Prohibido leer a Chioyenda», M ^o Pía CALIBRÓN CUADRADO.....	575

«Mediación y ejecución hipotecaria: ¿una convivencia posible?», Soraya CALLERO CARRIÓN y Mercedes DE PÉDRA RODRÍGUEZ.....	597
«La judicialización, el Tribunal Constitucional y la LO 15/2015 de 16 de octubre», Juan CÁMARA RUIZ.....	625
«La giustizia oltre la giurisdizione», Maria Carmela CAMPANALE.....	647
«Il sindacato sulla motivazione della sentenza civile (art. 360, N. 5 C.P.C.): il "salto all'indietro" italiano», Remo CARON.....	669
«Osservazioni sullo stato della giustizia civile in Italia», Federico CASTR.....	677
«El procedimiento de ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», Raquel CASTELLERO MANZANARES.....	691
«Aproximación a la ética que debe sustentar el derecho de los mercados financieros», Luis María CAZORLA PEIRRO.....	715
«La defensa del ejecutado frente a cláusulas abusivas en el proceso de ejecución hipotecaria. Crónica de cómo legislar al compás del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», Marina CEDEÑO HERNÁN.....	737
«Sempre aperto il cantiere delle riforme del processo civile: prime riflessioni su trasferimento in arbitrato e negoziazione assistita ex legge 162 del 2014», Sergio CHIARLONI.....	763
«¿Hasta cuándo el "peregrinaje" de las causas judiciales de los <i>afordos</i> ?», José Manuel CHOZAS ALONSO.....	779
«Solución extrajudicial de conflictos: autoregulación empresarial y códigos de conducta», Ignacio COLOMER HERNÁNDEZ.....	807
«Cuestiones problemáticas sobre las partes en el proceso de ejecución», Faustino CORDEÓN MORENO.....	829
«La prevedibilità della decisione tra uguaglianza e appartenenza», Giorgio COSTANTINO.....	851
«Políticas activas de empleo en la República Federal de Alemania», Rosario CUSTODIAL ROSCERO.....	871
«Novedades relativas al régimen de los actos procesales: presentación de escritos, traslado de copias y actos de comunicación practicados por medios electrónicos», Ignacio CUBILLO LÓPEZ.....	883
«Illegally Obtained Evidence and the Myth of Judicial Truth in the Italian Systems», Domenico DALFINO.....	897
«El impacto en el proceso de las modernas orientaciones en materia de incumplimiento contractual», Juan DAMIÁN MORENO.....	915

- SERRA DOMÍNGUEZ, M.: "Comentario al artículo 1252 del Código Civil y *Compendios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dr. Albaladejo)", Madrid, 1981.
- TAPIA FERNÁNDEZ, I.: El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. *Compendios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dr. Albaladejo), Madrid, 2000.
- VICENTE DE PALACIO, A.: El efecto positivo de la cosa juzgada en el proceso civil. *Compendios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dr. Albaladejo), Madrid, Navarra, 2007.

LOS ELEMENTOS IDENTIFICADORES DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Una reconsideración crítica desde la justicia de aguas

JOSÉ BONET NAVARRO
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València

RESUMEN: Los elementos identificadores de la función jurisdiccional. Una reconsideración crítica desde la justicia de aguas. 1. Algunos debilidades en la identificación de la función jurisdiccional. 2. Mutación en determinados tribunales de aguas y su relevancia en la identificación de la jurisdicción. 3. Los elementos identificadores de la jurisdicción desde la particular ubicación de los tribunales y juzgados de aguas o de riesgo entre jurisdicción y administración. A) *la naturaleza del derecho objetivo en el caso concreto* b) *la irrenunciabilidad* c) *la naturaleza del derecho aplicado o la manera objeto de actuación* d) *heterogeneidad o diversidad* objetivo 4. Una reconsideración crítica sobre los criterios identificativos de la función jurisdiccional.

LOS ELEMENTOS IDENTIFICADORES DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL. UNA RECONSIDERACIÓN CRÍTICA DESDE LA JUSTICIA DE AGUAS

La jurisdicción es uno de los temas centrales del Derecho Procesal. Y por más que la concepción haya centrado tradicionalmente la atención entre los procesalistas, resulta todavía oportuno acercarnos a un debate, no cerrado definitivamente, sobre aquellos entornos de la función jurisdiccional que permiten identificar y distinguir a la jurisdicción de otras potestades con las que guarda importantes semejanzas.

En este caso, el tema se plantea con ocasión de que órganos relativos al uso y distribución de aguas en algún momento hayan podido transitar de naturaleza administrativa a jurisdiccional, y viceversa quizá también. Al estar situados siempre en zona de cuenca, determinados Tribunales de Aguas y Juzgados de Riesgo ocasionalmente han podido —o podrán mutar en el futuro—, de naturaleza entre administrativa y jurisdic-

cional. Ese acontecimiento es tan llamativo que invita a la reflexión sobre el mismo concepto de jurisdicción.

En efecto, el "Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia", aunque dictando actos administrativos impugnables mediante reposición en vía administrativa y posteriormente ante la denominada "jurisdicción contencioso-administrativa", inicialmente accedió a la categoría jurisdiccional cuando, en relación con el art. 19 de la Constitución española (en adelante CE), la LO 13/1999, de 14 de mayo, modificó el punto 4 del art. 19 en la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOJ) y le reconoció su carácter de tribunal tradicional y consuetudinario. Y este indudable tránsito o mutación de naturaleza resulta tan extravagante que pone en evidencia la levedad, incerteza e inseguridad fronteriza entre la administración y la jurisdicción.

1. ALGUNAS DEBILIDADES EN LA IDENTIFICACIÓN DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

No es ahora el momento de reiterar aspectos sobradamente conocidos acerca de la jurisdicción, como puede ser su categoría de concepto fundamental en la teoría del Derecho Procesal¹. Pero conviene ahora recordar que, entre otros aspectos, el posible carácter absoluto o relativo de la jurisdicción², o la misma existencia de la

¹ Como no podía ser de otro modo, los manuales actualmente al uso, mantienen a la jurisdicción junto a la acción y el proceso entre los tres conceptos sustanciales. Así se presenta en obras como, entre otras, DE LA OLIVA SANTOS, A. (y otros), *Derecho Procesal*, Introducción, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, Madrid, MONTEJANO AROCA, J. (y otros), *Derecho Jurisdiccional. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, MORENO CATEÑA V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ V., *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, ORTELLS RAMOS, M. (y otros), *Introducción al Derecho Procesal*, Thomson-Riviera Aranz, Cizur Menor, CORDÓN MORENO, F., *Introducción al Derecho Procesal*, Anasazi, Cizur Menor, ASENSIO MELLADO, J. M., *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, ZABAL SÁNCHEZ, G., *Introducción al Derecho Procesal*, Marcial Pons, Madrid, Asimismo, para otros definiciones sobre la jurisdicción, siempre como potestad estatal que, además, se atribuye en exclusiva a los juzgados y tribunales, puede verse, además de los manuales citados, SERRA DOMÍNGUEZ V., *Jurisdicción*, en *Ensayos de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, págs. 21-49; ALCAZAR ZAMORA, N., "Notas relativas al concepto de jurisdicción", en *Ensayos de teoría general e historia del proceso* (1945-1972), J. LINAMÉ, México, 1974, págs. 29-60; PRIETO CASTRO Y FERRANDEZ, J., *Derecho de Tribunales. Organización, funcionamiento, gobierno*, Anasazi, Pamplona, 1986, págs. 8-33.

