

La lucha por la consolidación de la independencia judicial en el ámbito interno de los tribunales en la organización del poder judicial de Alemania en los siglos XIX y XX

RESUMEN

En la Constitución del Reich de 28 de marzo de 1849 la orientación de protección del juez legal solamente se limitaba a las infracciones externas de la autonomía de los tribunales y de la independencia judicial. El tribunal preestablecido protege contra cualquier discrecionalidad cuando un caso llega al tribunal. La garantía de la Paulskirche protegió contra intromisiones en la justicia por nombramientos ad hoc de jueces específicos y contra otras intervenciones de los poderes ejecutivo y legislativo. Después de 1848/49, cuando las comisiones políticas cambiantes subvirtieron la organización judicial, se hizo patente que el ámbito interno del tribunal con respecto al reparto de asuntos constituía una parte integrante de la independencia judicial.

En los debates sobre la Ley de la Organización Judicial (LOJ) alemana se reconoció la necesidad de una integración de la independencia judicial en el ámbito interno del tribunal. Los §§ 62 y 63 de la Ley de Organización Judicial (LOJ) aseguran la autoadministración de la justicia en el ámbito interno del tribunal con la primacía de cuerpos sentenciadores permanentes y un reparto de asuntos autodeterminados. En el contexto del proyecto de ley resultó excluida la interferencia arbitraria de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. Sin embargo, el § 16 de la LOJ no tiene equivalente en la Constitución del Reich de 1871; en el artículo 105 de la Constitución de Weimar de 11 de agosto de 1919 solo se adaptó la orientación de protección en el ámbito externo del tribunal. La pretensión de mando totalitaria de los nacionalsocialistas erosionó la autogestión judicial, dirigiendo el reparto de asuntos y la composición de las salas con leales adjuntos. El denominado Tribunal del Pueblo (Volksgerichtshof) era el sím-

bolo de una justicia dependiente y atada a la política del partido. Después de la cesura de 1945, el nuevo artículo 101 párr. 1, f. 2 de la Ley Fundamental alemana incluye tanto el ámbito externo como interno del tribunal en la garantía del juez legal.

Los debates siguientes sobre la dotación de las salas ejemplifican la inclusión del ámbito interno del tribunal. En los sistemas de la organización judicial europeos no hay consenso entre los diferentes países sobre la inclusión del ámbito interno del tribunal. Además, la garantía del art.º 6.º, párr. 1, f. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) se limita al ámbito externo del tribunal. De esta manera, y de conformidad con la tradición constitucional europea, cuando uno de los estados contratantes infringe reglas nacionales en el ámbito interno, solo causa una violación del art.º 6.º párr. 1, f. 1 del CEDH si esta infracción resulta de una manipulación arbitraria de los juicios en sí y ofende la independencia judicial en sí misma.

PALABRAS CLAVE

Juez legalmente competente, independencia judicial, autonomía de los tribunales, asignación de casos y composición de las salas.

ABSTRACT

The protection scope of the guarantee of legally competent judges in the Imperial Constitution of March 28, 1849 was limited to external infringements with the courts' autonomy and the judicial independence. A pre-established court protects against any discretion when a case comes to court. Justice is done by ordinary courts and their judges governed by law. The Paulskirchen-guarantee protected against interferences with the judiciary by ad hoc-appointments of specific judges and against other interventions by the executive and legislative branches. The internal court organization concerning the allocation of cases and the composition of benches became evident to be an integrative part of the judicial independence after 1848/49, when shifting politically dependent commissions subverted the courts' organization.

In the debates of the German Judicature Act, the necessity of the expansion of judicial independence in the internal court organization was recognized. §§ 62 and 63 of the Judicature Act secure the judiciary's self-administration in the internal court organization with a primacy of permanent benches of judges and a self-determined allocation of cases. In the context of this bill, arbitrary interferences of the executive, legislative or judicial branch are prohibited. However, § 16 of the Judicature Act did not find an equivalent in the Reich's Constitution of 1871; in art. 105 Weimar Constitution of 11th August 1919 only the scope of protection in the court's external organization was adopted. It was the totalitarian claim for leadership of the National Socialists that eroded any judicial self-administration by directing the allocation of cases and the composition of benches with loyal adjuncts. The symbol of a dependent judiciary toed to the party's line was the so-called People's Court (Volksgerichtshof). After the caesura of 1945, the guarantee of art.º 101 s.º1.º ph. 2 Fundamental Law applies also to the internal sphere, requiring automatic predetermined abstractness for the judge adjudicating a case.

