

EL DERECHO AL JUEZ LEGAL EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ALEMÁN

*María Luisa Escalada López**

RESUMEN

El trabajo que se presenta pretende abordar el tratamiento que el derecho al juez predeterminado por la ley recibe en la Ley Fundamental Alemana. A este respecto, es objeto de análisis su contenido material –identificado con la tutela de la independencia e imparcialidad judiciales–, así como el contenido formal, referido a la necesidad de que el juez resulte legalmente determinado de forma previa y general.

JUEZ LEGAL – TRIBUNALES DE EXCEPCIÓN – INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD

The right to the lawful judge in German constitutional law

ABSTRACT

The aim of this paper is to examine the treatment that the right to the lawful judge receives in the German Basic Law. In this respect, the author analyses the content of the right – which is related to the guarantee of judicial independence and impartiality –, as well as the formal requirement, referred to the necessity that the judge be predetermined by law respecting the principle of the universal application of the law.

LAWFUL JUDGE – EXTRAORDINARY COURTS – INDEPENDENCE AND IMPARTIALITY

* Doctora en Derecho, Profesora de Derecho Procesal, Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, Campus Segovia, España. Correo electrónico: mlescala@ubu.es

Artículo recibido el 21 de marzo de 2006 y aceptado para su publicación por el Comité Editorial el 30 de mayo de 2006.

1. INTRODUCCIÓN

El derecho al juez legal se encuentra consagrado en el parágrafo 101 de la Ley Fundamental Alemana,¹ así como también en las Constituciones de los diversos Ländern.

Estas últimas Normas que, en lo que a nosotros respecta, ofrecen una redacción coincidente con la establecida en el parágrafo 101 GG, tienen en común la integración del aludido derecho dentro del elenco de los derechos fundamentales gozando, por tanto, de protección reforzada.

Amén de lo afirmado, ha de tenerse en cuenta, que la entrada en vigor de la Ley Fundamental supuso que todos los derechos (entre los que se encuentra el del juez legal) y obligaciones reconocidos en ella se transformaran en derecho vigente para todo el ámbito federal.²

Centrándonos ya en la regulación contenida en la Grundgesetz, resulta llamativa la ubicación sistemático-constitucional del *gesetzliche Richter*, o juez legal, dado que el precepto que lo consagra no se encuentra recogido en el repertorio de los derechos fundamentales (parágrafos 1 a 19), sino en el epígrafe referido a “La Administración de Justicia”, concretamente, en el parágrafo 101.1, que dispone: “Ausnahmegerichte sind unzulässig. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden”,³ añadiéndose en el párrafo 2º: “Gerichte für besondere Sachgebiete können nur durch Gesetz errichtet werden”.⁴

Esta circunstancia ha supuesto importantes esfuerzos interpretativos, tendentes a configurar al juez legal como un principio que, pese a la ausencia de formal reconocimiento como derecho fundamental, goza, a efectos de tutela constitucional, de un contenido y tratamiento similar o semejante al inherente a este tipo de derechos.

Desde un planteamiento general, y con carácter aproximativo, podemos decir que existe generalizado consenso doctrinal en cuanto a considerar el derecho al juez legal como la respuesta que la Constitución ofrece al ciudadano cuando, ante la necesidad de acudir a la Administración de la Justicia, le aborden ciertos recelos o

¹ Vid. Pedraz Penalva, E. *Derecho Procesal Penal, T. I, Principios de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2001, p. 191; del mismo autor vid. *Introducción al Derecho Procesal Penal (acotado al Ordenamiento Jurídico Nicaragüense)*, Managua, 2002, p. 246. Vid. de igual modo, nuestro trabajo “Originaria y actualizada conformación del juez ordinario predeterminado por la ley”, *Revista de Derecho Procesal*, N°s 1-3, año 2004, p. 247 y ss.

² Lo dicho significa que tales derechos no precisan ser específicamente garantizados en las Constituciones de los Ländern surgidas con posterioridad a la Ley Fundamental, en cuanto que aquellos gozan de recepción previa y vinculante en esta Norma. Lo afirmado es igualmente aplicable al juez legal.

³ Parágrafo 101.1 No son lícitos los tribunales de excepción. Nadie puede ser sustraído de su juez legal.

⁴ Parágrafo 101.2 Sólo por ley podrán ser instituidos tribunales para materias especiales.

dudas sobre el reparto que ha supuesto que sea un determinado juez, y no otro, el competente para conocer de su causa.⁵

Si esto es así desde una perspectiva contemporánea, es necesario tener en cuenta, a efectos de su adecuada intelección, que el origen histórico más próximo del citado derecho se encuentra en los principios del siglo XIX, y en la tendencia del Ejecutivo a influir en la Administración de Justicia mediante la llamada Justicia de Gabinete (*Kabinetts-justiz*).⁶

Este estado de cosas motivó que las corrientes revolucionarias reivindicaran la existencia de una auténtica independencia judicial, concibiéndose el principio del juez legal como un instrumento para el logro de la misma frente a la actuación del Ejecutivo que, ante la previsión de que los tribunales de justicia no resolvieran del modo esperado, intervenía directamente procediendo a efectuar un nombramiento *ad hoc*.

La justicia de gabinete se traducía, por tanto, en la más flagrante confusión de poderes, con las opresivas consecuencias que de ello se derivaban para el ciudadano.⁷ En atención a lo expuesto, queda de relieve la importancia que tuvo la recepción del principio del juez legal en el párrafo 42 de la Declaración de Derechos Fundamentales de 21 de diciembre de 1848.⁸

⁵ Vid. Hamm, R. *Der gesetzliche Richter und die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit, unter besonderer Berücksichtigung des Strafverfahrens* (Inaugural Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte bei dem Fachbericht Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin), 1973, *op. inédita.*, p. 36. Asimismo vid., Kunig, P. *Grundgesetz-Kommentar, Herausgeben von Ingo von Münch*. Verlag. C.H. Beck, p. 621, estima este autor que el art. 101, al igual que el art. 97.1, pretenden impedir incursiones ajenas e ilegítimas dentro de la Administración de Justicia, a la vez que quiere preservar la confianza de quien demanda justicia en la imparcialidad y objetividad de los Tribunales. Vid. la exposición original del planteamiento en Rinck, H.-J. "Gesetzlicher Richter, Ausnahmegericht und Willkürverbot", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, Heft. 36, p. 1649.

⁶ Vid. Kellermann, H.H. *Probleme des gesetzlichen Richters unter besonderer Berücksichtigung der Grossen Strafverfahren*, Tübingen, 1971, p. 5. Para Kunig, P. *Grundgesetz-Kommentar, Herausgeben von Ingo von Münch*. Verlag. C.H. Beck, p. 621, el art. 101, al igual que sucede con otras instituciones y prescripciones del Estado de Derecho, refleja experiencias históricas propias de los estados absolutistas y dictatoriales, así, la llamada justicia de gabinete. Vid. Kern, E. *Der gesetzliche Richter*, Berlín 1927, p. 111, se alude a la lucha del liberalismo contra la justicia de gabinete como forma de injerencia arbitraria en la justicia. Se añade, en la p. 113, la estrecha relación que existía entre la justicia de gabinete, la dependencia del juez respecto de las órdenes del monarca, y el derecho del *Landesherr* a sustituir a su antojo a aquel juez que le resultaba "molesto".

⁷ Vid. Kellermann, H.H. *Probleme des gesetzlichen Richters unter besonderer Berücksichtigung der Grossen Strafverfahren*, Tübingen, 1971, p. 53, recoge este autor las palabras de Kern, aludiendo a la relación existente entre la aspiración al reconocimiento del principio del juez legal, y la idea de la distribución y división de poderes, puesto que la justicia de gabinete es incompatible con este principio. Por todo ello, la reivindicación del juez legal se configura como la aspiración liberal de una justicia verdaderamente independiente, ajena a cualquier influencia del Ejecutivo. En cuanto a la vinculación existente en el siglo XIX, entre el principio del juez legal y aquel de la división de poderes, vid. la p. 61.

⁸ Vid. Hamm, R. *Der gesetzliche Richter und die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit, unter besonderer Berücksichtigung des Strafverfahrens* (Inaugural Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte bei dem Fachbericht Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin), 1973, *op. inédita.*, pp. 36-37.

Siendo estos los orígenes, su campo de proyección es, en la actualidad, mucho más amplio. Admitido que el principio protege la independencia y aún imparcialidad judiciales, es evidente que tales garantías constitucionalmente tuteladas pueden resultar vulneradas no sólo por la actividad del Ejecutivo, sino también por la del Legislativo, y aún por los propios órganos del Judicial.⁹

Conforme a esta interpretación, el derecho al juez legal pasa de ser una simple o mera tutela contra la arbitrariedad del Ejecutivo, para convertirse en un principio que protege contra cualquier intervención ilegal por parte del Estado y, por tanto, también contra las realizadas a través de los tribunales.¹⁰

A este respecto se evidencia, que una de las formas mediante las que el Judicial puede generar lesión al derecho al juez legal, se produce con ocasión de las aplicaciones y proyecciones del principio de autoadministración judicial. Conforme a este principio, son los propios órganos del Judicial quienes, entre sus tareas no jurisdiccionales, tienen la de elaborar y aprobar las normas de reparto de asuntos. En estos casos, la citada infracción se originaría, por ejemplo, si tal elaboración y aprobación se produjera con clara infracción de las prioritarias y prevalentes normas que regulan dicha disciplina y, sobre todo, cuando la normación efectuada entrara en contradicción con la previsión realizada por el art. 101. 1 p. 2 GG.¹¹

Paralelamente a esta situación, se ha producido un cambio en la concepción del principio por parte de la Jurisprudencia Constitucional Federal, de modo tal que el mismo no solamente se comprende a modo de prohibición o proclamación negativa: "Nadie puede...", sino también como un mandato o una imposición positiva. Esto

⁹ Vid. Kellermann, H.H. *Probleme des gesetzlichen Richters unter besonderer Berücksichtigung der Grossen Strafverfahren*, Tübingen, 1971, pp. 6 y 8. En cuanto a la aplicación o proyección del principio dentro del Judicial, vid. Kunig, P. *Grundgesetz-Kommentar, Herausgeben von Ingo von Münch*. Verlag. C.H. Beck, p. 622. Vid. también Schmidt-Bleibtreu, B., Klein, F. "Art. 101" *Kommentar zum Grundgesetz, unter Mitarbeit von Hans Bernhardt Brockmeyer*, 7. Auflage, 1990, pp. 1126. Vid. Eser, A. "Der "gesetzliche Richter" und seine Bestimmung für den Einzelfall", *Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin. Festschrift für Hannaskarl Salger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1995, p. 249. Originariamente, la directriz proteccionista de este principio fundamental se traduciría en una suerte de blindaje del Judicial frente a influjos del Ejecutivo, pero esta visión monodireccional fue superada, y ya en la Constitución de Weimar se concibió aplicable también frente al Legislativo y, por último, frente al Judicial. Ello es así porque, en la medida en que es configurado como un derecho fundamental, o como un derecho asimilable a éste, el derecho subjetivo que de él deriva debe ser protegido frente a cualquier tipo de actos del poder público y, por ende, también frente a los menoscabos derivados de actuaciones judiciales. Vid. Rinck, H-J. "Gesetzlicher Richter, Ausnahmegericht und Willkürverbot", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, Heft. 36, pp. 1649 y 1650. Vid. Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, "Band V arts. 92-146, Lieferungen 1 bis 35", 1971, p. 1. Vid. Marx, E. *Der gesetzliche Richter im Sinne von Arts. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz*, Berlin 1969, pp. 91-92. Vid. Henkel, J. *England. Rechtsstaat ohne "gesetzlichen Richter"*, Berlin, 1971, p. 9.