² Sin mayores profundidades, por ejemplo, para SERRA DOMÍNGUEZ V. "Jurisdicción", en págs. 33-93) la relatividad de la jurisdicción es afectada al concepto de la jurisdicción sino meramente a la función de Derecho Procesal, con CAZAMIR, Bosch, Barcelona, 1962, págs. 35), consideran que la jurisdicción es un concepto relativo en la medida que debe darse respecto de la soberanía del Estado en el momento concreto y en un país determinado. Y con esta misma idea actúan como PEDRAZ PINAUS E., *Sobre el "Poder" Judicial y la Ley Orgánica del Poder Judicial*, en "Constitución, Jurisdicción y Poder", Madrid, 1990, págs. 164, afirma que "no hay jurisdicción sin Estado". Y, en fin, CALAMANDREI,

carácter poder judicial más allá de la mera "administración de justicia"³, el estudio de la jurisdicción ha requerido importantes esfuerzos de deslinde con el resto de poderes del Estado, y especialmente del ejecutivo, dados las similitudes que guardan en cuanto a medios y fines. De ese modo, ha sido necesario no sólo caracterizar y concretar el órgano jurisdiccional⁴, sino también entrar a conocer su actividad de tutela del derecho objetivo (art. 117.3 CE), con la nota de irrevocabilidad e heterotelia o, en otros términos, desinterés objetivo⁵. Notas que distinguen a la jurisdicción, de modo esencialmente definitivo, respecto de cualquier otra potestad.

Para identificar y distinguir la actividad jurisdiccional de otras con las que pueden cumplir algunos poderes⁶, además del órgano, es necesario atender a la actividad que desarrolla. La CE alude en ocasiones a administrar justicia (art. 117.1), a la función juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado⁷ o, en otros términos, decir el derecho

F. "scienze di diritto processuale civile", en *Opere Curciole, IV*, Napoli, 1970, (desde se recopila en sus obras por primera vez en Padua, 1941), págs. 34, señala que "del concetto di giurisdizione non si può dare una definizione assoluta, valevole per tutti i tempi e per tutti i popoli".

³ El título VI de la CE se titula "Poder Judicial", el art. 117.1 de la misma se refiere a que la justicia se administra en nombre del Rey por jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, y el art. 1.2 CE se refiere a que la "soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado". Así, puede afirmarse que nuestro texto constitucional está pensado de la idea de la estructura del Estado en tres poderes, y entre ellos, el judicial. Sin embargo, como organización, el Poder Judicial no tiene atribuida potestad, en la medida que es recibida individualmente por los juzgados y tribunales integrados por jueces y magistrados. Por ello, un importante sector doctrinal viene negando la existencia de un verdadero Poder Judicial en la actualidad. Así, entre otros, DE LA OLIVA SANTOS, J., *Revista Procesal*, I, con FERNÁNDEZ LÓPEZ, ECERA, Madrid, 1994, págs. 81-3; GONZÁLEZ WALTER, J. L., *Instituciones de Derecho Procesal*, I, Granada, 1989, págs. 24 y ss, sobre todo págs. 32-33; GORDÓN MORENO, F., *Introducción al Derecho Procesal*, cit., págs. 36; PEDRAZ PINAUS E., *Sobre el "Poder" Judicial y la Ley Orgánica del Poder Judicial*, cit., págs. 167.

En cuanto se atiende a su aspecto de organización se caracteriza por venir atribuida al Estado (sin perjuicio de la posible corresponsabilidad de la Comandancia Autónoma en algunos aspectos relativos a la denominada readministración de la administración de justicia no atribuida al Consejo General del Poder Judicial), su carácter es público y tiene en ocasiones carácter subsidiario a otros medios de solución de las personas, además, dentro del Estado se ejerce a través de unos órganos, creados a tal efecto y en los que concurren unas especialidades garantidas, a las que se atribuye poder. Sobre esto último, véase PABRÉN GUILLEN, V., *Poder judicial, función jurisdiccional en la actualidad*, en "Estudios de Derecho Procesal. Civil, Penal y Constitucional", I, Madrid, 1983, págs. 47.

A grandes rasgos puede decirse que ha de realizarse su función con fines de interés objetivo, esto es, desde la perspectiva de los concretos sujetos a los que la función se refiere, con imparcialidad, también en orden a su fin, a saber el derecho objetivo en el caso concreto que se le ha planteado con la finalidad de resolverlo por los casos previstos; su ámbito de actuación tal y como genéricamente se alude en el artículo 117.3 se observará juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, lo que implica la irrevocabilidad del legislador en concreta delimitación. Y, por último, su actuación ha de ser irrevocable.

Como afirma SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Jurisdicción*, cit., págs. 55, "la verdadera prueba de la existencia de la jurisdicción sobre la Administración es el contraste de la potestad jurisdiccional con la potestad administrativa". Sobre esto indica ORTELLS RAMOS, M., "Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en el sistema jurídico español", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza*, Zaragoza, 1984-5, págs. 417, "la jurisdicción es un solo conjunto de órganos específicos, como también lo es la ley, o, por mejor decir, una parte de la actividad que sólo esos órganos pueden realizar".

en el caso concreto y realizar lo pertinente para que lo dicho se cumpla.⁸ Pero esto no es suficiente para identificar de modo definitivo la actividad jurisdiccional, pues los órganos administrativos también desarrollan semejante función aunque sea con ciertos límites.⁹

Para su distinción se acude en primer lugar a la irrevocabilidad de las decisiones jurisdiccionales, frente a esencial revocabilidad de las administrativas.¹⁰ Tan relevante es este criterio que se ha llegado a afirmar que representa el único aspecto verdaderamente identificativo de la actividad jurisdiccional.¹¹ Sin embargo, presenta debilidades relevantes como, entre otras: a) centrar el énfasis exclusivamente en el aspecto de la cognición; b) supondría admitir que el legislador es libre para configurar, a la previsión expresa¹², la actuación *ab initio* de la Administración en todo caso, como única condición de que dicha actuación sea revisable posteriormente por los órganos jurisdiccionales¹³; y c), por orillar el hecho de que puedan existir como de hecho existen pronunciamientos jurisdiccionales revocables y, por tanto, privados de efectos cosa juzgada. Y aunque esta última circunstancia se ha pretendido salvar considerando que no se trata de que los procesos sumarios no produzcan cosa juzgada, sino de que solamente podrán producir la acerca del objeto que en ellos se ha debatido¹⁴, lo cierto es que actualmente se priva de eficacia de cosa juzgada a los procesos sumarios cualquiera que sea el ámbito de debate posible en los mismos (art. 447.2 a 4 LEC).

⁸ Más depuradas son las definiciones que la doctrina ha aportado. Así, por ejemplo, DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal*, I, EURA, Madrid, 3ª ed., 2004, pág. 22, la describe como aquella actividad del Estado que "consiste en la tutela y realización del Derecho objetivo".

⁹ ORTELLS RAMOS, M., *Concepto, método, fuentes y Programa de Derecho procesal*, I, pág. 124.

¹⁰ La explicación aportada se encuentra en que la actividad administrativa, aunque vinculada a los intereses públicos (art. 103.1 CE). Así, la aplicación del derecho no es el fin sino el medio. En cambio, la jurisdicción se justifica solo en la actuación del derecho, de modo que el derecho se aplica. Por ello, a pesar de la presunción de legalidad, la actividad administrativa ha de ser controlable y, asimismo, sin perjuicio del sistema de impugnación dentro de la misma jurisdicción, la actividad jurisdiccional ha de ser irrevocable.