The following debates on the overstuffed benches exemplify the inclusion of the court's internal sphere within the German guarantee of legally competent judges. In the different judicial systems in Europe, there is no consensus on whether or not to include the court's internal organization into the guarantee of the legally competent judge. The guarantee of art. 6 s. 1 ph. 1 ECHR protects against external interferences, but does not apply to the inner-court organization. It is in accordance with the European constitu-

tional tradition, when a contracting state infringes national rules on the court's internal sphere, this will amount to a violation of art. 6 s. 1 ph. 1 ECHR only if this infringement turns out to be an arbitrary manipulation of the judgments themselves and to offend the judicial independence itself.

KEY WORDS

Legally competent judge, judicial independence, courts' autonomy, allocation of cases and composition of benches.

Recibido: 7 de abril de 2015.

Aceptado: 20 de abril de 2015.

SUMARIO: I. Introducción: el fondo de la protección al juez legal en el ámbito externo del tribunal como pieza complementaria de la independencia judicial; II. La introducción de la protección de la independencia judicial en el ámbito interno del tribunal por ley. II.1 La transición del cargo de juez unipersonal a comisiones cambiantes en la reforma judicial prusiana. II.2 La composición de las salas y el reparto de asuntos en el Tribunal Federal Supremo de Comercio de la Confederación alemana del Norte. II.3 La necesidad de complementar la independencia judicial en el ámbito interno del tribunal en las debates sobre la Ley de la Organización Judicial alemana de 1877. II.4 La falta de rango constitucional para la autogestión judicial. II.5 La infracción totalitaria de la autogestión judicial y la arbitrariedad de la justicia del nacionalsocialismo; III. La ampliación de la garantía constitucional al área interna del tribunal a partir de 1945: III.1 Génesis. III.2 La sobredotación de los cuerpos sentenciadores; IV. La falta de un acuerdo europeo sobre el ámbito interno del tribunal: IV.1 Epítome de Derecho Comparado. IV.2 La falta de una orientación de protección en el ámbito interno del tribunal en la garantía del artículo 6 párr. 1 f. 1 del CEDH. V. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN: EL FONDO DE LA PROTECCIÓN AL JUEZ LEGAL EN EL ÁMBITO EXTERNO DEL TRIBUNAL COMO PIEZA COMPLEMENTARIA DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

En el episodio *Knarrpanti* del Maestro Pulga de Ernst Theodor Amadeus Hoffmann se parodia la persecución judicial del «padre de la gimnasia», Friedrich Ludwig Jahn, por parte de la «Comisión prusiana para la investigación de los conexiones de alta traición y otras intrigas peligrosas» que evidencia la arbitrariedad del «control de la convicción» judicial en la época de la Restauración¹. El Consejero áulico Knarrpanti, Karl Albert von Kamptz, director de los

¹ La defensa de Friedrich Ludwig Jahn se centró en los reproches de derecho material contra su defendido y en la crítica de la parte introductoria de la orden de prisión en Küstrin motivada por quedar «fuera del departamento de su autoridad judicial ordinaria», *vid., al respecto*, SCHULZE,

servicios policiales prusianos, ordenó la detención del protagonista Peregrinus Tyß motivado por la recriminación que le hace éste de la detención de Jahn, aunque no faltaba ni un miembro de la fabulosa sociedad nobiliaria. Actuación motivada, como manifiesta el propio Knarrpanti en el original de Hoffmann, porque «averiguado el delincuente, se descubre el delito de manera automática»².

Aunque no le competía como Tribunal federal excepcional³, la investigación de las «intrigas revolucionarias» y las «conexiones demagógicas» ante la Comisión Central de Investigación maguntina⁴ se convirtió en «una injerencia en la independencia constitucional de la justicia [...] Todo esto es una justicia de gabinete o una opresión de la justicia autónoma mediante un poder anticonstitucional externo»⁵. Para el poeta e historiador Ernst Moritz Arndt la propia retirada de su proceso de los tribunales ordinarios prusianos, y su ulterior pase a la Comisión Inquisitorial Central, constituyó la causa principal de la arbitrariedad: «*Sobre la retirada de mis propios tribunales naturales, cuyos plazos atendieron comisiones*

Verteidigungsschrift für den Doktor der Philosophie Friedrich Ludwig Jahn, 1823, p. 1. Fn. 1: Ampliación, traducción y precisión del aspecto de la composición en Müßig, Ulrike: Der Kampf um die gerichtliche Selbstverwaltung in der Entstehungsgeschichte des GVG. Rechtskultur 1 (2012): p. 4-11.