¹⁰ Vid. Hartwig, M. "Il gesetzliche Richter di cui all'art. 101 p.1 del Grundgesetz", *Consiglio Superiore della Magistratura e Associazione "Vittorio Bachelet", Convegno su "Il principio di precostituzione del giudice"*, Roma, 14-15 febbraio 1992, pp. 15-16.

¹¹ Así lo entiende Marx, E. *Der gesetzliche Richter im Sinne von Arts. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz*, Berlin 1969, pp. 93-94 y ss.

supone que el art. 101.1 p. 2 GG. Contiene no sólo y desde el punto de vista negativo la prohibición de sustracción del juez legal, sino que también consagra, y desde el punto de vista positivo, un mandamiento que impone establecer de antemano quien es el juez legal.¹²

El ánimo extensivo de su interpretación significa, de este modo, además de la originaria o genética prohibición frente al Ejecutivo –al que se impide realizar manipulaciones tendentes a nombrar un juez *ad hoc* para un supuesto concreto– la exigencia de una previa regulación reglamentaria mediante la cual se proceda a la distribución de trabajo de forma que, con carácter apriorístico, se establezca una clara vinculación del juez con el caso. Junto a ello, se instaura para el Legislador, una serie de prescripciones:

En primer lugar, se le impone el mandato de crear un sistema de normas competenciales en el que, para cada caso potencialmente posible, resulte con antelación asignado el tribunal que ha de conocer.

En segundo lugar, se le prohíbe otorgar competencia a un órgano que propiamente no sea un Tribunal *ex* parágrafo 92 GG.¹³

Le resulta del mismo modo vetado, por fin, amén de otros contenidos y derechos directa o indirectamente relacionados con el derecho al juez legal, que mediante el recurso a normas generales se distribuya la competencia a un tribunal en el que no se encuentre debidamente garantizada la imparcialidad.¹⁴

2. LA PROHIBICIÓN DE LOS TRIBUNALES DE EXCEPCIÓN. NOTAS DEFINITORIAS

El art. 101 Abs. 1 Satz 1 GG. prohíbe los Tribunales excepcionales,¹⁵ concebidos como aquellos que son instituidos exceptuando de forma arbitraria la atribución jurisdiccional,¹⁶ con la finalidad de resolver casos particulares, concretos e individualmente determinados.

¹² Vid. Marx, E. *Der gesetzliche Richter im Sinne von Arts. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz*, Berlín 1969, p. 97.

¹³ Este precepto dispone: “El Poder Judicial estará confiado a los jueces, siendo ejercido por el Tribunal Constitucional Federal, así como por los tribunales federales previstos en la presente Ley Fundamental y por los tribunales de los Ländern”.

¹⁴ La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal existente en este punto es recogida por Hamm, R. *Der gesetzliche Richter und die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit, unter besonderer Berücksichtigung des Strafverfahrens* (Inaugural Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte bei dem Fachbericht Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin), 1973, *op. inedita.*, pp. 38 a 40.

¹⁵ El carácter excepcional se ha predicado también de los tribunales integrados en la jurisdicción militar, de los tribunales de honor militares, de los tribunales de usura, de los de guerra, etc. Vid. Kern, E. *Der gesetzliche Richter*, Berlín 1927, p. 215.

¹⁶ En cuanto a la proliferación de estos tribunales en la época del Nacionalsocialismo, vid. Kellermann, H.H. *Probleme des gesetzlichen Richters unter besonderer Berücksichtigung der Grossen Strafverfahren*, Tübingen, 1971, pp. 119 y 120.

Los elementos presentes en la definición permiten concebir como tribunales excepcionales, extraordinarios o de excepción aquellos en los que se dan las siguientes notas:

- 1º No creación del tribunal por ley, o creación por ley que no resulta conforme con la Ley Fundamental.¹⁷
- 2º No creación *ex ante*, sino con carácter *ex post*, esto es, una vez que ha acaecido el hecho y/o este ha adquirido repercusión procesal.¹⁸
- 3º No creación con generalidad, sino con particularidad, de forma *ad hoc*, *ad casum* o *ad personam*.¹⁹
- 4º Creación con manifiesta falta de independencia.²⁰

¹⁷ Afirma Marx, E. *Der gesetzliche Richter im Sinne von Arts. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz*, Berlín 1969, p. 120, que los tribunales inconstitucionales son no-tribunales en el sentido de la Ley Fundamental, citando, entre dichos tribunales, a los de excepción. Según Bettermann, K.A., "Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter", *Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Herausgegeben von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner, 3^{er} Band, 2 Halbband, Berlín 1959, p. 572, tribunales de excepción son aquellos que han sido creados sin fundamento legal, y cuya jurisdicción, por tanto, no es legal. Estima este autor, que un tribunal establecido por ley es tribunal de excepción si: en primer lugar, su atribución jurisdiccional no resulta legalmente regulada, sino que su determinación se realiza en atención a un caso particular. En segundo lugar, cuando la ley no es tal en sentido material, sino una ley individual en su doble significado: a) como ley personal particular; b) como ley de un supuesto concreto. Para Kern, E. *Der gesetzliche Richter*, Berlín 1927, p. 216, una primera nota para definir un tribunal de excepción, es la ausencia de sometimiento a regulación alguna, el tribunal extraordinario sería así, el no ordinario. Vid. también del mismo autor y obra las pp. 217, 220 y ss.

¹⁸ Para Schmidt-Bleibtreu, B., Klein, F. "Art. 101" *Kommentar zum Grundgesetz, unter Mitarbeit von Hans Bernhardt Brockmeyer*, 7. Auflage, 1990, p. 1123, los tribunales excepcionales se instauran tras la materialización del suceso pendiente de juicio. Vid. Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, "Band V arts. 92-146, Lieferungen 1 bis 35", 1971, p. 3. Vid. Schmidt, E. "Entspricht die Zuständigkeitsordnung in Strafsachen dem Satz vom "gesetzlichen Richter"? *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1958, Heft 10, p. 723. Vid. Kern, E. *Der gesetzliche Richter*, Berlín 1927, pp. 221 y 228: el concepto de tribunal de excepción presupone un tribunal creado posteriormente.

¹⁹ Vid. Schmidt-Bleibtreu, B., Klein, F. "Art. 101" *Kommentar zum Grundgesetz, unter Mitarbeit von Hans Bernhardt Brockmeyer*, 7. Auflage, 1990, p. 1123, "Ausnahmegerichte sind die Gerichte, die für einen konkreten Fall... zuständig erklärt werden". Para Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, "Band V arts. 92-146, Lieferungen 1 bis 35", 1971, pp. 3 y 4, los tribunales de excepción son instaurados mediante una disposición individual para un litigio aislado o para un grupo de litigios, bien sea de forma previa o con posterioridad al inicio del litigio. Son, por tanto, tribunales creados particularmente, en clara discordancia con la normal y general atribución jurisdiccional, con el fin de que enjuiciar casos individuales y concretamente determinados. En igual sentido vid. Schmidt, E. "Entspricht die Zuständigkeitsordnung in Strafsachen dem Satz vom "gesetzlichen Richter"? *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1958, Heft 10, pp. 723. Para Marx, E. *Der gesetzliche Richter im Sinne von Arts. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz*, Berlín 1969, p. 63. Vid. también Bettermann, K.A., "Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter", *Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Herausgegeben von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner, 3^{er} Band, 2 Halbband, Berlín 1959, p. 572.

²⁰ Vid. Kern, E. *Der gesetzliche Richter*, Berlín 1927, p. 226 y ss.

Ha de precisarse que, a efectos de calificar a un tribunal de excepcional, no es necesaria la simultánea concurrencia de todas las notas que lo definen, bastando, en este sentido, la presencia de alguna de ellas; si bien no es infrecuente la aparición, en un caso concreto, de varios y aún todos los elementos mencionados.

De este modo, es posible calificar de excepcional a aquel órgano que no ha sido instaurado por ley, o a aquel cuya ley instauradora sea contraria a la Constitución, bien por su posterioridad al inicio del proceso, bien por su particularidad o carácter *ad hoc*, o bien, porque, en cualquier caso, y por el propio contenido de la disposición legal, el tribunal y sus miembros carezcan manifiestamente de independencia.²¹

Junto a los rasgos mencionados, y a efectos de perfilar la figura de los tribunales de excepción, han sido empleadas otras notas accesorias.

Así, por ejemplo, se ha tomado en consideración su existencia al margen de la organización judicial ordinaria.²² En nuestra opinión, tal rasgo se manifiesta inconcluyente en este punto, dado que, si bien está presente en los tribunales excepcionales, es también compartido por los tribunales especiales, de modo que no es decisivo para determinar cuando nos encontramos ante uno u otro tipo de tribunal.

De igual modo, se ha utilizado aquel criterio cronológico que toma en consideración la apriorística caducidad del tribunal. Se trataría, por tanto, de tribunales creados para eventuales necesidades transitorias, en atención a situaciones extraordinarias y con una duración temporalmente limitada de modo previo.²³ A nuestro modo de ver, y sin perjuicio de admitir su carácter indiciario, este elemento carece de entidad suficiente para ser considerado como autónomamente definidor de lo que un tribunal de excepción sea,²⁴ y ello es así porque, en puridad, todos los tribunales tienen una duración limitada en el tiempo.

Si esto es así desde una dimensión orgánica, en atención a un criterio subjetivo se ha entendido como excepcional a aquel tribunal cuyos miembros han alcanzado la condición de jueces con clara vulneración de las prescripciones legales existentes al respecto. Nos encontraríamos ante tribunales integrados por personas que no tienen garantizada la independencia judicial, sea por reunir la condición de funcionarios administrativos dependientes, etc.²⁵

Amén de los aspectos orgánicos y subjetivos, la excepcionalidad del tribunal se ha fundamentado también en el carácter extraordinario del procedimiento que se sigue ante un determinado órgano. La referida nota, aunque se evidencia “sintomáticamente” relevante a los efectos perseguidos, no es, en modo alguno, decisiva, ya que, en primer lugar, y *a contrario sensu*, la ordinariedad formal del procedimiento

²¹ Vid. Kern, E. *Der gesetzliche Richter*, Berlín 1927, pp. 220 y 230.

²² Esta tendencia, generalizadamente existente en la doctrina, es recogida por Kern, E. *Der gesetzliche Richter*, Berlín 1927, p. 217.

²³ Vid. Kern, E. *Der gesetzliche Richter*, Berlín 1927, p. 220.

²⁴ Para Kern, E. *Der gesetzliche Richter*, Berlín 1927, p. 231, la duración “de la vida” del tribunal es insuficiente para definirlo como extraordinario.