¹¹ En ese sentido, ALLORIO, E., "Nuevas reflexiones críticas en temas de jurisdicción y cosa juzgada", en *Problemas de Derecho Procesal*, II, (trad. Servit), Buenos Aires, 1963, págs. 27 y 51-100, en la doctrina española, SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Arbitraje*, cit., págs. 20-62.

¹² Como es el caso del art. 23.1 CE cuando dispone que "la Administración civil no podrá ejercer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad". Véanse algunos otros ejemplos por la Constitución de actuación del Derecho "ab initio" por órganos jurisdiccionales en ORTELLS RAMOS, M., *Concepto, método, fuentes y Programa de Derecho procesal*, cit., págs. 134-135.

¹³ ORTELLS RAMOS, M., *Concepto, método, fuentes y Programa de Derecho procesal*, pág. 139-44.

¹⁴ BERZOSA FRANCO, M. V., *Declarada «cosa juzgada» y objeto del proceso*, Ediciones Alarcón, Córdoba, 1984, pág. 220.

¹⁵ Sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión, las que den por pagado el impago de la renta o alquiler o por extinción legal o contractual del plazo; las dictadas en los juicios verbales en que se pretenda la efectividad de derechos reales inscritos frente a quienes se opongan al o perturban su ejercicio, sin disponer de título inscrito; todas las pronunciamientos calificados como sumarios que legalmente se niegan los efectos de cosa juzgada.

El segundo lugar se acude como elemento identificador a la actuación mediante instancia o desinterés subjetivo de la función jurisdiccional. Como sea que el mero hecho de jugar implica *per se* que deba ser un tercero quien realice tal actividad, como origina en la doctrina italiana¹⁶, pronto se asumió este criterio por un sector importante de la doctrina española¹⁷. Desde luego, su utilidad para delimitar la actividad jurisdiccional de la administrativa es patente. Esta última puede tutelarse en cierto modo el ordenamiento jurídico y hasta realizar el derecho objetivo en el caso concreto, pero al margen del eventual desinterés subjetivo, ahora irrelevante, en los asuntos en los que interviene la administración actúa siempre con interés, concretamente promoviendo los intereses generales. Por tanto, a diferencia de la jurisdicción, que actúa siempre con desinterés objetivo, la administración actúa con interés objetivo¹⁸.

En cambio, de nuevo este criterio ofrece dificultades. De entrada, la jurisdicción siempre aplica normas que regulan conductas ajenas¹⁹. Y, sobre todo, se constata la cierta tendencia expansiva del ámbito considerado como de interés general, concretamente en superposición con el interés privado, de modo que la administración también puede estar tutelando al mismo tiempo intereses ajenos.

Entre los principales ejemplos pueden citarse los siguientes:
El control administrativo de la competencia deslata a través de un órgano administrativo como fue el denominado "Tribunal de Defensa de la Competencia"²⁰, sustituido actualmente por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia para la aplicación de los expedientes²¹. En este caso, al margen de su mayor o menor justificación, se observa una clara superposición de la garantía y protección del sistema

¹⁶ Inicialmente, CHIOVENDA, G., *Principios de Derecho Procesal*, I, (trad. CASAS), Ediciones La Ley, Madrid, 1922, págs. 344, 347 y 349.

¹⁷ Así, por ejemplo, GÓMEZ ORBANDEJA, E., *Derecho procesal civil*, I, (con HERCE), Madrid, 1979, págs. 49-53; DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal*, I, (con otros) cit., págs. 26; ORTELLS RAMOS, M., *Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución Española*, cit., págs. 134-135.

¹⁸ Véase ORTELLS RAMOS, M., *Concepto, método, fuentes y Programa de Derecho procesal*, cit., págs. 134-135.

¹⁹ Así lo apunta SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Arbitraje*, cit., págs. 55-62. Sin embargo, la objeción parece insalvable puesto que, como afirma DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal*, I, (con otros) cit., págs. 26, aunque sea cierto que la jurisdicción no siempre aplica normas que regulan conductas ajenas, cuando ocurre, siempre es con ocasión de un derecho o interés ajeno o del interés público del ordenamiento jurídico. Además, el art. 117.3 CE impone que la actividad jurisdiccional se ejerza conforme a las normas de procedimiento establecidas legalmente. Incluso el legislador constituyente se refirió a las normas de procedimiento judiciales, tanto respecto a la forma (art. 120 CE), como respecto a los derechos de las partes (arts. 24.1 y 2 CE) y los poderes del juez (art. 116 CE). De ese modo, como sostiene ORTELLS RAMOS, M., *Concepto, método, fuentes y Programa de Derecho procesal*, cit., págs. 159-60, el hecho de que ciertas actividades sean en cierto modo menos jurisdiccionales no obsta a su calificación jurídica, en tanto el ordenamiento constitucional impide que sean asumidas al margen jurisdiccional.

²⁰ Sobre el mismo puede verse BELLILO FENADES, R., *La nueva frente a la competencia desleal*, *Revista de Derecho*, 1998, págs. 16-39.

²¹ Envasado mediante Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

económico tal y como prevé el mismo art. 38 CE con los intereses de una determinada empresa.

2º La Ley autonómica valenciana 6/1986, de 15 de diciembre, sobre arrendamientos rústicos valencianos, que encomienda a la Administración autonómica el registro, trámite y calificación jurídica de un arrendamiento como histórico²³.

3º La STC 146/1996, de 19 de septiembre²⁴, en relación con la Ley 34/1986, de noviembre, General de Publicidad, se pronuncia sobre otra posible intervención administrativa respecto a ciertos conflictos entre particulares. El Tribunal Constitucional, al plantear críticamente una alternativa entre «los dos criterios procedimentales -jurisdiccional o administrativo- por los que alternativamente se piden», Directiva 84/450/CEE, parece que está partiendo de la inexistencia de límites institucionales genéricos a la potestad del legislador de establecer vías administrativas previas o alternativas.

4º La Agencia de Protección de Datos podrá, según el art. 18 de la LO 15/1999, de diciembre, recibir reclamaciones de los interesados por las "actuaciones contrarias a lo dispuesto en la presente ley" y, según el art. 37.1 de la misma, podrá igualmente "requerir a los responsables y encargados de los tratamientos, previa autorización de los mismos, la adaptación de las medidas necesarias para la adecuación, tratamiento de datos a las disposiciones de esta ley y, en su caso, ordenar la cesación de los tratamientos y la cancelación de los ficheros".

5º La Disposición Final de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, ha supuesto que un órgano administrativo como es la Comisión de Propiedad Intelectual, además con competencias y potestades in crescendo²⁵, pueda, a instancia de un

²³ La STC 121/1992, de 28 de septiembre, al resolver el recurso de inconstitucionalidad presentado por el "Gobierno de la Nación" contra diversos preceptos de la misma Ley valenciana, emitió pronunciamiento sobre su constitucionalidad. Así y todo, destaca en la misma el voto particular discrepante formulado por el Magistrado don Carlos de la Vega Bonaytes, cuando señala que "parece evidente que el reconocimiento por la Administración de la existencia de un contrato civil entre partes, determinando de su naturaleza contractual que efectos no sólo a quien sufrió aquel otro sino a los demás titulares de dicho título jurídico, quienes además pueden ver modificada el contenido de los derechos que la constituyen, poco les confiere, no es una actividad propia de la Administración sino una potestad de intervención en la Ley de origen más allá de sus propias facultades, involucrando las que son propias de la Justicia (art. 117.3 de la Constitución), puesto que función jurisdiccional es la que resuelve conflictos de intereses privados en lo esfera del Derecho civil, y ese es el efecto propio del reconocimiento administrativo de un contrato de arrendamiento histórico".