² Meister Floh, 4. Abenteuer, Werke, 1822, en HOFFMANN, E. T. A. *Späte Prosa, Briefe, Tagebücher und Aufzeichnungen, Juristische Schriften, Werke 1814-1822*, ed. Gerhard Allroggen/Friedhelm Auhuber/Hartmut Mangold/Jörg Petzel y Hartmut Steinecke, Deutscher Klassiker Verlag, Fráncfort del Meno, 2004, p. 375.

³ La propia Comisión Central de Investigación maguntina como tribunal excepcional había fallado en contra de la oposición austriaca. El emperador Francisco I de Austria rechazó la instauración de un tribunal federal excepcional calificándolo de «*inquietante e injusto*» y apuntando que «*cada súbdito [tiene] derecho a ser juzgado según las leyes de su Estado o aquel donde ha cometido el crimen*», Allerhöchste Bemerkung von Kaiser Franz auf Vortrag Metternichs vom 1.8.1819 (Schönbrunn, 7 de agosto de 1819) cit. en BÜSSEM, E., *Die Karlsbader Beschlüsse von 1819, Eine endgültige Stabilisierung der restaurativen Politik im Deutschen Bund nach dem Wiener Kongreß von 1814/1815*, Hildesheim, 1974, p. 359. Vid., además, el Proyecto del ministro de Nassau Marschall para una decisión de la Asamblea Federal de ordenación de una comisión central de investigación, cit. en WELCKER, C. T. (ed.), *Wichtige Urkunden für den Rechtszustand der deutschen Nation, mit eigenhändigen Anmerkungen von Johann Ludwig Klüber, aus dessen Papieren mitgetheilt und erläutert von Carl Theodor Welcker*, 2ª edición inalterada, Mannheim, 1845. Hay una nueva impresión de Aalen, 1977, 2.ª sección, K, pp. 205 y ss. Vid., también, el catálogo de los procedimientos de FRIEDRICH ILSE, L., *Geschichte der politischen Untersuchungen, welche durch die neben der Bundesversammlung errichteten Commissionen, der Central-Untersuchungs-Commission zu Mainz und der Bundes-Central-Behörde zu Frankfurt in den Jahren 1819 bis 1827 und 1833 bis 1842 geführt sind*, Fráncfort del Meno, p. 22.

⁴ Con la competencia inquisitorial excepcional la Comisión maguntina ya aparecía como tribunal extraordinario. Vid., al respecto, PFEIFFER, B. W., *Practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft, Mit Erkenntnissen des Oberappellationsgerichts zu Cassel*, tomo III, Hannover, 1831, p. 426; SCHULZ, W. y WELCKER, C. T., *Geheime Inquisition, Censur und Kabinettsjustiz im verderblichen Bunde, Schlußverhandlung mit vielen neuen Aktenstücken über den Prozeß Weidig*, Karlsruhe, 1845, p. XIX.

⁵ Vid. WELCKER, C. T., *Politische Untersuchungen. Central-Untersuchungscommission in Frankfurt*, in SCHULZ y WELCKER, *Geheime Inquisition*, cit., p. 113. Vid., además, la descripción de la intervención por la autoridad federal central como «*contradicción aguda con la prohibición de todos los asesinatos jurídicos por la justicia de gabinete*», en *Beilage*, XXI (Beitrag zur Selbstständigkeit der deutschen Justiz), en SCHULZ y WELCKER, *Geheime Inquisition*, cit., pp. 322 y ss.

de gabinete especiales, es donde [...] aparentemente se encuentran los enemigos y oponentes como acusadores y jueces al mismo tiempo»⁶.

Igualmente, en el procedimiento contra el redactor del periódico Adolf Ludwig Follenius –comenzado en mayo de 1821 ante la Comisión Central de Investigación de Prusia–, la dependencia de los comisarios sujetos a las órdenes del poder político constituía un ejemplo más de arbitrariedad judicial⁷. Las experiencias durante la persecución demagógica⁸, con injerencias provenientes del ámbito externo del tribunal por parte de un poder ejecutivo de un Estado policial, marcan la orientación de protección del juez legal en los debates de la *Paulskirche*⁹. Así, el fondo de la protección al juez legal en la Constitución del *Reich* de Fráncfort y en las siguientes Constituciones de los Estados federa-

⁶ Carta Al Príncipe Canciller de Estado de 6 de octubre de 1821 (An den Fürsten Staatskanzler vom 6. October 1821) que incorporó una petición a la Comisión Inquisitorial Federal Central para ARNDT. Entre los perseguidos bajo el régimen policial de Metternich hay que destacar el poeta e historiador Ernst Moritz Arndt, el publicista Johann Joseph von Görres y el padre del movimiento de la gimnasia, Friedrich Ludwig Jahn.