²⁵ Aspecto este recogido por Kern, E. *Der gesetzliche Richter*, Berlín 1927, p. 224.

seguido ante un tribunal extraordinario (por la concurrencia en él de las notas vistas), no convierte a este en ordinario y, en segundo lugar, porque la extraordinariedad del procedimiento califica y define a este, debiendo analizarse, además, si ello es indicio de la no ordinariedad del tribunal. A este último respecto, y a mayor abundamiento, ha de reconocerse que también los tribunales especiales constitucionalmente previstos y, por tanto, no excepcionales, siguen un procedimiento (también) especial y distinto del común, y no por ello se definen como excepcionales. Ciertamente ha de distinguirse entre especialidad y excepcionalidad competencial; pero, en cualquier caso, de lo apuntado se infiere que el criterio no es en absoluto válido ni suficientemente claro a estos efectos.²⁶

Tras el análisis efectuado, hemos de concluir que los rasgos esencialmente definidores de los tribunales de excepción atienden a su arbitraria creación por norma ilegal, con carácter *ex post, ad hoc*, y con manifiesta ausencia de independencia.²⁷

Ahora bien, lo relevante de la concurrencia de (alguna o todas) las notas aludidas, excede de la simple formalidad de su presencia, erigiéndose las mismas, desde un punto de vista material, en judicial consolidación de la desigualdad, ya que el órgano judicial así configurado es creado con el ánimo de aportar un tratamiento vinculantemente desigualitario, en atención a determinadas materias o personas, y con evidente detrimento del principio de igualdad constitucional.²⁸ Su traducción material supone, por tanto, la imposibilidad de instaurar discriminaciones entre los ciudadanos, operadas mediante arbitrarias atribuciones de jurisdicción.

Ejemplificativamente nos encontraríamos en este supuesto, si se procediera a la institución de un tribunal para juzgar supuestos concretos o individuales, y no para conocer de la generalidad de los casos esencialmente iguales. De ahí que una de las notas definidoras de los tribunales excepcionales sea, precisamente, su establecimiento con carácter *ad hoc*, y su atribución de jurisdicción con particularidad, todo ello con evidente violación del principio de igualdad, en su dimensión de aportación de un tratamiento igualitario.²⁹ A este respecto, se concibe como excepcional

²⁶ Vid. Kern, E. *Der gesetzliche Richter*, Berlín 1927, p. 224, alude el autor a la existencia de una estrecha relación entre composición extraordinaria y procedimiento extraordinario, si bien recuerda que ni la composición distinta de la ordinaria ni el procedimiento diverso del común son suficientes para calificar un tribunal como extraordinario, porque estas notas también están presentes en los tribunales especiales.

²⁷ Vid. Kunig, P. *Grundgesetz-Kommentar, Herausgeben von Ingo von Münch*. Verlag. C.H. Beck, p. 621. Destacan, a este respecto, algunos esfuerzos doctrinales tendentes a sintetizar una definición de lo que los tribunales de excepción sean. De este modo, perfila Kern al tribunal de excepción, como aquel existente al margen de la organización judicial ordinaria, que es creado *ex novo* mediante la infracción de las reglas jurisdiccionales, con el objetivo de juzgar un caso histórico, individualmente determinado o la mayoría de tales casos. Vid. Kern, E. *Der gesetzliche Richter*, Berlín 1927, pp. 231-232.

²⁸ Vid. Rinck, H-J. "Gesetzlicher Richter, Ausnahmegericht und Willkürverbot", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, Heft. 36, pp. 1653, alude al concepto de arbitrariedad como útil a los efectos de definir lo que los tribunales de excepción sean, recuerda también la vinculación entre el principio general de igualdad, recogido en el Art. 3.1 GG, y la prohibición de crear tribunales de excepción.

aquel tribunal cuyo ámbito jurisdiccional esté reglamentado en atención a criterios o aspectos que desconozcan o excluyan la tendencia a la generalización.

No obstante lo afirmado, es menester extremar la cautela en este punto, ya que cabe la posibilidad de que existan tribunales que, adoptando externamente la forma de generalidad, encubran en lo interno atribuciones jurisdiccionales discriminatorias y, en esta medida, constitutivas de tribunales de excepción; entre los distintivos o características personales y objetivas que sirven como termómetro para valorar la excepcionalidad de un tribunal, se encuentran las mencionadas en el art. 3.3 GG: sexo, ascendencia, raza, lengua, patria, procedencia, ideas, opiniones religiosas y políticas.³⁰

Definido lo que los tribunales de excepción sean, es necesario distinguirlos de aquellas otras figuras conceptualmente próximas y por doctrina aproximadas. En este punto se evidencia que a los tribunales de excepción se oponen, por un lado, los tribunales ordinarios, concebidos como aquellos creados por ley, con anterioridad y generalidad; y, por otro lado, los tribunales especiales, entendidos como aquellos creados con carácter previo y general,³¹ pero con una específica determinación competencial.

3. EL DERECHO AL JUEZ LEGAL

3.1. *Concepto de juez legal*

El concepto de juez legal remite, primero, a la legal creación y atribución de jurisdicción al órgano y al juez refiriéndose, posteriormente, a la determinación legal de la competencia de éstos, operada por ley,³² previa³³ (excluyente de la norma

²⁹ Vid. Bockelmann, P. "Strafprozessuale Zuständigkeitsordnung und gesetzlicher Richter", *Festgabe für Eduard Kern 70. Geburtstag* 13. Oktober, 1957, pp. 358-359.

³⁰ Recoge Kellermann, H.H. *Probleme des gesetzlichen Richters unter besonderer Berücksichtigung der Grossen Strafverfahren*, Tübingen, 1971, p. 112, los planteamientos de Anshütz relativos a la vinculación del significado del principio de igualdad, con la prohibición de los tribunales de excepción. Vid. también de este autor y obra la nota a pie de página N° 206, donde afirma que un tribunal especial se convierte en excepcional cuando mediante su nombramiento se lesiona el principio de igualdad.

³¹ Vid. Bockelmann, P. "Strafprozessuale Zuständigkeitsordnung und gesetzlicher Richter", *Festgabe für Eduard Kern 70. Geburtstag* 13. Oktober, 1957, p. 359. Vid. Kern, E. *Der gesetzliche Richter*, Berlín 1927, p. 231, los tribunales de excepción se oponen a los tribunales ordinarios y a los tribunales especiales.

³² Vid. Marx, E. *Der gesetzliche Richter im Sinne von Arts. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz*, Berlín 1969, pp. 67-68. Tal determinación legal de la competencia se extiende desde su formulación constitucional, hasta la fijación última y concreta de la misma por normas infralegales —pero recondicionalmente legales—, excluyéndose, así, la norma ilegal. Vid. Kunig, P. *Grundgesetz-Kommentar, Herausgeben von Ingo von Münch*. Verlag. C.H. Beck, p. 627, según el autor, el art. 101.1.2 GG exige que la competencia se encuentre exactamente predeterminada a través de la ley, si bien el concepto de ley resulta difuminado, puesto que, junto a las leyes en sentido formal (fijadoras de la competencia objetiva, territorial y funcional), se alude también a los reglamentos y planes de distribución de tareas

ex post), general,³⁴ y garantizadora de la independencia del órgano y de la previamente necesaria imparcialidad del juez.³⁵

De lo afirmado se infiere, que el derecho al juez legal exige la presencia de las siguientes notas:

- Es necesario, en primer lugar, la constitucional creación, de forma previa y general, del órgano y del juez, y la consiguiente atribución de jurisdicción al órgano y al juez así creados. Lo afirmado no obsta para admitir que, si bien la Ley Fundamental precisa los órganos y jueces que merecen tal calificativo, es la ley ordinaria la que determina los tipos de órganos que pueden crearse en respuesta a tales exigencias constitucionales.³⁶
- La formulación del juez legal requiere, en segundo lugar, la distribución legal de la competencia al órgano y al juez³⁷ mediante ley previa, general y aportadora de independencia e imparcialidad, excluyente, por tanto, de la distribución competencial operada por norma ilegal, *ex post* y *ad hoc*.

dentro de los tribunales, aspectos estos últimos que igualmente determinan competencia. Vid. Kern, E. *Der gesetzliche Richter*, Berlín 1927, p. 170. En relación con la última y definitiva determinación de la competencia, operada por las normas de reparto o de distribución de trabajo, afirma este autor, en la p. 177, que la última condición del juez legal es que el tribunal esté compuesto o integrado con la persona o personas reglamentariamente establecidas, y que la distribución del trabajo se mantenga conforme a las disposiciones vigentes, ya que existiría una ilegítima distracción del juez legal, si el gobierno nombrara a un juez para el conocimiento de una causa concreta, cambiara a un juez por otro, o desplazara al juez de instrucción competente para el conocimiento de un asunto políticamente sensible, por otro juez de instrucción distinto (p. 187). Vid. Bettermann, K.A., "Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter", *Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Herausgegeben von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner, 3^{er} Band, 2 Halbband, Berlín 1959, p. 550.

³³ Se excluye así la intervención de normas que determinen la competencia de forma *ex post*.

³⁴ Vid. Rinck, H.-J. "Gesetzlicher Richter, Ausnahmegericht und Willkürverbot", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, Heft. 36, p. 1649. Vid. Bettermann, K.A., "Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter", *Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Herausgegeben von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner, 3^{er} Band, 2 Halbband, Berlín 1959, p. 561. Vid. Marx, E. *Der gesetzliche Richter im Sinne von Arts. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz*, Berlín 1969, p. 7.

³⁵ Para Marcelli, W. "& 210 StPO und der gesetzliche Richter", *Neuzeitsschrift für Strafrecht*. München, Jahr 6, Heft 2, Feb. 1986, p. 59, juez legal es el juez determinado de antemano, de forma abstracta. Vid. Schmidt-Bleibtreu, B., Klein, F. "Art. 101" *Kommentar zum Grundgesetz, unter Mitarbeit von Hans Bernhardt Brockmeyer*, 7. Auflage, 1990, pp. 1124. Vid. Kern, E. *Der gesetzliche Richter*, Berlín 1927, p. 160: el juez, en oposición a los órganos de la administración, ha de ser objetivamente independiente en sus decisiones, para ello es necesario que el juez sólo resulte vinculado a la ley, y no a órdenes dictadas con carácter particular o *ad hoc*, con vistas a un supuesto concreto. Vid. Marx, E. *Der gesetzliche Richter im Sinne von Arts. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz*, Berlín 1969, p. 1.

³⁶ Vid. Marx, E. *Der gesetzliche Richter im Sinne von Arts. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz*, Berlín 1969, p. 7.

³⁷ Sin perjuicio de admitir que la primera distribución competencial –siquiera genérica y subliminal–, la realiza la propia Ley Fundamental. Vid. Marx, E. *Der gesetzliche Richter im Sinne von Arts. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz*, Berlín 1969, pp. 17 y 18.

- Ha de recordarse este punto que, si en un primer momento la predeterminación de la competencia en sus dimensiones objetiva, territorial y funcional es materializada por la ley en sentido formal,³⁸ tal exigencia no puede llevarse hasta sus últimas consecuencias, puesto que, en último término, la determinación final de la competencia orgánica y subjetiva es realizada por normas de reparto o distribución del trabajo, esto es, por normas infralegales, que reductiva e involuntivamente deben resultar acordes con la legalidad constitucional.³⁹ Para la doctrina alemana, tales normas tienen la consideración de leyes en sentido material, ya que, si bien desde una perspectiva externa no adoptan la forma propia de la ley, su valor es materialmente asimilable a la misma.