²⁴ Véase el comentario a la misma de DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., en *Tríbulos de la Justicia*, 1997, 3, pág. 346.

²⁵ El consejo de ministros de 14 de febrero de 2014, ha aprobado la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley de reforma parcial de la Ley de Propiedad Intelectual que supone un reforzamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual, según se ha afirmado en los medios de comunicación, "para 3 años con la prioridad". Entre otras cosas, con la intención de fortalecer los instrumentos de resolución de las vulneraciones de los derechos de los autores y creadores en Internet se propone además de reforzar puntualmente la LEC para que vea dañados sus derechos pueda solicitar a un juez la fijación del título de una página web sobre el que consuman indicios razonables de que está produciendo disposición o difusión a gran escala contenidos protegidos, de forma directa o indirecta, relativa

estiman ser titulares de los derechos de propiedad intelectual, requerir al prestador de servicios de la sociedad de la información para que retire contenidos lesivos. En consecuencia, tras un procedimiento administrativo en el que pueden oírse todos los interesados y practicar pruebas, se le apodera para ordenar la retirada de los contenidos y la interrupción del servicio. Aunque el acto administrativo de la Comisión siempre será ejecutivo previa autorización judicial dictada en procedimiento rápido que oír a todas las partes, para ello solo atenderá como criterio de derecho material que art. 20 CE, sin poder apreciar por tanto las posibles relaciones de Derecho Privado que pudieran justificar la conducta del prestador de servicios. Así, como pone de relieve ORTELLS RAMOS²⁶, tal apreciación de estricto Derecho privado "habrá sido realizada por un órgano administrativo". Y esto porque "parece que, para el legislador, lo que la CE reserva a los órganos jurisdiccionales sea la tutela del derecho fundamental, mientras que no sería potestad jurisdiccional la potestad de decidir sobre relaciones jurídicas de Derecho privado".

Los anteriores ejemplos constatan que el legislador tiende a crear "administraciones independientes" a las que otorga "potestades parajudiciales", como modo de sustituir a los límites del principio de unidad jurisdiccional²⁷. Y, desde luego, al margen de lo altamente restrictivo que parece mantenerse el legislador a la hora de concretar el ámbito de ejercicio de la función jurisdiccional, resulta indiscutible que el criterio de la actuación mediante autotutela y heterotutela presenta serias debilidades en la medida que dicha actuación no se manifiesta inmutabile, máxime cuando la autotutela administrativa tiende a expandirse paralelamente a la propia tendencia expansiva de las funciones generales. Fenómeno expansivo apoyado por un legislador con voluntad y capacidad para establecer instrumentos favorables para la actuación del gobierno; por la pasividad del Tribunal Constitucional que, hasta la fecha, no ha establecido límites firmes a la tendencia expansiva de la Administración hacia relaciones de Derecho privado y en relación con intereses ajenos.

Ante estas debilidades se ha pretendido presentar como definitivo el criterio de la irrevocabilidad de la decisión. Si bien no todas las decisiones jurisdiccionales serán irrevocables, sí lo serán con carácter general, y desde luego, todas las irrevocables

²⁶ En el caso de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual para se le permite actuar firme la ley que tenga como principal actividad facilitar de manera específica y masiva la localización de otros contenidos ilícitamente de forma notoria, se le dota de mecanismos más eficaces de reacción ante aquellos que no cumplen voluntariamente con los requerimientos de retirada de contenidos vulneradores de los derechos de autor, incluyendo la catalogación económica de las páginas web infractoras. De este modo, se incluye la posibilidad de requerir la colaboración de intermediarios de pago electrónico de la Unión. También, cuando esté justificado, podrá pedir al juez de lo contencioso-administrativo de la Comunidad Autónoma, en caso de incumplimiento reiterado de los requerimientos de retirada de contenidos, imponer sanciones económicas de entre treinta mil y trescientos mil euros; y se podrá habilitar de oficio electrónico que produzca efectos de notificación con carácter global.

²⁷ ORTELLS RAMOS, M., *Intervención al Derecho Procesal*, (con otros), Thomson-Reusers Aranz-Utrera Menes, 2013, págs. 140-1.

²⁸ Así lo afirma hace algún tiempo ORTELLS RAMOS, M., en el prólogo al libro de Buzaco y Barrio (La tutela frente a la competencia desleal). Y con más motivo puede afirmarse en la actualidad.

habrán de ser necesariamente jurisdiccionales. Sin embargo, además de lo ya dicho, este criterio vuelve a ser de nuevo inseguro porque no permite explicar en qué momento tan curioso como es el del tránsito o mutación entre la naturaleza administrativa y jurisdiccional que han sufrido algunos órganos relativos al agua.

2. MUTACIÓN EN DETERMINADOS TRIBUNALES DE AGUAS Y SU RELEVANCIA EN LA IDENTIFICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN

El tránsito o mutación entre potestad administrativa y jurisdiccional que se ha producido en unos órganos fronterizos como son el Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia, el Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia y el Consejo de Jurados de Riego o de Aguas que se vienen regulando en las diversas comunidades regantes o de usuarios, a pesar de encontrarse en el epicentro del debate sobre el límite entre potestad administrativa y jurisdiccional, parece haber pasado inadvertido en toda su dimensión e influencia, posiblemente por considerarse un fenómeno irrelevante, menor, lejano y más bien propio de campesinos del visualizado como "lejos español".

Recordemos que tanto el Tribunal de las Aguas como el Consejo de Hombres Buenos están reconocidos como órganos jurisdiccionales por el art. 19.3 y 4 LOPJ actual con el art. 125 CE. Y, en cambio, a pesar de que sus funciones sean semejantes a los jurados de riego de las diversas comunidades de usuarios son considerados mayoritariamente como órganos administrativos. Hasta el punto es similar su actividad que en la Ley de Aguas (a partir de ahora LA) de 1866 se reconoce que se utiliza el modelo del Tribunal de las Aguas para su creación. Y, sobre todo, al margen de que el Tribunal de las Aguas haya podido sufrir diversos avatares en su historia²⁷, resulta indiscutible que el Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia transitó o trató su reconocimiento como órgano jurisdiccional justamente en el año 1959, cuando recibió su reconocimiento como órgano tradicional y consuetudinario y, por tanto, la creación de jurisdiccional. Y de otro lado, el Ayuntamiento de Orihuela primero, la Diputación de Alicante después y, por último el pasado 5 de marzo de 2014, el Pleno de las Cortes Valencianas, por unanimidad de todos los grupos, ha reconocido los derechos históricos y el derecho de que el Juzgado Privativo de Aguas de Orihuela sea considerado como tribunal tradicional y consuetudinario y, por tanto, adquiere la categoría de órgano jurisdiccional. Para ello, las Cortes valencianas instan al Consell de la Generalitat Valenciana para que se dirija al gobierno español y recabe la presentación de un proyecto de ley de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, solicitando al Congreso de los Diputados y al Senado su apoyo al mismo. Igualmente [ver:

²⁷ Véase una referencia a los mismos en BONET NAVARRO, J., *Unión de jur y Tribunal de las Aguas. Un ejemplo de resurgimiento valenciano*, Real Academia de Cultura Valenciana, Valencia 2014.

esto consistía en la emienda del grupo socialista) se insta el inicio de los trámites necesarios para la declaración de este Juzgado como patrimonio inmaterial de la humanidad. Así, en caso de ser reconocido —cosa que no debería considerarse una concesión sino una constatación— supondría de nuevo el tránsito o mutación de un órgano administrativo a jurisdiccional.