⁷ Según el Informe de Rocholz, el acusado niega la competencia de la Comisión y demanda que «sea puesto frente su propio juez y un tribunal de jurados», en NEIGEBUR, J. D. F. (ed.), *Die Ergebnisse der Untersuchung in Bezug auf den Bund der Unbedingten oder der Schwarzen und die andern geheimen politischen Verbindungen in Deutschland bis zur Errichtung der Mainzer Commission*, Segundo Cuaderno *Geschichte der geheimen Verbindungen der neuesten Zeit*, Leipzig, 1831, p. 47.

⁸ Persecución demagógica (*Demagogenverfolgung*) es una noción utilizada con intención peyorativa por los contemporáneos aludiendo a la persecución de los miembros de los movimientos nacionalistas y liberales con base en el Auto del *Bundestag* de 20 de septiembre de 1819 por el que se aprobaron por unanimidad los Decretos de Karlsbad (*Karlsbader Beschlüsse*) para acabar con las «agitaciones revolucionarias»; *vid.* ERLER, A., «Demagogenverfolgung», en *HRG*, tomo I, Berlín, 1971, columnas 677, 679 y ss.

⁹ Los Decretos de Karlsbad llevaron a las persecuciones dogmáticas de catedráticos de universidad, periodistas y líderes estudiantiles, los cuales intervinieron públicamente a favor del movimiento liberal y nacional. De esta manera, el diputado Werner (de Coblenza) comenta la orientación de protección en contra de comisiones del artículo II párrafo 7 del Proyecto de derechos básicos en la 54.ª sesión de la Asamblea en la *Paulskirche*, *Boletín taquigráfico de la Asamblea Nacional*, segundo tomo, 54.ª sesión, de 3 de agosto de 1848, p. 1367: «¿Qué es exactamente lo que quieren decir las palabras del Comité: Nadie puede ser apartado de su juez legal; nunca se deben celebrar tribunales extraordinarios? Aplicando las palabras significan algo como: nadie puede ser apartado de su juez legal y habitual (...) Señores míos, en el año 1819, cuando la juventud académica que se entusiasmó por el honor; la libertad y la independencia de la Patria alemana, fue perseguida por la policía de los Estados alemanes, cuando hasta dignos profesores fueron arrastrados a las investigaciones –un ejemplo aquí nuestro honorable Arndt (...)– se tenía la opinión de que la sentencia en las investigaciones políticas contra los profesores y los jóvenes no se deberían retirar de los tribunales ordinarios, no obstante, se pensaba que sí se podían retirar las investigaciones mismas de los tribunales. Durante años estas se han prolongado en las manos de delegados del poder policial para remitirlos a los tribunales ordinarios para ser sentenciados: allí ciertamente no se retiraron a los acusados de los tribunales ordinarios, pero una comisión policial se apoderó de las personas, esquivando los tribunales, para tener provisionalmente el poder en sus propias manos, y no fue hasta haber realizado su obra y haber restringido el valioso bien de la libertad durante muchos años, cuando se les remitían a los jueces ordinarios. Por ende, no puede bastar con decir: todos tienen que ser remitidos a los jueces legales y habituales, si hay que decir claramente que es improcedente que cualquier comisión esté en el centro y que aplace la remisión del culpable a su juez, aunque solo sea un día».

dos¹⁰, que no entraron en vigor, era pieza complementaria de la independencia judicial. El juez legal exigía un tribunal organizativamente autónomo e independiente a los poderes ejecutivo y legislativo¹¹.