3.2. *Concepto de tribunal especial*

El art. 101 GG., tras prohibir en su párrafo 1 los tribunales excepcionales y reconocer, a continuación, que todos tienen derecho al juez legal, establece en el art. 101.2 GG que “sólo por ley podrán ser instituidos tribunales para materias especiales”.

Tales órganos especiales son definidos como aquellos tribunales creados dentro de la legalidad,⁴⁰ e instituidos *a priori* para conocer de asuntos referidos a ámbitos abstracta y generalmente determinados.⁴¹

³⁸ Vid. Marx, E. *Der gesetzliche Richter im Sinne von Arts. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz*, Berlín 1969, pp. 28-29.

³⁹ En cuanto a la exigencia de generalidad y abstracción de las normas de distribución del trabajo, recoge Kellermann, H.H. *Probleme des gesetzlichen Richters unter besonderer Berücksichtigung der Grossen Strafverfahren*, Tübingen, 1971, p. 27, el planteamiento del BGH (Tribunal Supremo Federal). Según el Alto Tribunal, las normas de reparto han de operar la distribución antes del inicio del año judicial, con el objeto de evitar, en la medida de lo posible, que jueces determinados sean escogidos para determinados casos, puesto que el concepto del juez legal resulta integrado también por la exigencia de que el asunto resulte judicialmente atribuido “a ciegas”, en atención a características genéricas como, por ejemplo, el comienzo de las letras del apellido del acusado, el distrito de procedencia de éste, el último número de referencia en los autos, etc.

⁴⁰ Vid. Kunig, P. *Grundgesetz-Kommentar, Herausgeben von Ingo von Münch*. Verlag. C.H. Beck, pp. 642-643, se recuerda la existencia de una reserva de ley formal en la materia relativa a la constitución de tribunales especiales, cuyo fundamento o justificación radica en la experiencia del Nacionalsocialismo, en la que los órganos judiciales especiales se instauraban según el arbitrio del Ejecutivo, con las sabidas consecuencias. Por todo ello, se impone en la actualidad la exigencia de una reserva de ley formal comprensiva de los aspectos relativos al ordenamiento de la competencia objetiva, territorial y funcional, también en lo referente a la composición de los cuerpos jurídicos y a la reglamentación de la selección y nombramiento de los jueces. En cuanto a la reserva de ley, vid. Marx, E. *Der gesetzliche Richter im Sinne von Arts. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz*, Berlín 1969, pp. 63-64, los tribunales especiales son lícitos según el principio constitucional del art. 101. II GG., bajo la condición de que estos se organicen e instituyan por medio de una ley formal.

⁴¹ Vid. Schmidt-Bleibtreu, B., Klein, F. “Art. 101” *Kommentar zum Grundgesetz, unter Mitarbeit von Hans Bernhard Brockmeyer*, 7. Auflage, 1990, p. 1123.

Se trata, por tanto, de tribunales que, en el marco de su competencia, se sitúan en el lugar de los generalmente competentes y en los que, además, dicha competencia para el conocimiento de ciertos ámbitos o materias resulta previamente determinada por la ley.⁴²

Por otra parte, la legalidad constitucional de los tribunales especiales resulta condicionada a su adecuación a las exigencias de la Ley Fundamental, de forma que son infractores del art. 101 aquellos que no se ajusten a los requisitos de la Constitución, afirmación esta que resulta válida también para los tribunales especiales preconstitucionales.⁴³

Una cuestión relevante, a estos efectos, es aquella que pretende resolver la –no siempre nítida– distinción conceptual entre tribunales extraordinarios y tribunales especiales. Este aspecto es de vital importancia habida cuenta de que los primeros resultan absolutamente prohibidos por la Ley Fundamental *ex* art. 101.1 GG, mientras que los segundos están autorizados por la misma para ámbitos especiales, y siempre que respondan a las exigencias constitucionalmente impuestas.⁴⁴

De este modo, los tribunales de excepción están constituidos en discrepancia con la jurisdicción y competencia legal, y son instituidos para la resolución de determinados casos concretos y particulares. Los tribunales especiales, por contra, son creados legalmente para la resolución de un ámbito abstracto determinado de causas.⁴⁵

Por tanto, y según la doctrina alemana, la diferencia esencial entre tribunales extraordinarios y tribunales competentes especiales estribaría en que los primeros son arbitrariamente instaurados o instituidos con clara lesión al principio constitucional de igualdad recogido en el art. 3 GG, mientras que los segundos, siempre que se encuentren legalmente constituidos, atienden a la más prístina realización de la igualdad, verbalizada en el aforismo que exige tratar de forma diversa lo que no es esencialmente igual.

⁴² Así Kunig, P. *Grundgesetz-Kommentar, Herausgeben von Ingo von Münch*. Verlag. C.H. Beck, pp. 641-642. Vid. Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, “Band V arts. 92-146, Lieferungen 1 bis 35”, 1971, p. 4. En otro orden de cosas, debe precisarse, a este respecto, que la referencia a los tribunales especiales lo es, en concreto, a aquellos que instauren los Ländern, puesto que los tribunales especiales del Estado Federal quedan determinados ya *ex* art. 92 GG al disponer: “El Poder Judicial estará confiado a los jueces, siendo ejercido por el Tribunal Constitucional Federal, así como por los tribunales federales previstos en la presente Ley Fundamental y por los tribunales de los Ländern”.

⁴³ Vid. en este sentido, Schmidt-Bleibtreu, B., Klein, F. “Art. 101” *Kommentar zum Grundgesetz, unter Mitarbeit von Hans Bernhardt Brockmeyer*, 7. Auflage, 1990, pp. 1123. Asimismo, entiende Kunig, P. *Grundgesetz-Kommentar, Herausgeben von Ingo von Münch*. Verlag. C.H. Beck, p. 642. Vid. Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, “Band V arts. 92-146, Lieferungen 1 bis 35”, 1971, p. 3.

⁴⁴ Vid. Schmidt-Bleibtreu, B., Klein, F. “Art. 101” *Kommentar zum Grundgesetz, unter Mitarbeit von Hans Bernhardt Brockmeyer*, 7. Auflage, 1990, p. 1.123.

⁴⁵ Vid. Kunig, P. *Grundgesetz-Kommentar, Herausgeben von Ingo von Münch*. Verlag. C.H. Beck, p. 623. Vid. Rinck, H.-J. “Gesetzlicher Richter, Ausnahmegericht und Willkürverbot”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, Heft. 36, p. 1653, fundamenta la presencia de tribunales competencialmente especiales en la existencia de una sociedad industrial multiespecializada, y cada vez más necesitada de dotar de un tratamiento judicial más específico a los conflictos que surgen.

De todo ello se deduce, que los tribunales de excepción son tribunales inconstitucionales, por su clara contravención al principio de igualdad, y los tribunales especiales, en cuanto que no lesivos para dicho principio general, son constitucionalmente admitidos.⁴⁶

Puede decirse, a este respecto, que los tribunales excepcionales se diferencian de los especiales, en que aquellos atienden a una especialidad tendente a la particularidad objetiva y subjetiva (de casos y personas), mientras que estos toman en consideración una especialidad generalizable desde un punto de vista objetivo y subjetivo, resultando informados por la distinción entre igualdad y generalidad.⁴⁷

De todo ello se deduce que los tribunales especiales constitucionalmente previstos resultan, al igual que los ordinarios, fundamentados en la ley y que, por tanto, son tribunales legales al mismo modo de los ordinarios, si bien han sido creados en atención a determinadas especialidades competenciales.⁴⁸

3.3. *Contenido del derecho*

El contenido del derecho al juez legal puede ser contemplado desde una perspectiva orgánico-subjetiva y desde una perspectiva axiológica.

Por lo que se refiere a su dimensión *orgánico-subjetiva*, podemos afirmar que el término juez legal alude tanto al tribunal como unidad organizativa (esto es, en cuanto que “colegio de jueces”) como al juez llamado a resolver o decidir un caso concreto.⁴⁹

De ello se deriva, necesariamente, que todas aquellas circunstancias afectantes a la persona del juez que tengan una repercusión negativa para el art. 101, supondrán violación de dicho precepto.⁵⁰

No obstante lo afirmado, de la situación expuesta no se deriva la exigencia de una específica idoneidad del juez para conocer de un determinado caso, sino sólo la genérica idoneidad constitucional y legalmente estandarizada y exigida a los jue-

⁴⁶ Vid. Rinck, H-J. “Gesetzlicher Richter, Ausnahmegericht und Willkürverbot”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, Heft. 36, p. 1653. Vid. Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, “Band V arts. 92-146, Lieferungen 1 bis 35”, 1971, p. 4.

⁴⁷ Vid. Kern, E. *Der gesetzliche Richter*, Berlín 1927, pp. 223-224.

⁴⁸ Vid. Kern, E. *Der gesetzliche Richter*, Berlín 1927, pp. 163-165.

⁴⁹ Así lo entiende Hartwig, M. “Il gesetzlicher Richter di cui all’art. 101 p.1 del Grundgesetz”, *Consiglio Superiore della Magistratura e Associazione “Vittorio Bachelet”, Convegno su “Il principio di precostituzione del giudice”*, Roma, 14-15 febbraio 1992, p. 3. Vid. asimismo Rinck, H-J. “Gesetzlicher Richter, Ausnahmegericht und Willkürverbot”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, Heft. 36, pp. 1.651. A este respecto, el Tribunal Constitucional Federal afirmó, ya en su resolución de 24 de marzo de 1964, que juez legal a efectos del art. 101.1.2 GG, no es sólo el tribunal como unidad organizativa, sino también los jueces designados para dictar sentencia en el caso concreto. Vid. Kellermann, H.H. *Probleme des gesetzlichen Richters unter besonderer Berücksichtigung der Grossen Strafverfahren*, Tübingen, 197, p. 92 y 241.

⁵⁰ Vid. Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, “Band V arts. 92-146, Lieferungen 1 bis 35”, 1971, pp. 7 y 28.

ces;⁵¹ mantener un concepto distinto de idoneidad implicaría transitar de la aptitud a la particularidad (*ad hoc*) del juez así elegido.

Debemos poner de relieve, además, que la relevancia de la composición subjetiva del tribunal estriba en la honesta consideración de que es el juez, y no el órgano, quien en verdad interpreta la ley en uno u otro sentido, y resuelve en unos u otros términos. Ello impone la necesidad de que el juez resulte legalmente determinado de forma previa, abstracta y objetiva, ya que, según intervenga un juez u otro, se evidencia que la sentencia podrá ser una u otra y distinta, razón por la que debe ser evitada cualquier manipulación en la composición subjetiva del órgano, susceptible de encubrir una designación *ad hoc* del juez.⁵²

En atención a una *perspectiva axiológica*, puede decirse que la prohibición de crear tribunales extraordinarios se consagra como garantía institucional, mientras que el juez legal se perfila como un derecho equiparable a los derechos fundamentales.