No hay cierto es que esta posibilidad, ya materializada, aunque haya sido escasamente valorada hasta la fecha, creo que resulta extremadamente relevante en el dibattito sobre la identificación de la función jurisdiccional pues genera preguntas sobre qué modo es posible un tránsito de potestad administrativa a jurisdiccional, depende únicamente de la voluntad política por la que se reconoce la condición jurisdiccional y consuetudinaria a un órgano? Y, desde esa perspectiva, cuáles las particularidades concretas de los tribunales de aguas y jurados de riego, situados en la frontera entre potestad jurisdiccional y administrativa, que permite un tránsito regular entre ambas potestades, creo que merecen revisarse los criterios diferenciadores entre jurisdicción y administración: la actuación del derecho objetivo en el caso concreto; el carácter irrevocable de la decisión; y la tutela o heterotutela de la actuación.

La actual concurrencia y situación de los distintos tribunales de aguas y jurados de riego obedece a unas particularidades específicas consecuencia de su nacimiento, creación y evolución²⁸. Y en su largo devenir histórico, estos Tribunales se originan o

²⁸ Sobre los orígenes del Tribunal de las Aguas de Valencia, merecen citarse a GLACK, T. F., *Irrigation Society in medieval Valencia*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1970 (*Riego y sociedad en la Valencia medieval*, trad.: ALACOR, Del Celta al Segura, Valencia, 1988); LAURENT DE BASSAC, J., *Canales de riego de Caxubi y Robo de Mallorca* (trad.: FIDU), Sociedad Económica de las Aguas de Valencia, 1944, págs. 482 y ss.; ORALLERA SANZ, V., "Un derecho milenario español: El Tribunal de las Aguas de Valencia", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 67, 1997, págs. 1503-6. Asimismo, en opinión de ARBIO MURGÓZ, V., "El Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia", en *Comunicaciones de España*, V, (dir.: BERCOVITZ y MARTINEZ-SIMANCAS), Anuario de la Facultad de Derecho, 1960, pág. 322A. *Probablemente, el Tribunal de las Aguas surgió en Aragón de un caso particular, al igual que hasta nosotros, resulta un legado del pueblo árabe*. PEREZ SUAREZ, E., "El Tribunal de las Aguas de Valencia, heredado de los árabes", en *Memorias de la Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales de Valencia*, 1989, págs. 683-5, desde luego defensible este origen arábigo. Sobre los orígenes, véase el trabajo de VALINO ARCOS, A., "Aguas y certidumbre en el mundo rural: el caso de la zona del Tribunal de las Aguas", en *El Tribunal de las Aguas de Valencia* (coord.: JIMÉNEZ RAMA), Valencia, 2014, págs. 25-70. También, entre otros, GUILLEN RODRIGUEZ DE DEBESA, A., *El Tribunal de las Aguas de Valencia y los estudios jurídicos de riego*, cit., págs. 18 a 20. También con el origen árabe, MARTÍN RETORTILLO, L., "La elaboración de la Ley de Aguas de 1866 en la Revista de Administración Pública", núm. 32, 1960, pág. 49. Y en el mismo sentido, MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S., "Reflexiones sobre los Jurados de Aguas", en *La protección jurídica del agua* (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional), Editorial de Aranzaco, Madrid, 1993, págs. 33, nota 30. También citados, desde otros puntos de vista, FELLICER, J. E., "El Tribunal de las Aguas de Valencia", en *Estudios jurídicos*, núm. 45, 1986, págs. 14-6. FAVRETTI, Ch., "El Tribunal de las Aguas: Mito y evolución", en *Estudios jurídicos*, núm. 28-29, 2004, págs. 195-200. Sobre el origen de los riegos, entre otros, LÓPEZ GARCÍA, A., "El origen de los riegos valencianos. Los canales romanos", en *Cuadernos de geografía*, 1974, págs. 1-24.

A lo anterior se une el hecho indiscutible de que algunos órganos han transitado de un modo entre administrativo y jurisdiccional. Como paradigma, el Consejo de Bienes Bienes de la Huerta de Murcia fue reconocido como órgano jurisdiccional por el art. 19.4 LOPJ introducido mediante la LO 13/1999, de 14 de mayo¹³, cuando la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia se rondaba y reiterada afirmando que la "resolución" del Consejo de Hombres Bienes de la Huerta de Murcia (que era calificado por cierto como "Jurado de Riegos") era acto administrativo y, tras el correspondiente recurso de reposición frente al mismo, conoce del recurso contencioso administrativo formulado frente al mismo¹⁴.

Tránsito o mutación que cabe explicar en atención a una tradición histórica, sobre todo, porque los caracteres del ejercicio de su potestad son lo suficientemente laxos como para ubicarse con más o menos comodidad en cualquiera de los ámbitos, la siempre tenue frontera entre potestad administrativa y jurisdiccional. Desde luego, la misma concurrencia de órganos, en muchos casos derivados unos de otros, de naturaleza distinta para realizar esencialmente la misma actividad, los sitúa en la misma frontera entre potestad jurisdiccional y administrativa, lo que resulta imprescindible considerar a la hora de la identificación de la actividad jurisdiccional.

3. LOS ELEMENTOS IDENTIFICADORES DE LA JURISDICCIÓN DESDE LA PARTICULAR UBICACIÓN DE LOS TRIBUNALES JURADOS DE AGUAS O DE RIEGO ENTRE JURISDICCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

La inicial cercanía y afinidad entre los distintos tribunales y jurados de agua no ofrece una magnífica oportunidad para indagar si concurre alguna razón que justifique o explique su distinta naturaleza. De ese modo, quizá pueda aportarse algún aspecto novedoso en un tema clásico como es la identificación de la función jurisdiccional y su deslinde de la potestad administrativa.

Aceptado que tanto la jurisdicción como la administración actúan o pueden actuar el derecho objetivo en el caso concreto, el criterio más inmediato para su distinción viene de la mano del carácter irrevocable con que se pronuncia la jurisdicción frente a la resolución administrativa siempre revisable por la jurisdicción. Sin embargo,

¹³ Además la STSJ Murcia, 177/2001, de 30 de mayo, "desde el 16 de mayo de 1999, fecha en la que entró en vigor la Ley 13/1999 citada, los actos que emanan del Consejo de Hombres Bienes, y que se dictan en ejercicio de las competencias que le atribuyen los Ordenamientos y Constituciones de la Huerta de Murcia, no pueden ser revisados en vía jurisdiccional", el acto que me impugno encarga plácidamente el tipo de actos, por lo que no hay inconveniente ante un acto administrativo dictado por un órgano administrativo, se trate, como pone de manifiesto la sentencia apelada, de auténtico fallo dictado por el Tribunal que tiene jurisdicción propia, que ha sido reconocido por una Ley Orgánica".