Esta interpretación de las garantías al juez legal como garantía del tribunal legalmente competente formuladas en los años 1848 y 1849 está confirmada ya en 1830 por Feuerbach en su trabajo *Se puede cambiar legalmente la organización del poder judicial de un estado constitucional por un decreto* donde formulaba, por vez primera, la reserva de ley en materia de organización judicial: «el juez natural ordinario es lo legal, es decir, el nombrado por la ley, en otras palabras, el juez que corresponde a cada súbdito establecido en las leyes sobre organización judicial y competencia de los tribunales; al que cada súbdito del Estado tiene derecho completo, nacido en leyes formales, autónomo a cualquier arbitrariedad, del derecho constitucional»¹². La orientación de la protección del derecho al juez legal solamente está concebida en el ámbito externo del tribunal como defensa contra las injerencias de los poderes ejecutivo o legislativo¹³. Antes de 1877 no existían tribunales sentenciadores diferenciados de los órganos de gobierno, ni tampoco un reparto de asuntos en el ámbito de la judicatura confiado a su autogestión¹⁴. Evidentemente, no se conocía la diferencia entre tribunal como entidad organizativa y juez como cuerpo sentenciador, como queda demostrado en el uso como sinónimo de las palabras juez y tribunal por Feuerbach¹⁵. Finalmente, desde los trabajos preliminares tendentes a la redacción de la Ley de la Organización Judicial prusiana¹⁶, la discusión sobre la durabilidad de los órganos

¹⁰ Vid. SANGMEISTER, B., *Grundsätzliches vom Bundesgerichtshof*, Neue Juristische Wochenschrift, 1995, p. 289; RIEDEL, J., *Das Postulat der Unparteilichkeit des Richters – Befangenheit und Parteilichkeit – im deutschen Verfassungs- und Verfahrensrecht*, Berlín, 1980, p. 225 y MÜSSIG, U., *Recht und Justizhoheit*, Berlín, 2009, pp. 307 y ss.

¹¹ Rudolf von JHERING, en su obra *Der Zweck im Recht*, tomo I, segunda edición revisada, Leipzig, 1884, p. 406, argumenta de la misma manera que «la Cámara Estrellada de Enrique VII y la Alta Comisión de Isabel en Inglaterra (...) han enseñado de forma (...) espantosa lo que les espera a los pueblos cuando el despotismo y la arbitrariedad absolutista eligen a sus jueces por sí mismos (...) En esto se basa el lado eminentemente político de la teoría de la jurisdicción y la competencia de los juzgados y tribunales».

¹² Vid. FEUERBACH, P. J. A. von, *Kann die Gerichtsverfassung eines constitutionellen Staates durch bloße Verordnungen rechtsgültig geändert werden*, en *Anselms von Feuerbachs Kleine Schriften vermischten Inhalts*, Nuremberg, 1833, pp. 178 y 206.

¹³ *Ibidem*, pp. 178 y 209: «Puesto que, según su vista principal, cada artículo, como lo dan las cartas constitucionales mencionadas encima, está apuntado hacia el por lo demás tradicional abuso del poder arbitrario, sea capaz éste mismo, para fallar seguramente, detrás de su propia apariencia jurídica, escoger a sus víctimas, entregarles con evitación de sus juzgados ordinarios, los cuales todavía, pero no en el caso presente, continuaron persistentes a los juzgados de la Comisión especial».

¹⁴ Al respecto, SCHORN, H. y STANICKI, H., *Die Präsidialverfassung der Gerichte aller Rechtswege, Eine Studie aus der Praxis für die Praxis*, Münster, 1975, p. 11.

¹⁵ FEUERBACH, «Kann die Gerichtsverfassung», cit., pp. 178 y 206.

¹⁶ *Reglamento sobre la supresión de la jurisdicción privada y del fuero eximido como también de la organización en otra parte de los tribunales* de 2 de enero de 1849, en *Recopilación de Leyes de los Estados Reales de Prusia*, 1849, núm. 1.

sentenciadores se fundó en la concepción de los tribunales como instituciones autónomas¹⁷.

II. LA INTRODUCCIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN EL ÁMBITO INTERNO DEL TRIBUNAL POR LEY

II.1 LA TRANSICIÓN DEL CARGO DE JUEZ UNIPERSONAL A COMISIONES CAMBIANTES EN LA REFORMA JUDICIAL PRUSIANA

En el bienio 1848-49 se hizo patente que la orientación de la protección de ámbito externo del tribunal de la garantía al juez legal, no era suficiente para garantizar la independencia judicial. La reforma judicial prusiana impulsada en 1849 documentó que en la constitución colegiada también se hacía indispensable y necesario establecer una protección de la independencia judicial en el ámbito interno de los propios tribunales¹⁸. La reforma introdujo en lugar del oficio permanente de juez unipersonal comisiones variables¹⁹, cuya composición incumbía al ministro de justicia o al presidente del tribunal como miembros pertenecientes a la administración judicial²⁰. Así, el ministro de justicia de Prusia pudo manipular las votaciones en los famosos procesos contra el diputado en la Paulskirche Oskar Heinrich Carlo, conde de Reichenbach²¹, en 1851 y contra el