De este modo se concluye, que mientras que la prohibición de crear tribunales excepcionales garantiza la independencia del Judicial, previa garantía de la división de poderes,⁵³ el derecho al juez legal tutela, en un primer momento, la independencia del órgano y del juez,⁵⁴ extendiéndose ulteriormente, a proteger la apriorística imparcialidad del juez,⁵⁵ garantías estas que sólo son posibles mediante la sumisión a la legalidad,⁵⁶ y cuyo fundamento último es la defensa de la igual-

⁵¹ Vid. Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, "Band V arts. 92-146, Lieferungen 1 bis 35", 1971, pp. 29 y 30.

⁵² Vid. Schmidt-Bleibtreu, B., Klein, F. "Art. 101" *Kommentar zum Grundgesetz, unter Mitarbeit von Hans Bernhardt Brockmeyer*, 7. Auflage, 1990, pp. 1125.

⁵³ Vid. Bettermann, K.A., "Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter", *Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Herausgegeben von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner, 3^{er} Band, 2 Halbband, Berlín 1959, p. 529, para Bettermann la independencia judicial se basa en el principio de división de poderes. Vid. Marx, E. *Der gesetzliche Richter im Sinne von Arts. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz*, Berlín 1969, pp. 4 y 5. Vid. Benda, E. Maihofer, W., Vogel, H.-J., Hesse, K., Heide, W., *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Manual de Derecho Constitucional*, 2^a ed. Madrid 2001, concretamente vid., Wolfgang Heyde, p. 792.

⁵⁴ En cuanto al concepto de independencia, y las fuentes de donde pueden provenir amenazas a la misma, vid. Bettermann, K.A., "Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter", *Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Herausgegeben von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner, 3^{er} Band, 2 Halbband, Berlín 1959, p. 525 y ss.

⁵⁵ Vid. Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, "Band V arts. 92-146, Lieferungen 1 bis 35", 1971, p. 7 y 18. Vid. Hamm, R. *Der gesetzliche Richter und die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit, unter besonderer Berücksichtigung des Strafverfahrens* (Inaugural Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte bei dem Fachbericht Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin), 1973, *op. inédita*, pp. 46-47 y 51, afirma el autor, que el principio de que nadie debe ser privado de su juez legal perdería todo el sentido y la finalidad de su reglamentación si, al mismo tiempo, no se hubiese considerado dicho principio como una protección directa de la independencia e imparcialidad judiciales.

⁵⁶ Vid. Bettermann, K.A., "Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter", *Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Herausgegeben von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner, 3^{er} Band, 2 Halbband, Berlín 1959, p. 531, reconoce que la independencia del juez radica esencialmente en la sumisión a la ley.

dad;⁵⁷ de ahí que la prohibición de crear tribunales de excepción se traduzca en prohibición de la desigualdad,⁵⁸ y el derecho al juez legal se traduzca en el derecho a la legalidad del juez.⁵⁹

El planteamiento expuesto parte de la toma en consideración de que, si bien lo deseable es alcanzar una justicia objetiva, fundamentada en las normas jurídicas, este *desideratum* no es fácilmente alcanzable a causa, por una parte, de la diversidad de personalidades y credos ideológicos que poseen los jueces y, por otra parte, del abanico de interpretaciones posibles que admiten las leyes, con lo que se constata, que la obtención de uno u otro pronunciamiento judicial está también en función del juez que lo dicta.⁶⁰ Lo afirmado refleja la superación de aquel planteamiento que defendía la fungibilidad del juez, quien, como mero autómatas de la legalidad,

⁵⁷ Alude Rinck, H.-J. "Gesetzlicher Richter, Ausnahmegericht und Willkürverbot", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, Heft. 36, p. 1649 y 1651, a la analogía existente entre el art. 101.1.2 GG y la interpretación del principio de igualdad general. En lo relativo al principio general de igualdad, y a su vinculación con el derecho al juez legal, vid. Kellermann, H.H. *Probleme des gesetzlichen Richters unter besonderer Berücksichtigung der Grossen Strafverfahren*, Tübingen, 1971, pp. 111 a 114, se refiere al juez legal como una especial manifestación del principio general de igualdad. Vid. asimismo, la nota a pie de página núm. 39, donde alude a cómo y, en su caso, con la vulneración de los principios de independencia del juez y del juez legal, resulta materializada la desigualdad de trato de los ciudadanos. Se recuerda, además, en la p. 139, en nota a pie de página núm. 57, que "la igualdad impera donde imperan las leyes".

⁵⁸ Vid. Rinck, H.-J. "Gesetzlicher Richter, Ausnahmegericht und Willkürverbot", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, Heft. 36, p. 1653.

En cuanto a la conexión esencial entre juez legal y principio general de igualdad, vid. Bruns, R. "Zur Auslegung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, Heft 41, p. 1885. Vid. Bettermann, K.A., "Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter", *Die Grundrechte., Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Herausgegeben von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner, 3^{er} Band, 2 Halbband, Berlín 1959, p. 556.

⁵⁹ Vid. Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, "Band V arts. 92-146, Lieferungen 1 bis 35", 1971, p. 7, afirman que el juez al que alude el art. 101, es el juez independiente y sometido exclusivamente a la ley *ex art.* 97 GG que, en concordancia con el art. 20, contiene el principio de legalidad de la autoridad judicial.

⁶⁰ Vid. Marx, E. *Der gesetzliche Richter im Sinne von Arts. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz*, Berlín 1969, p. 4, recoge el autor, en la p. 53, los planteamientos de Bettermann y del Tribunal Federal Constitucional, referidos a que el juez legal no es solamente el tribunal, sino también el juez o los jueces que lo integran. En cuanto a la relevancia de la persona del concreto juez para el sentido y contenido de la sentencia, vid. Kellermann, H.H. *Probleme des gesetzlichen Richters unter besonderer Berücksichtigung der Grossen Strafverfahren*, Tübingen, 1971, p. 64, destaca como, en un determinado momento hubo de reconocerse que la elección de los jueces dentro de la organización judicial podía influir en el pronunciamiento. Vid. Hamm, R. *Der gesetzliche Richter und die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit, unter besonderer Berücksichtigung des Strafverfahrens* (Inaugural Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte bei dem Fachbericht Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin), 1973, *op. inédita*, pp. 21 y 48 y ss, admite que la decisión judicial no es el resultado de una operación visible, ya que es producto de un fenómeno de conocimiento racional, pero también es un proceso psicológico dependiente de la misma personalidad del juez en particular; esto significa en la práctica, que una decisión judicial puede ser diferente según la persona concreta del juez. Se añade, así, una función específica al principio del juez legal: admitido que todo juez infiltra en el juicio un hilo de "parcialidad", es la causalidad el único factor que dirige o informa la distribución de parcialidades entre las partes.

llevaba a cabo una tarea de simple subsunción del caso en la norma jurídica para la obtención del fallo.⁶¹ Muy en contra de esta concepción presente en Montesquieu, se exige en la actualidad que la persona del juez resulte estocásticamente predeterminada mediante una vinculación “a ciegas” entre caso y juez que ha de conocerlo.⁶²

En otro orden de cosas, y como ya hemos adelantado, mientras la prohibición de crear tribunales excepcionales se configura como garantía institucional de la independencia del Judicial, el derecho al juez legal se conforma como un derecho equiparable a los derechos fundamentales,⁶³ y ello pese a su integración sistemática en un ámbito distinto del propio y específico de este tipo de derechos.⁶⁴

En este sentido se admite hoy, de forma incuestionable, que el catálogo de derechos fundamentales contenido en los arts. 1-19 de la Ley Fundamental no agota

⁶¹ Vid. Hamm, R. *Der gesetzliche Richter und die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit, unter besonderer Berücksichtigung des Strafverfahrens* (Inaugural Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte bei dem Fachbericht Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin), 1973, *op. inédita*, pp. 138-139: el juez no puede ser entendido como un autómatas de la subsunción que, partiendo de regulaciones legales, deduce únicamente soluciones o decisiones justas. Recuerda cómo la personalidad del juez es un componente fáctico de gran relevancia (e incluso decisivo), para el contenido y sentido de la sentencia.

⁶² Vid. Kellermann, H.H. *Probleme des gesetzlichen Richters unter besonderer Berücksichtigung der Grossen Strafverfahren*, Tübingen, 1971, p. 134. La independencia judicial conduce en ocasiones a que, ante casos similares, se obtengan resultados distintos, de ahí que el juez no sea igual al juez (pp. 221-222); el art. 97 GG. admite tácita o implícitamente, que cada juez, en el ámbito de su independencia, interpreta la ley en un sentido u otro, de modo que el resultado del proceso depende, en alguna medida, de la personalidad del juez. Si esto es así, se impone como especialmente necesaria la evitación de cualquier alteración discrecional de la persona del juez, dado que no existe homogeneidad judicial ni, por tanto, homogeneidad en la interpretación judicial de la ley, ello ha de conectarse, además, con la existencia de un creciente número de conceptos jurídicos indeterminados, necesitados de interpretación.

⁶³ Para Eser, A. “Il “giudice naturale” e la sua individuazione per il caso concreto”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1996, fasc. 2-3, p. 388, la configuración del derecho al juez legal como derecho fundamental, o como derecho asimilable a los derechos fundamentales, se traduce en un derecho subjetivo del individuo que debe ser tutelado frente a todo tipo de actos del poder público. Vid. Hamm, R. *Der gesetzliche Richter und die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit, unter besonderer Berücksichtigung des Strafverfahrens* (Inaugural Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte bei dem Fachbericht Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin), 1973, *op. inédita.*, p. 12. Vid. Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, “Band V arts. 92-146, Lieferungen 1 bis 35”, 1971, pp. 4 y 5.

⁶⁴ Vid. Kunig, P. *Grundgesetz-Kommentar, Herausgeben von Ingo von Münch*. Verlag. C.H. Beck, p. 621. En cuanto a la doble naturaleza de garantía institucional y derecho fundamental, vid. Marx, E. *Der gesetzliche Richter im Sinne von Arts. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz*, Berlin 1969, pp. 59-62. Concluye admitiendo el autor, en la p. 62, que el principio constitucional del juez legal presenta una doble naturaleza, así integra: una garantía institucional y un principio de organización judicial, por un lado, y un derecho fundamental de naturaleza procesal, por otro. Como principio de organización judicial y garantía institucional supone una protección constitucional para el juez, en cuanto que dotado de una aspiración iusfundamentalmente protegida a que el caso que de modo le corresponde *ex lege*, no le sea arrebatado; ahora bien, tal supuesto no configura un derecho fundamental del juez, sino una garantía institucional del mismo. Por otra parte, el art. 101.1.2 GG se conforma como un derecho fundamental procesal predicable y reconocible de cada parte.

todos los posibles, sino que existen otros preceptos donde también se recogen derechos de esta naturaleza, así, por ejemplo, en los arts. 33, 101 o 103 GG.⁶⁵ Su equiparabilidad resulta patente, además, si se tiene en cuenta que la violación de este principio puede ser denunciada e impugnada ante el Tribunal Constitucional mediante un recurso que únicamente puede ser interpuesto por violaciones de derechos fundamentales.⁶⁶

Una vez analizada la naturaleza del derecho al juez legal, parece oportuno traer aquí la –ya aludida– vinculación axiológica existente entre legalidad del juez, y garantía constitucional del principio de igualdad.