¹⁴ Así, entre otras, STSJ Murcia 613/1997, 1 de octubre de 1997; 156/1998, 1 de marzo de 1998; y 755/1999, 20 de septiembre de 1999.

que este criterio no resulta útil en todos los casos (sentencias sin eficacia de cosa juzgada ex art. 447.2 a 4 LEC), y hasta podría conducir a admitir la arbitrariedad del legislador cualquier condicionamiento constitucional para establecer los casos en que la jurisdicción ha de conocer *ab initio*¹⁵, en principio se hace necesario plantear unos criterios que permitan identificar la jurisdicción.

1. La mutación del derecho objetivo en el caso concreto

El Tribunal de las Aguas de Valencia, y todavía más, los jurados de riego en general, tienen un ámbito competencial limitado objetivamente a conocer, en una poco variada expresión, de determinadas "cuestiones de hecho". Asimismo carecen de potestad para declarar la posesión y la propiedad con ocasión de conflictos de distribución de las aguas. Sin embargo, todo ello no les impide actuar el derecho objetivo¹⁶, a pesar de que la Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 1866 afirmaba, en relación con el Tribunal de las Aguas de Valencia, que "no resuelve sobre cuestiones de hecho que son las más arduas, y costosas, ni sólo las de mera posesión" y todavía con alguna opinión discrepante¹⁷, resulta patente que estos órganos aplican, interpretan e integran sus propias ordenanzas, que son normas jurídicas, usos y costumbres; aplican los hechos y las circunstancias concurrentes, comparándolos con los genéricos previstos en las ordenanzas; en su caso, imponen las sanciones que corresponden conforme a las mismas, fijan las indemnizaciones por los eventuales daños y perjuicios producidos, y, en ocasiones, hasta pueden imponer prestaciones para la restitución de la situación anterior a la producción del hecho dañoso que alteró la situación¹⁸. Toda esta variada actividad, aunque pueda quedar objetivamente limitada, no difiere, en esencia, a cualquier otra decisión judicial¹⁹. Incluso con mayores poderes normativos en cuanto su carácter y funcionamiento se basa en la costumbre, de modo que el mismo Tribunal ha creado las normas y el proceso, debidamente adaptados a las concretas necesidades y a la evolución de los tiempos, el proceso ante el Tribunal

¹⁵ GUTIELLES RAMOS, M., "La potestad jurisdiccional", en *Introducción al Derecho Procesal* (con actualiz.), pág. 131. Por ello, estima que la determinación de en qué consiste la potestad jurisdiccional debe basarse en consideración del contenido del texto constitucional y el contenido de la tradición jurídica en el país en cuestión, sin que la irrevocabilidad tenga relevancia exclusiva en esta determinación.

¹⁶ FAJÉN GUILLEN, V., *El Tribunal de las Aguas de Valencia en proceso*, Madrid, 2ª ed., 1988, págs. 14 y 15, nota 11, y págs. 79-80. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., "Reflexiones sobre los Jurados de Agua", cit., págs. 264-5. En la jurisprudencia, sobre cuestiones de hecho en relación con el Consejo de Bienes Bienes de la Huerta de Murcia, véase los SSTSJ Murcia 617/1997, 1 de octubre de 1997; 501/2007, 27 de octubre de 2007; 294/2004, 26 de marzo de 2002; 723/2002, 17 de julio de 2002; 34/2001, 17 de julio de 2001. También la STS, 12107/1990, Sala 3ª, 21 de abril de 1990.

¹⁷ GINER BOIRA, V., *El Tribunal de las Aguas de la Hoya de Valencia*, 960-1960, cit., págs. 10-5.

¹⁸ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., "Reflexiones sobre los Jurados de Agua", cit., págs. 264-5. Además, FAJÉN GUILLEN, V., *El Tribunal de las Aguas...*, cit., págs. 28-9, nota 72, afirma que los actos en los que el Tribunal de las Aguas de Valencia entra a examinar cuestiones de posesión y del riego del agua.

de las Aguas es de creación jurisprudencial. Es el propio Tribunal quien, sobre la base de los principios de oralidad y concentración, lo ha construido⁶⁷.

b) La irrevocabilidad

La STC 113/2004, de 12 de julio, dictada con ocasión de un recurso de amparo frente a una resolución de un jurado de riegos, reconocido como tradicional y consuetudinario y, por tanto, considerado órgano jurisdiccional, considera que deriva el carácter jurisdiccional del órgano de la específica eficacia de la actividad que desarrolla, manifestada por la nota de irrevocabilidad de sus decisiones, tal y como viene teniendo una sólida corriente doctrinal⁶⁸. Y si no se alcanza esta eficacia, únicamente cabría encuadrarla como actuación del derecho mediante la potestad administrativa controlable posteriormente en vía judicial (art. 106.1 CE).

Y los tribunales de aguas que, por merecer ser considerados tradicionales y consuetudinarios, hayan sido reconocidos como órganos jurisdiccionales, dictarán sentencias irrevocables en cualquier caso. Las resoluciones del resto de tribunales jurados de aguas o riegos, mientras no sean reconocidos como tales, podrán ser revocadas por la jurisdicción, concretamente por los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En el caso del Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia y del Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia, la irrevocabilidad o efecto excluyente de la eficacia jurídica de cosa juzgada de sus decisiones solamente exige su previo reconocimiento de tribunal tradicional y consuetudinario en los términos del art. 125 CE por el LOPJ, tal y como requiere el art. 122.1 CE en cuanto excepción al principio constitucional de unidad jurisdiccional. Circunstancia que, unida a la inexistencia en el programa judicial de órgano superior en este ámbito, además de que así pueda derivar de sus propias ordenanzas, excluye cualquier revisión ulterior.

El problema está en determinar exactamente si la irrevocabilidad de sus decisiones deriva del carácter jurisdiccional, o, por el contrario, si tal carácter es consecuencia de dicha irrevocabilidad. En algunos casos, las ordenanzas, las costumbres, jurisdicción a la misma autoridad del Tribunal o a la inconveniencia práctica de dicha impugnación en un ámbito tan determinado y necesitado de inmediación como es el de los conflictos de regantes, han podido determinar que las decisiones no sean recurribles, o al menos, que no hayan sido recurridas nunca. Sin embargo, la no impugnación ante los órganos judiciales consuetudinarios administrativos solamente puede afirmarse con precisión previo el reconocimiento del carácter jurisdiccional del correspondiente Tribunal.

⁶⁷ FADÉN GUILLEN, V., *El Tribunal de las Aguas...*, cit., págs. 86-9; CÁMARA RUIZ, J., *La costumbre como fuente del Derecho Procesal y el Tribunal de las Aguas*, en *El Tribunal de las Aguas de Valencia. Clases jurídicas*, cit., págs. 253-70.

⁶⁸ Además de SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Jurisdicción, acción y proceso*, Atelier, Barcelona, 2006, pág. 65. También se pronuncia en sentido similar GIMENO SENDRA, V., *Poder judicial, potestad administrativa y legitimación*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1978, números 2-3, pág. 331.

de naturaleza especial en atención al principio de unidad jurisdiccional. Que este reconocimiento previo sea anterior o posterior a la Constitución y a la LOPJ es algo discutible, pero, en cualquier caso, resulta indiscutible tras la misma.