A este respecto, y como ha quedado evidenciado, el derecho al juez legal se traduce en tutela de la independencia e imparcialidad judiciales,⁶⁷ pretendiendo garantizar, asimismo, el principio constitucional de igualdad.⁶⁸

En atención a todo lo expuesto, el juez legal se entiende como materialización de la exigencia constitucional de igualdad recogida en el art. 3 de la Ley Fundamental y, más concretamente, es aplicación de dicho principio en el ámbito de la organización judicial, con proyecciones funcionales en la aplicación procesal de la ley.⁶⁹ La traducción práctica de este derecho, y de la referida conexión entre legalidad del juez e igualdad constitucional, significa que todas las partes personadas en una causa gozan del mismo acceso a los jueces y tribunales, sin que motivaciones relativas al caso concreto puedan influir en la selectiva determinación del juez.

La individuación de quién es el intérprete de la ley adquiere especial relevancia una vez abandonado el planteamiento de la claridad de la norma, y admitida la ontológicamente necesaria generalidad y abstracción legales, con la consiguiente

⁶⁵ Vid. Benda, E.; Maihofer, W.; Vogel, H.-J.; Hesse, K.; Heide, W., *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Manual de Derecho Constitucional*, 2ª ed. Madrid 2001, así lo afirma, concretamente vid., Hesse, p. 87.

⁶⁶ Vid. Hartwig, M. “Il gesetzlicher Richter di cui all’art. 101 p.1 del Grundgesetz”, *Consiglio Superiore della Magistratura e Associazione “Vittorio Bachelet”, Convegno su “Il principio di precostituzione del giudice”*, Roma, 14-15 febbraio 1992, p. 26. Una manifestación crítica, en cuanto a la no incorporación del art. 101 al catálogo de derechos fundamentales, puede encontrarse en Kunig, P. *Grundgesetz-Kommentar, Herausgeben von Ingo von Münch*. Verlag. C.H. Beck, pp. 643.

⁶⁷ Vid. Eser, A. “Il “giudice naturale” e la sua individuazione per il caso concreto”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1996, fasc. 2-3, p. 388. Vid. Kellermann, H.H. *Probleme des gesetzlichen Richters unter besonderer Berücksichtigung der Grossen Strafverfahren*, Tübingen, 1971, p. 221. Vid. Hamm, R. *Der gesetzliche Richter und die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit, unter besonderer Berücksichtigung des Strafverfahrens* (Inaugural Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte bei dem Fachbericht Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin), 1973, *op. inédita*, pp. 13 a 15 y 71.

⁶⁸ Para Hartwig, M. “Il gesetzlicher Richter di cui all’art. 101 p.1 del Grundgesetz”, *Consiglio Superiore della Magistratura e Associazione “Vittorio Bachelet”, Convegno su “Il principio di precostituzione del giudice”*, Roma, 14-15 febbraio 1992, p. 28, el requisito de establecer criterios abstractos y generales para la determinación del juez no sólo como órgano, sino también como persona física, tiende a realizar el principio de igualdad, piedra angular de todo el derecho.

⁶⁹ Vid. Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, “Band V arts. 92-146, Lieferungen 1 bis 35”, 1971, p. 8.

pluralidad de intelecciones jurisprudencialmente posibles y legalmente válidas, puesto que queda de manifiesto que el sentido de la resolución deriva o resulta condicionado, en alguna medida, por el sentir del juez.⁷⁰ Frente a la –ineludible– admisión de esta circunstancia, sólo cabe “prorratar” riesgos, mediante un sistema que, de forma casual, vincule al juez con el caso.⁷¹

Otro aspecto de incuestionable importancia en el tema que nos ocupa es el de su evolutiva extensión y operatividad. Así, si originariamente el principio del juez legal presentaba una formulación negativa, fundamentada en la literalidad constitucional, y traducida en que nadie podía ser distraído de su juez legal, esta dimensión ha sido doctrinal y jurisprudencialmente proyectada desde una perspectiva positiva, cifrada en que “todos tienen derecho a su juez legal”.⁷²

Precisamente atendiendo a este punto de vista positivo, el derecho al juez legal se traduce en el derecho fundamental a la independencia y previa imparcialidad judiciales garantizándose, asimismo, la igualdad ante la ley.⁷³

Por todo ello, y en conclusión, puede decirse que el juez legal opera como principio estructural de la justicia,⁷⁴ resultando axiológicamente coincidente con el

⁷⁰ Vid. Hartwig, M. “Il gesetzlicher Richter di cui all’art. 101 p.1 del Grundgesetz”, *Consiglio Superiore della Magistratura e Associazione “Vittorio Bachelet”, Convegno su “Il principio di precostituzione del giudice”*, Roma, 14-15 febbraio 1992, p. 28, estima que los jueces no son aparatos automáticos de interpretación que lleguen todos y en todo caso al mismo resultado, sino que este depende –pese a la sumisión de los jueces exclusivamente a la ley– también de la subjetividad, y sería el fin de la función pacificadora del derecho si esta debilidad fuera interesadamente utilizada para imponer a ciertas personas determinadas sentencias. Vid. Kellermann, H.H. *Probleme des gesetzlichen Richters unter besonderer Berücksichtigung der Grossen Strafverfahren*, Tübingen, 1971, p. 221, admite que la independencia judicial conduce, en ocasiones, a que en casos iguales la sentencia sea diversa. En estos supuestos “el juez no es igual al juez”, en el sentido de su fungibilidad.

⁷¹ Vid. Hartwig, M. “Il gesetzlicher Richter di cui all’art. 101 p.1 del Grundgesetz”, *Consiglio Superiore della Magistratura e Associazione “Vittorio Bachelet”, Convegno su “Il principio di precostituzione del giudice”*, Roma, 14-15 febbraio 1992, p. 29, entiende que el defecto del sistema radicado o consistente en la subjetividad del juez, puede venir compensado por el hecho de resultar distribuido casualmente, con una posibilidad igual para todos.

⁷² En lo relativo a la relación entre el art. 101.1.2 y 101.1.1 GG, vid. Marx, E. *Der gesetzliche Richter im Sinne von Arts. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz*, Berlin 1969, pp. 62-63. Vid. Kern, E. *Der gesetzliche Richter*, Berlín 1927, pp. 156-157.

⁷³ Vid. Kern, E. *Der gesetzliche Richter*, Berlín 1927, p. 152, estima que detrás de la prohibición de ser distraído del juez legal se encuentran las grandes ideas políticas y democráticas: así, la lucha contra el Absolutismo y su justicia de gabinete, la aspiración a la igualdad ante la ley, la realización del principio fundamental de la división de poderes en interés de la libertad, y el deseo de eliminar cualquier arbitrariedad y de evitar toda injerencia en la administración de justicia. Vid. Eser, A. “Der “gesetzliche Richter” und seine Bestimmung für den Einzelfall”, *Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin. Festschrift für Hannaskarl Salger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtsbofes*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1995, p. 250. (Publicado también como “Il “giudice naturale” e la sua individuazione per il caso concreto”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1996, fasc. 2-3).

⁷⁴ Vid. Bruns, R. “Zur Auslegung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, Heft 41, p. 1886.

derecho al juez constitucional⁷⁵ de forma que, mediante su actuación, se garantiza la realización efectiva o la materialización del Estado de Derecho, al imponerse la sumisión de la judicialidad a la legalidad.⁷⁶

3.4. Titulares del derecho

La titularidad del derecho al juez legal puede ser contemplada desde una doble perspectiva: activa y pasiva.

Por lo que se refiere a la dimensión activa, el derecho al juez legal se configura como aquel derecho subjetivo que asiste a las personas inmersas en un proceso judicial,⁷⁷ consistente en que su pleito sólo sea resuelto por un tribunal que reúna las características previstas en el art. 101.

Ha de precisarse, a este respecto, que titulares de los derechos subjetivos contenidos en el art. 101 son todas las personas, y no única y exclusivamente quienes ostenten la nacionalidad alemana, sino también los extranjeros,⁷⁸ inmigrantes, apátridas y, en otro orden de cosas, las personas jurídicas y asociaciones.⁷⁹

⁷⁵ En cuanto a la identificación del juez legal con el juez constitucionalmente exigido, vid. Marx, E. *Der gesetzliche Richter im Sinne von Arts. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz*, Berlín 1969, p. 18. Vid. Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, "Band V arts. 92-146, Lieferungen 1 bis 35", 1971, p. 3, el principio del juez legal asegura, sencillamente, la constitucionalidad estatal en el campo de la jurisdicción.

⁷⁶ Para Hartwig, M. "Il gesetzzlicher Richter di cui all'art. 101 p.1 del Grundgesetz", *Consiglio Superiore della Magistratura e Associazione "Vittorio Bachelet", Convegno su "Il principio di precostituzione del giudice"*, Roma, 14-15 febbraio 1992, p. 29, el principio del juez natural, además de un derecho fundamental, es, al mismo tiempo, un instituto que refleja de modo evidente el carácter del Estado de Derecho, al cual no se puede renunciar sin poner en cuestión todo el sistema judicial. Añade que el respeto al principio del juez legal guarda relación con el proverbio inglés que reza: "Justice must not only be done; it must also be seen to be done". Vid. Kern, E. *Der gesetzliche Richter*, Berlín 1927, p. 152, la prohibición de ser distraído del juez legal sirve para promover la confianza en la justicia, ya que la desconfianza impera donde existen manipulaciones arbitrarias en la composición subjetiva del tribunal.

Vid. Kunig, P. *Grundgesetz-Kommentar, Herausgeben von Ingo von Münch*. Verlag. C.H. Beck, p. 663. Vid. Marx, E. *Der gesetzliche Richter im Sinne von Arts. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz*, Berlín 1969, pp. 1-2, estima que el principio del juez legal sirve a la justicia, y verdaderamente a la justicia ciega, que es la forma más amplia de justicia en cuanto que (justicia) cuasi objetiva. Añade, que la igualdad de todos ante la ley se encuentra vinculada a la igualdad de todos ante el juez, resultando esta última constitucionalmente protegida mediante el principio constitucional del juez legal. De la vinculación con el principio de igualdad, y mediante la interacción con la independencia de los tribunales, y la conexión con el principio de la distribución de poderes, surge el art. 101.1.2 GG, como resultado y garantía de la regulación y el ordenamiento propio del Estado de Derecho.

⁷⁷ Vid. Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, "Band V arts. 92-146, Lieferungen 1 bis 35", 1971, p. 5, predica este derecho de las personas que intervienen en un proceso judicial.

⁷⁸ Vid. Bettermann, K.A., "Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter", *Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Herausgegeben von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner, 3^{er} Band, 2 Halbband, Berlín 1959, p. 557. Vid. Kern, E. *Der gesetzliche Richter*, Berlín 1927, p. 155, según el autor, cuando se afirma que nadie puede ser privado de su juez legal, se refiere tanto a los ciudadanos alemanes como a los extranjeros sometidos al derecho alemán.

⁷⁹ Vid. en este sentido, Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, "Band V arts. 92-146, Lieferungen 1 bis 35", 1971, p. 5. Vid. Hartwig, M. "Il gesetzzlicher Richter di cui all'art. 101 p.1 del

El derecho se extiende, por tanto, a las partes procesales,⁸⁰ incluyendo a los inculcados en los procesos penales, las partes civiles, la acusación particular, los intervinientes principales y los adhesivos, los coadyuvantes en el proceso administrativo, y todas aquellas que intervengan en el proceso, siempre y cuando persigan intereses propios jurídicamente protegidos, resultando excluidos, sin embargo, los testigos y peritos, los representantes procesales, etc.⁸¹

Si esto es así desde el punto de vista activo, atendiendo a la dimensión pasiva, el derecho es exigible:

Directamente, ante los tribunales y ante los jueces que los componen⁸² y, en su caso, ante el Tribunal Constitucional Federal.

Indirectamente, es reivindicable frente al Estado, quien asume la obligación de estructurar el organigrama constitucional de modo tal que resulte garantizada la independencia e imparcialidad judiciales.

3.5. *Naturaleza jurídica*

La problemática referida a la naturaleza jurídica del juez legal ya ha sido someramente analizada, no obstante se recuerda que, si bien desde el punto de vista sistemático-ubicacional, el principio del juez legal no se encuentra entre el elenco de derechos fundamentales recogidos por la Ley Fundamental (arts. 1 a 19), lo que impediría concebirlo como tal y le privaría de la protección constitucional inherente a estos derechos, el mismo resulta, sin embargo, indirectamente configurado de ese modo, ya que el art. 93 Abs. 1 N° 4 a, consagra el recurso de amparo constitucional previsto para aquellos casos en que los poderes públicos desconozcan alguno de los derechos fundamentales o, y esto es lo importante, cuando los ciudadanos resulten lesionados en alguno de los derechos contenidos, entre otros, en el art. 101.

Por ello se concluye que el derecho al juez legal posee, materialmente (si bien no desde un punto de vista formal) el mismo tratamiento y protección que un derecho fundamental, llegando a hablarse, en este sentido, de un derecho similar al

Grundgesetz”, *Consiglio Superiore della Magistratura e Associazione “Vittorio Bachelet”, Convegno su “Il principio di precostituzione del giudice”*, Roma, 14-15 febbraio 1992, pp. 26-27. Vid. Schmidt-Bleibtreu, B., Klein, F. “Art. 101” *Kommentar zum Grundgesetz, unter Mitarbeit von Hans Bernhard Brockmeyer*, 7. Auflage, 1990, pp. 1126. Predica Marx, E. *Der gesetzliche Richter im Sinne von Arts. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz*, Berlín 1969, pp. 107-108-109, el derecho a juez legal, tanto de alemanes como de extranjeros, llegando a concebirlo propiamente como un derecho del hombre, de modo que es extensible, también, a las personas jurídicas, y al propio Estado, cuando este sea parte en un proceso judicial.

⁸⁰ La Jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal existente en este punto es recogida por Hamm, R. *Der gesetzliche Richter und die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit, unter besonderer Berücksichtigung des Strafverfahrens* (Inaugural Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte bei dem Fachbericht Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin), 1973, *op. inédita*, p. 123.

⁸¹ Así Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, “Band V arts. 92-146, Lieferungen 1 bis 35”, 1971, p. 5.

⁸² Vid. Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, “Band V arts. 92-146, Lieferungen 1 bis 35”, 1971, pp. 8-9.

derecho fundamental,⁸³ de un derecho cuasifundamental, amén de otras expresiones análogas.

3.6. Consecuencias de la violación del principio del juez legal

Parece evidente que si el principio del juez legal se configura como aquella garantía institucional y aquel derecho fundamental protectores, de modo directo, de la independencia e imparcialidad judiciales, e indirectamente, de la igualdad constitucional consagrada, la violación del mismo y, por ende, la violación de los derechos en él implícitos debe suponer la más absoluta, radical y plena nulidad de lo actuado.⁸⁴

No obstante lo afirmado, alguna jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal y cierta doctrina han admitido que no existe tal vulneración, cuando la intervención de un juez distinto del legal se deba a un error, mientras que la contravención es evidente cuando no está fundamentada en el error procesal, sino en la manifiesta arbitrariedad.⁸⁵

4. CONTENIDO FORMAL

4.1. La reserva de ley formal

Como ha quedado analizado, el juez legal exige su determinación por ley previa y general,⁸⁶ para así garantizar su contenido material, esto es, la independencia y apriorística imparcialidad judiciales.

Nos centramos ahora, por tanto, en el contenido formal del derecho al juez legal, identificado con la exigencia de su anticipada determinación por ley formal,⁸⁷ si bien ha de admitirse que las fijaciones últimas de la competencia orgánico-

⁸³ Para Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, "Band V arts. 92-146, Lieferungen 1 bis 35", 1971, p. 5, este derecho subjetivo es un derecho semejante al derecho fundamental y está recogido en el art. 93 Abs. 1 N° 4°, de modo que su vulneración faculta para interponer recurso de amparo constitucional.

⁸⁴ Vid. Marx, E. *Der gesetzliche Richter im Sinne von Arts. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz*, Berlín 1969, p. 119-120. Vid. Kern, E. *Der gesetzliche Richter*, Berlín 1927, pp. 235-236.

⁸⁵ Por todos vid. Benda, E.; Maihofer, W.; Vogel, H.-J.; Hesse, K.; Heide, W., *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Manual de Derecho Constitucional*, 2ª ed. Madrid 2001, concretamente vid., Wolfgang, Heyde, p. 793.

⁸⁶ Vid. Bettermann, K.A., "Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter", *Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Herausgegeben von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner, 3^{er} Band, 2 Halbband, Berlín 1959, p. 561. Vid. Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, "Band V arts. 92-146, Lieferungen 1 bis 35", 1971, p. 12, la norma general y abstracta garantiza la seguridad jurídica, y es materialización del principio de igualdad, mientras que una norma concreta e individualizadora abre la posibilidad a resoluciones interesadas.

⁸⁷ En cuanto a la existencia de una reserva de ley, y al carácter formal de la misma, vid. Bettermann, K.A., "Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter", *Die Grundrechte*,

subjetiva sean operadas por normas infralegales que, aunque no son ley en sentido formal, han de ser acordes con la legalidad al resultar informadas por las notas de prioridad, generalidad⁸⁸ y aportación de independencia-imparcialidad.⁸⁹

La determinación final del órgano y del juez por norma infralegal se impone como una necesidad, dada la ontológica generalidad y abstracción que ha de presentar la ley. De este modo, es inviable que la fijación última del órgano competente –entre los varios existentes de un mismo tipo y potencialmente posibles–, y la individuación última del juez –entre los integrantes de un determinado órgano–, pueda llevarse a cabo mediante la intervención de la ley formal, siendo necesaria, por tanto, la participación de otras normas que, eso sí, han de resultar acordes con la misma.⁹⁰

Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Herausgegeben von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner, 3^{er} Band, 2 Halbband, Berlín 1959, p. 566. Vid. Eser, A. “Der “gesetzliche Richter” und seine Bestimmung für den Einzelfall”, *Straf- und Straferfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin. Festschrift für Hannaskarl Salger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes*, Köln, Berlín, Bonn, München, 1995, p. 250, (Publicado también como “Il “giudice naturale” e la sua individuazione per il caso concreto”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1996, fasc. 2-3). Vid. también, Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, “Band V arts. 92-146, Lieferungen 1 bis 35”, 1971, p. 6. Vid. Kunig, P. *Grundgesetz-Kommentar, Herausgeben von Ingo von Münch*. Verlag. C.H. Beck, p. 629. Asimismo vid. Marx, E. *Der gesetzliche Richter im Sinne von Arts. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz*, Berlín 1969, p. 7 y ss y 20-21.

⁸⁸ Vid. Bettermann, K.A. “Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter”, *Die Grundrechte., Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Herausgegeben von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner, 3^{er} Band, 2 Halbband, Berlín 1959, p. 555. Vid. Benda, E.; Maihofer, W.; Vogel, H.-J.; Hesse, K.; Heide, W., *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Manual de Derecho Constitucional*, 2^a ed. Madrid 2001, Wolfgang, Heyde, p. 792. Vid. Henkel, J. *England. Rechtsstaat ohne “gesetzlichen Richter”*, Berlin, 1971, p. 9, admitido que el principio del juez legal resulta también aplicable respecto de los jueces y tribunales, se exige que tanto la ley como el plan de distribución de trabajo o de asuntos determinen de antemano, y de forma tan clara como sea posible, quién será designado como juez competente en un caso determinado. Así, el art. 101.1.2 GG contiene, no solamente una exigencia de prioridad, sino también una reserva de ley. El derecho al juez legal debe evitar que los órganos del Estado y de la Administración de Justicia manipulen, en un caso concreto, la elección del tribunal, el colegio de jueces, o incluso la persona del juez sentenciador o competente y, a través de ello, y bajo ciertas circunstancias, influir en la configuración de los procesos, así como en el contenido de la resolución.

⁸⁹ Vid. Benda, E Maihofer, W., Vogel, H.-J., Hesse, K., Heide, W., *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Manual de Derecho Constitucional*, 2^a ed. Madrid 2001, concretamente vid., Wolfgang, Heyde, p. 792.

⁹⁰ En cuanto al concepto de ley formal y ley material en el constitucionalismo alemán. Vid. Benda, E.; Maihofer, W.; Vogel, H.-J.; Hesse, K.; Heide, W., *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Manual de Derecho Constitucional*, 2^a ed. Madrid 2001, p. 729 a 731. Vid. Kellermann, H.H. *Probleme des gesetzlichen Richters unter besonderer Berücksichtigung der Grossen Strafverfahren*, Tübingen, 1971, pp. 248-249. Vid. Marx, E. *Der gesetzliche Richter im Sinne von Arts. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz*, Berlín 1969, pp. 12 y 31 a 33, afirma que la distribución de tareas dentro de un tribunal se encuentra sujeta a reserva de ley, si bien no se trata de una reserva formal, puesto que por razones prácticas y técnicas la ley formal no es idónea o adecuada para la regulación de la competencia en el ámbito intrajudicial, dado que el Parlamento no está capacitado para determinar la distribución de asuntos en cada tribunal concreto. Vid. Kunig, P. *Grundgesetz-Kommentar*,

De lo dicho se deriva el escrupuloso respeto al principio de jerarquía normativa,⁹¹ exigiéndose además –y a efectos de garantizar la seguridad jurídica–, la publicidad de tales normas de reparto que, en cuanto manifestación del principio de autoadministración judicial,⁹² operen la distribución del trabajo entre los distintos órganos y jueces.⁹³

Herausgeben von Ingo von Münch. Verlag. C.H. Beck, p. 627, el art. 101.1.2 GG exige que la competencia esté efectivamente predeterminada a través de la ley. El concepto de ley alude aquí, junto a las leyes en sentido formal, a los reglamentos jurídicos y a las normas por las que se aprueban los planes de distribución de tareas. Recuerda el autor, en las pp. 639-640, que tales normas o planes de reparto deben reunir las siguientes notas: anualidad, prioridad, formulación conforme a criterios objetivos, así como previsión de aquellas circunstancias que pueden acarrear una sustitución del juez: enfermedad, vacaciones, etc.