En fin, la irrevocabilidad de las decisiones del Tribunal de las Aguas de Valencia y del Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia es una característica de estos órganos en cuanto son jurisdiccionales. Y lo mismo cabe decir sobre la esencial irrevocabilidad de las decisiones del resto de órganos no reconocidos como tradicionales y consuetudinarios. El criterio de la irrevocabilidad se presenta así característica propia y exclusiva de la jurisdicción, útil para identificar y delimitar el órgano jurisdiccional del administrativo. Sin embargo, y esto resulta fundamental en este punto, no alcanza a explicar por qué se adquiere tal carácter irrevocable, en la medida que pueden subsistir tribunales tradicionales y consuetudinarios que no hayan sido reconocidos como tales; ni, sobre todo, cómo es posible un fenómeno como es el eventual tránsito de potestad administrativa a jurisdiccional que pueda producirse en determinados casos, como es el Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia. El carácter irrevocable, por tanto, permite identificar solamente cuando ya es jurisdicción. En cambio, y esto es lo más novedoso en el debate abierto, resulta inútil para valorar críticamente si un órgano jurisdiccional pudiera no merecer tal condición o si un órgano administrativo debiera ser jurisdiccional.

1) La naturaleza del derecho aplicado o la materia objeto de decisión

La misma Constitución reserva a los órganos jurisdiccionales la potestad no solamente para decir la última palabra, sino la primera en determinadas materias debido a su importancia: en los derechos fundamentales y libertades públicas; relaciones entre Estado y Comunidades Autónomas; y en la actuación del derecho penal⁶⁹. Ninguna de estas materias es objeto de conocimiento de los jurados de riego. A pesar de que algunas ordenanzas determinen impropriadamente como falta los hechos enjuiciados y de penas las condenas que puedan imponer, como afirma FADÉN⁷⁰, la naturaleza del derecho que actúa o aplica el Tribunal de las Aguas de Valencia es especial, en la medida que tiene componente al mismo tiempo civil y administrativo. En fin, el derecho actuado no es penal, ni se trata de ningún otro de los reservados constitucionales para ser conocido *ab initio* por la jurisdicción. Incluso puede apreciarse, aunque sea parcialmente, que resuelve materias que son o se relacionan directamente con

⁶⁹ ORTELLS RAMOS, M., "La potestad jurisdiccional", cit., págs. 131 y ss.

⁷⁰ FADÉN GUILLEN, V., *El Tribunal de las Aguas...*, cit., pág. 190. En similar sentido, MASCARILL NAVARRO, M. J., "El Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana y su proceso judicial", en *El Tribunal de las Aguas de Valencia*, (con TABARIN y SALLA), Javier Borrini, Valencia, 2^a ed., 2010, págs. 10-11; DE ROJAS MARTÍNEZ-PARETS, F., "Tribunal de las Aguas de Valencia", en *Diccionario de Derecho de Aguas*, (dir. EMBID), Iustel, Madrid, 2007, págs. 943 y 945; CERVERELLO DONDERIS, V., "La titularidad de las sanciones del Tribunal de las Aguas", en *El Tribunal de las Aguas de Valencia*, Claves Jurídicas, cit., págs. 129-46.

el derecho administrativo y las potestades sancionadoras propias de la administración. Siendo así, este criterio tampoco resulta útil ahora para el deslinde entre potestades.

d) *Heterotutela o desinterés objetivo*

Si la materia decidida es de naturaleza jurídico-privada se hace difícil pensar que puedan protegerse intereses generales y así que se trate de autotutela administrativa, otra cosa es que ambos intereses se solapen. Pero lo bien cierto es que la naturaleza privada del derecho permitirá afirmar el desinterés objetivo de la actividad, y, por tanto, que se trata del ejercicio de la potestad reservada a jueces y magistrados conforme al art. 117.3 CE. Pero, como se advertía, los intereses generales sufren una constante y paulatina expansión hasta el punto que en ocasiones llegan a superponerse con otros intereses privados, lo que dificulta —cuando se produce— mantener que la mera condición de derecho privado excluya de plano la autotutela administrativa. Lo específico ahora es que los derechos implicados en materia de riego tienen incidencia jurídico-privada y al mismo tiempo pública, de modo que resulta lo suficientemente laxa y especial como para que pueda observarse al afirmón como heterotutela y, en caso de atribuirse a la administración, también como autotutela⁴⁸. Así, el interés estrictamente privado, el más general de la comunidad, y el interés público quedan conremezclados en una curiosa compatibilización de intereses y derechos diversos que otorgan una singular configuración al objeto de conocimiento por estos órganos. Circunstancia que favorece fenómenos tan extravagantes como el tránsito de órgano administrativo a jurisdiccional.

Es más, en estos órganos el desinterés objetivo se presenta como relativo. Con una observación del fenómeno desde la perspectiva del usuario de las comunidades de regantes sometidas a un determinado órgano para resolver conflictos entre regantes, donde todos los integrantes de tal microcosmos se ocupan de regar cultivos mediante los correspondientes sistemas hidráulicos, los jueces-síndicos del Tribunal de las Aguas de Valencia, se comprende bien resolviendo intereses ajenos, con heterotutela y, por ello, pudiendo ejercer potestad jurisdiccional. Sin embargo, observada a la distancia, en una visión de todos los órganos jurisdiccionales españoles y entrán-

⁴⁸ Las ordenanzas de las acequias, al establecer las denominadas «enfiteusis» desde un punto de vista social —«perpetuas», las distingue entre diversas personas y entidades más o menos variables según cada una de ellas (por ejemplo, capítulo XI de las ordenanzas de la Acequia de Baza, o art. 31 de las de la Acequia de Rebollos); para «nuestra ciudad» —o gastos del personal de la correspondiente comunidad— el «síndico» —en cuanto instructor y director de la ejecución—, al «sembrar», suelta veces irregularmente, como perjuicio por los hechos aunque no sea directamente— y en ocasiones incluso «acusador» o «denunciador». Esta última tiene gran interés ahora puesto que denunciado puede ser el representante de la acequia, generalmente el guarda de la misma, en este caso se le compenosa o grava por su labor acusadora, incurrindo de este modo; y también cabe denunciar directamente el propio perjudicado al que la pena lo compenosa de ese modo por los daños sufridos, si bien es compatible con la existencia de daños y perjuicios concretamente indemnizables. Véase sobre esto, FAUREN GUILLEN, *El Tribunal de las Aguas...*, cit., págs. 192 y ss.

ción en el contexto del principio de unidad jurisdiccional estatal, la solución de conflictos entre regantes y por regantes de unos sistemas hidráulicos muy concretos y determinados, puede igualmente ser vislumbrado como un fenómeno de autotutela, en cuanto que el interés en la solución del conflicto trasciende al particular de los regantes implicados en el mismo y se proyecta al servicio de regular el funcionamiento de la correspondiente comunidad de regantes, donde los síndicos de todas y cada una de las acequias tienen interés propio. Y no ha de olvidarse que el agua se considera un bien público, y las comunidades de regantes corporaciones de derecho público adscritas al organismo de cuenca (art. 82.1 TR. Lagunas), aunque los bienes de las comunidades de regantes sean comunes y privados.