⁹¹ Vid. Bettermann, K.A., “Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter”, *Die Grundrechte., Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Herausgegeben von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner, 3^{er} Band, 2 Halbband, Berlín 1959, pp. 549-550. Vid. Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, “Band V arts. 92-146, Lieferungen 1 bis 35”, 1971, p. 20, el reparto de tareas en el ámbito intrajudicial es cedido por el Legislador al Judicial. Motivos prácticos hacen inviable que el legislador regule, mediante leyes formales, la distribución de tareas dentro de un tribunal, en orden a la constitución del cuerpo judicial y de sus miembros. De ello se deriva que la preeminencia o preponderancia de la ley formal es improcedente en materia de reparto de tareas. Las normas promulgadas por el Legislativo precisan, para hacer determinable el juez llamado a resolver o decidir un caso concreto, de su complemento mediante un plan de distribución de tareas que está sujeto a las mismas exigencias que una ley formal, de este modo, el caso concreto debe vincularse al tribunal concedor, “a ciegas”, por así decirlo. Esto supone que tal distribución de asuntos debe operarse por medio de reglas objetivas y generales, sin atender a la persona, ni al caso concreto. Vid. Hartwig, M. “Il gesetzlicher Richter di cui all’art. 101 p.1 del Grundgesetz”, *Consiglio Superiore della Magistratura e Associazione “Vittorio Bachelet”, Convegno su “Il principio di precostituzione del giudice”*, Roma, 14-15 febbraio 1992, pp. 17-18. En cuanto a las consecuencias derivadas de la histórica inexistencia de normas de reparto, y a la manipulación que realizaba el Ejecutivo prevaleciendo de tal carencia. vid. Kern, E. *Der gesetzliche Richter*, Berlín 1927, pp. 177-178.

⁹² Vid. Kellermann, H.H. *Probleme des gesetzlichen Richters unter besonderer Berücksichtigung der Grossen Strafverfahren*, Tübingen, 1971, pp. 161-162. Vid. Benda, E Maihofer, W.; Vogel, H-J.; Hesse, K.; Heide, W., *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Manual de Derecho Constitucional*, 2^a ed. Madrid 2001, Wolfgang, Heyde, p. 792.

⁹³ Vid. Bettermann, K.A., “Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter”, *Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Herausgegeben von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner, 3^{er} Band, 2 Halbband, Berlín 1959, p. 552 y 561-562. Vid. Eser, A. “Der “gesetzliche Richter” und seine Bestimmung für den Einzelfall”, *Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin. Festschrift für Hannaskarl Salger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1995, pp. 251 y 253. (Publicado también como “Il “giudice naturale” e la sua individuazione per il caso concreto”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1996, fasc. 2-3, p. 389-390). Vid. Rinck, H-J. “Gesetzlicher Richter, Ausnahmegericht und Willkürverbot”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, Heft. 36, pp. 1651. Vid. Schmidt-Bleibtreu, B., Klein, F. “Art. 101” *Kommentar zum Grundgesetz, unter Mitarbeit von Hans Bernhard Brockmeyer*, 7. Auflage, 1990, p. 1128. Vid. Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, “Band V arts. 92-146, Lieferungen 1 bis 35”, 1971, p. 6, tras aludir a la existencia de una reserva de ley que impone la generalidad en la determinación del juez, reconocen que tal reglamentación general puede derivar de normas jurídicas de diferente rango.

Finalmente, y a modo de conclusión podemos afirmar que sólo con el cumplimiento de la legalidad del juez resulta materializado el derecho al juez legal en su esencial dimensión de principio estructural y realizador del Estado de Derecho.⁹⁴

4.2 *La irretroactividad de la ley en la determinación del juez legal*

Entre las notas –negativamente– definitorias de los tribunales extraordinarios o de excepción, y –positivamente– calificadoras del juez legal se encuentra, junto a la exigencia de ley general, la necesidad de que tal legalidad tenga un carácter previo.

Este imperativo de prioridad legal en la determinación del juez se erige en una cautela inherente al principio del juez legal que, de otro modo, no resultaría operativo frente al Poder Legislativo⁹⁵ quien, mediante la intervención de una ley posterior al caso, podría crear un órgano o un juez y atribuirle potestad jurisdiccional o, en un estadio ulterior, alterar la competencia judicial ya establecida, propiciando que la modificación *ex post* se traduzca en una determinación *ad hoc*.

No obstante lo afirmado, el ordenamiento alemán admite la modificación retroactiva de la competencia cuando la misma presente suficientes garantías de generalidad y resulte excluida, en consecuencia, la particularidad.⁹⁶

De lo dicho se infiere la existencia de ciertos límites para el Legislador, consistentes en la exigencia de una regulación general, que excluya cualquier injerencia o actuación particular o excepcional.

Existe, en este punto, una disparidad de tratamiento entre los ordenamientos jurídicos español e italiano y el sistema alemán, ya que, mientras aquellos prohíben

⁹⁴ Vid. Bruns, R. "Zur Auslegung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, Heft 41, p. 1887. Para el autor, es indudable que la metódica y entramada reglamentación de la competencia en todas las ramas de la justicia, incluida la distribución de asuntos dentro de los concretos tribunales, facilita y favorece la imagen del ordenamiento que constituye el propio Estado de Derecho.

⁹⁵ Vid. Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, "Band V arts. 92-146, Lieferungen 1 bis 35", 1971, p. 9. Existe un mandato para el Legislador, que sólo podrá constituir tribunales de forma respetuosa con la Constitución; no es suficiente, por tanto, con que los determine, sino que, además, debe hacerlo de forma previa.

⁹⁶ Vid. Bettermann, K.A., "Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter", *Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Herausgegeben von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner, 3^{er} Band, 2 Halbband, Berlín 1959, p. 572. Vid. Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, "Band V arts. 92-146, Lieferungen 1 bis 35", 1971, p. 11. A decir de los autores, las alteraciones legales, en general, no son utilizadas para la determinación del juez en un supuesto concreto; por ello, la modificación posterior de la ley no infringe, en principio, el derecho al juez legal, puesto que esta determinación posterior sólo sería inconstitucional cuando, de forma inusual, fuese efectuada en atención a un caso concreto. Consideran, asimismo, que las reorganizaciones lícitas del juez legal son pertinentes y pueden ser viables incluso con efecto sobre el proceso pendiente. Vid. Marx, E. *Der gesetzliche Richter im Sinne von Arts. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz*, Berlín 1969, p. 104. Vid. Hartwig, M. "Il gesetzliche Richter di cui all'art. 101 p.1 del Grundgesetz", *Consiglio Superiore della Magistratura e Associazione "Vittorio Bachelet"*, *Convegno su "Il principio di precostituzione del giudice"*, Roma, 14-15 febbraio 1992, p. 14.

con carácter general la individualización del juez operada de modo *ex post*, la Ley Fundamental Alemana concede un crédito de fiducia al Parlamento, cuyas decisiones vienen examinadas o censuradas solamente en casos excepcionales.

De este modo, el principio del juez legal se perfila, en los límites de la libre elección del legislador no sólo como obligación positiva de determinar la competencia del juez de modo exacto y claro, sino también como prohibición negativa de manipular la determinación del cuerpo judicial competente.

Así, en el ordenamiento alemán son admitidas las reformas competenciales, siempre y cuando vengan dotadas de un aura de generalidad que sea suficiente para evitar cualquier sospecha de particularidad. Críticamente hemos de afirmar que, en nuestra opinión, este último aspecto nos conduce a practicar un casuismo intolerable que, lejos de aportar una mayor seguridad jurídica, deja una puerta abierta a la lesión del derecho que nos ocupa, ello se revela, además, especialmente grave habida cuenta de los derechos que el principio del *gesetzliche Richter* tutela.

A tenor de lo expuesto, y como colofón final, hemos de concluir abogando por la incondicionada defensa de un principio imprescindible para tutelar la independencia y la previa imparcialidad judiciales y, por ende, para la efectiva realización de la libertad e igualdad formal ante la legalidad, en la forma postconstitucionalmente diseñada.

BIBLIOGRAFÍA

- BENDA, E./MAIHOFFER, W./VOGEL, H-J./HESSE, K./HEIDE, W., *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Manual de Derecho Constitucional*, 2ª ed. Madrid 2001.
- BETTERMANN, K. A., "Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter", *Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Herausgegeben von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner, 3^{er} Band, 2 Halbband, Berlín 1959.
- BOCKELMANN, P., "Strafprozessuale Zuständigkeitsordnung und gesetzlicher Richter", *Festgabe für Eduard Kern 70. Geburtstag* 13. Oktober, 1957, p. 357 y ss.
- BRUNS, R., "Zur Auslegung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, Heft 41, p. 1.884 y ss.
- ESCALADA LÓPEZ, M. L., "Originaria y actualizada conformación del juez ordinario prede-terminado por la ley", *Revista de Derecho Procesal*, N^{os} 1-3, año 2004, p. 247 y ss.
- ESER, A., "Der "gesetzliche Richter" und seine Bestimmung für den Einzelfall", *Straf- und Strafverfabrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin. Festschrift für Hannaskarl Salger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1995, p. 247 y ss.. (Publicado también como "Il "giudice naturale" e la sua individuazione per il caso concreto", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1996, fasc. 2-3).
- HAMM, R., *Der gesetzliche Richter und die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit, unter besonderer Berücksichtigung des Strafverfabrens* (Inaugural Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte bei dem Fachbericht Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin), 1973, *op. inédita*.

- HARTWIG, M., "Il gesetzlicher Richter di cui all'art. 101 p.1 del Grundgesetz", *Consiglio Superiore della Magistratura e Associazione "Vittorio Bachelet", Convegno su "Il principio di precostituzione del giudice"*, Roma, 14-15 febbraio 1992, p. 26.
- HENKEL, J., *England. Rechtsstaat ohne "gesetzlichen Richter"*, Berlín, 1971.
- KELLERMANN, H. H., *Probleme des gesetzlichen Richters unter besonderer Berücksichtigung der Grossen Strafverfahren*, Tübingen, 1971.
- KERN, E., *Der gesetzliche Richter*, Berlín 1927.
- KUNIG, P., *Grundgesetz-Kommentar, Herausgeben von Ingo von Münch*. Verlag. C.H. Beck, p. 621 y ss.
- MARCELLI, W., "& 210 StPO und der gesetzliche Richter", *Neuzeitsschrift für Strafrecht*. München, Jahr 6, Heft 2, feb. 1986, p. 59 y ss.
- MARX, E., *Der gesetzliche Richter im Sinne von Arts. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz*, Berlin 1969.
- MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, "Band V arts. 92-146, Lieferungen 1 bis 35", 1971, p. 1 y ss.
- PEDRAZ PENALVA, E., *Derecho Procesal Penal, T. I, Principios de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2001.
- PEDRAZ PENALVA, E., *Introducción al Derecho Procesal Penal (acotado al Ordenamiento Jurídico Nicaragüense)*, Managua, 2002.
- RINCK, H-J., "Gesetzlicher Richter, Ausnahmegericht und Willkürverbot", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, Heft. 36, p. 1.649 y ss.
- SCHMIDT, E., "Entspricht die Zuständigkeitsordnung in Strafsachen dem Satz vom "gesetzlichen Richter"? *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1958, Heft 10, p. 721 y ss.
- SCHMIDT-BLEIBTREU, B./KLEIN, F., "Art. 101" *Kommentar zum Grundgesetz, unter Mitarbeit von Hans Bernhard Brockmeyer*, 7. Auflage, 1990, p. 1121 y ss.