Esta bipolar tutela que ejercen estos órganos, según se mire, entre heterotutela y autotutela, reduce la potencialidad de este criterio para identificar y cualificar la jurisdicción y, desde luego, favorece el tránsito que se produjo en el pasado con el Consejo de Bienes Bienes de la Huerta de Murcia y el que se pueda producir en el futuro con algún otro órgano que merezca ser reconocido como tradicional y consuetudinario.

a) UNA RECONSIDERACIÓN CRÍTICA SOBRE LOS CRITERIOS IDENTIFICATIVOS DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

La mutación o tránsito entre órgano administrativo y jurisdiccional se relaciona con la existencia de tribunales de aguas tradicionales y consuetudinarios así como de jurados de riego creados a imitación de tan exitosa experiencia anterior. Son todos estos órganos situados en la zona fronteriza que deslinda la actividad administrativa y jurisdiccional. Tan curioso fenómeno, al que, por diversas razones, no se ha prestado suficiente atención, permite reconsiderar críticamente los elementos configuradores de la potestad jurisdiccional en su actividad y en distinción con la ejercida por la administración pública.

No obstante el carácter tradicional y consuetudinario de algunos órganos y de algunas diferencias de carácter organizativo, la función de resolver conflictos en relación con el riego y con los sistemas hidráulicos no difiere sustancialmente entre los órganos administrativos y los que mantienen o adquieren la condición de jurisdiccionales. Repasando los caracteres de la jurisdicción, descartado que la naturaleza del derecho actuado por los jurados de riego sea útil en la labor de identificación, pues no aplico derecho penal ni ningún tipo de derecho de los reservados constitucionalmente para ser conocido *ab initio* por la jurisdicción, en todos ellos se observan dos matices específicos:

1.º El desinterés objetivo —o heterotutela— con que actúan todos estos tribunales es lo suficientemente laxo como para que indistintamente puedan situarse en cualquier de los lados de la tenue frontera que media entre la potestad administrativa y la jurisdiccional.

Focalizado a la distancia, contemplando todos los órganos jurisdiccionales integrantes del poder judicial y enmarcado en el contexto del principio de unidad jurisdiccional estatal, sobre todo cuando participen terceros ajenos a las citadas comunidades, la solución de conflictos puede ser vislumbrado como un fenómeno cercano a la autotutela. Pueden observarse como regantes interesados en que el sistema de riego funcione y que para ello dan solución a los conflictos de forma adecuada. Todo ello ocurre en la gestión regular, en sentido amplio, de un bien público como es el agua, del funcionamiento de la correspondiente comunidad de regantes como corporación, igualmente de derecho público, adscrita al organismo de cuenca (art. 82.1 TR Laga). Sin embargo, focalizado cerca del microcosmos de las comunidades de regantes de usuarios, donde todos los que intervienen en el procedimiento resolutorio forman parte del ámbito comunitario de riegos, con heterotutela y, por ello, sin que exista impedimento alguno para que puedan ejercer potestad jurisdiccional sin objeciones.

Esta dicotomía tampoco resulta ajena a la propia función jurisdiccional. ¿Acto y juez ordinario no es persona con interés en que "funcione" regularmente la sociedad de la que forme parte? Aunque la respuesta deba ser afirmativa, no por ello el juez merece tacharse de parcial, ni su actividad calificarse como de autotutela. El ámbito competencial tan delimitado territorial, objetiva y hasta subjetivamente en los tribunales de aguas, permite sustraerse del conjunto de la sociedad, y desde esa lejanía resolver el conflicto, de las partes y hasta de los jueces o jurados, considerar que es resolviendo con autotutela. Sin embargo, para las partes y para el objeto del litigio, jueces o jurados de riego son personas ajenas. Buena prueba de ello es que, en el caso del Tribunal de las Aguas de Valencia, el síndico-jefe de la acequia donde se plantea el conflicto se abstiene de pronunciarse. Y lo mismo ocurre en los jurados de riego de las comunidades de usuarios, donde la condición de vocal de la junta de gobierno de la comunidad suele considerarse incompatible con la de vocal del jurado, salvo en el caso del presidente del jurado que ha de ser un vocal de la junta de gobierno (art. 226.1 Reglamento del Dominio Público Hidráulico).

2º El criterio de la eficacia irrevocable de la decisión jurisdiccional, frente al carácter esencialmente revisable de la resolución administrativa, resulta en principio encauzado en la distinción entre potestad jurisdiccional y administrativa. Es claro que, siendo debidamente irrevocable la decisión, deriva irremediablemente al carácter jurisdiccional del órgano que la emite. De otro modo, si fuera indebidamente irrevocable o debidamente revocable, el órgano emisor en el mejor de los casos habría de ser administrativo.

Sin embargo, el criterio no llega a ser definitivo porque hay ejemplos de decisiones jurisdiccionales revocables, como son los procesos sumarios. Y sobre todo, se trata de un criterio que, partiendo de la ecuación "decisión irrevocable = órgano jurisdiccional", permite atribuir la calificación del órgano como jurisdiccional solamente cuando mantenga —o después de haber adquirido— su condición de órgano jurisdiccional. No resulta un criterio válido, en cambio, para justificar posibles y hasta necesarias adquisiciones de naturaleza jurisdiccional. Es más, el mismo criterio de la revocabi-

del si fuera definitivo, en realidad vendría a impedir tránsitos como el que aconteció con el Consejo de Hombres Buenos de Murcia en el año 1999 mediante la introducción del art. 19.4 LOPJ. Hasta ese momento la ecuación había sido "decisión irrevocable = órgano administrativo", y siendo así, lo que no responde este criterio es la presencia de ¿por qué debía ser órgano jurisdiccional? Y no responde porque el carácter de órgano de ¿por qué debía ser órgano jurisdiccional? Y no responde porque el carácter irrevocable o irrevocabilidad de la decisión solamente es una consecuencia o un resultado de la preexistente naturaleza administrativa o jurisdiccional del órgano que la dicta. ¿Por qué poder delimitador es de mera constatación de un *status quo* determinado, útil pero inmutable pero ineficaz para aquello que transita o puede transitar, como los juicios o jurados de aguas o de riego. En definitiva, la revocabilidad o irrevocabilidad sirve, y todavía no en todos los casos, para conocer si un órgano jurisdiccional o administrativo o administrativo, pero no si su naturaleza debería ser distinta, como ocurre con determinados jurados de riego que podrían pasar a ser órganos jurisdiccionales por merecer ser reconocidos como tribunales tradicionales y consuetudinarios.

3º A pesar de las dificultades identificadoras del criterio de la heterotutela o desinterés objetivo, dada la tendencia expansiva de los intereses generales y el posible solapamiento con los intereses privados, a diferencia del criterio de la revocabilidad o irrevocabilidad, se presenta útil para valorar críticamente si una determinada función debe ser o no jurisdiccional. Y partiendo de esto, cuando un determinado órgano merezca la consideración de tribunal tradicional y consuetudinario, podrá transitar hacia su carácter jurisdiccional y, solo en ese momento, resolver irrevocablemente.

4º La frontera entre jurisdicción y administración se presenta a veces tenue y de contornos poco definidos dadas las limitaciones del criterio disjuntivo de irrevocabilidad y así como de las dificultades prácticas que presenta el criterio del desinterés objetivo. Pero frente a la tendencia expansiva, hasta tal punto profunda que la administración puntualmente llega a conocer de derechos e intereses privados, en algún momento habrá de ponerse coto. Y si los límites no vienen de la mano de la prudencia y de la autolimitación después, por parte de un legislador situado en relación de colaboración y convivencia en los fines y acción del poder ejecutivo, no quedará más remedio que confiar en que venga a establecerlos el Tribunal Constitucional. Siamente de este modo parece que podremos empezar a zanjear, con cierta seguridad, el mismo debate sobre la identificación de una jurisdicción diseñada con trazos todavía demasiado groseros.