¹⁷ Informe de la Comisión Imperial de Justicia de julio de 1876, en HAHN, K. (ed.), *Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, auf Veranlassung des Kaiserlichen Reichs-Justizamts, primer tomo: Die gesammten Materialien zu dem Gerichtsverfassungsgesetz und dem Einführungsgesetz zu demselben vom 27. Januar 1877*, 2. Abtheilung, Berlín, 1879, p. 953. La Comisión entendía que «como el tribunal no decide como tal, sino en secciones autónomas, la formación de estas secciones significa la formación de tribunales autónomos. Esa no puede, por razones importantes, recaer sobre el gusto de la administración, sino que hay que basarse en normas permanentes y legales». El presidente de la Comisión Imperial de la Justicia en el segundo debate en el pleno del Reichstag afirmaba «qué cámaras y senados que deciden independientemente son tribunales autónomos». Vid. también HAHN, *Materialien zum GVG*, 1879, tomo I, segunda parte, p. 1220.

¹⁸ La reforma judicial se sustentaba en la *Ordenanza sobre la supresión de la jurisdicción particular y del fuero privilegiado, así como sobre la distinta organización de los tribunales* de 2 de enero de 1849, en *Colección de Leyes para los Estados Reales Prusianos*, 1849, núm. 1 y en la *Ley referente a los suplementos a la ordenanza de 2 de enero sobre la supresión de la jurisdicción particular y del fuero privilegiado, así como sobre la distinta organización de los tribunales de 26 de abril de 1851*, en *Colección de Leyes para los Estados Reales Prusianos*, 1851, núm. 181. Fn. 18; se trata de una ampliación y precisión de la monografía *El juez legal*; Madrid, 2014; pp. 309 y ss.

¹⁹ Estas comisiones, como salas internas de los tribunales, no deben confundirse con las comisiones extraordinarias combatidas antes de 1848.

²⁰ La formación de las salas se llevaba a cabo anualmente para los asuntos civiles y, para los asuntos criminales -particularmente durante el conflicto constitucional prusiano-, caso por caso.

²¹ Oskar Heinrich Carlo, conde de Reichenbach (1815-1893), fue miembro del Pre-Parlamento de Fráncfort y de la Asamblea Nacional de Fráncfort por la circunscripción electoral de Oppeln, formó parte de la fracción de la izquierda *Deutscher Hof* y de la Asociación Central de Marzo. Acusado de alta traición, huyó a Londres a causa de su participación en el Parlamento de Tronco de Stuttgart.

político adscrito al partido nacional liberal Karl Twesten²² en 1865²³. En estos casos, no se reconoció ninguna competencia en la composición de las salas a los miembros de los tribunales ni se estableció autogestión judicial alguna.

El jurista y político alemán Rudolf von Gneist, considerando que «*la esencia de la organización judicial*» residía en «*la permanencia de los órganos judiciales*»²⁴, criticó la subversión de la organización judicial con las denominadas «*comisiones volátiles*»²⁵. Incluso Rudolf von Jhering advirtió en el capítulo VIII, *Die sociale Mechanik*, de su obra *Der Zweck im Recht (El Fin en el Derecho)* del talón de Aquiles que significaba, frente al poder del Estado, una independencia judicial que solamente se apoyaba en la mera organización judicial. Las reglas sobre jurisdicción y competencia judicial ordinaria pretendían proteger frente a la formación arbitraria de tribunales *ad hoc* o de la asignación de un asunto de naturaleza judicial a unos órganos ajenos a las instituciones judiciales, de ahí que Jhering afirmase que «*tiene su talón de Aquiles esta institución en la composición de los tribunales por el poder del Estado. Bien es verdad que éste no puede elegir a los tribunales, pero sí nombrar a los jueces*»²⁶. Según la explicación de Jhering, en consecuencia, la «*vinculación procesal en relación al tribunal puede ser paralizada mediante la facultad administrativa de nombramiento de los jueces –el poder estatal traslada a las personas que le resultan molestas a otro tribunal y las sustituye por otras más afines–. Entonces tiene el tribunal tal como quiere*»²⁷.

II.2 LA COMPOSICIÓN DE LAS SALAS Y EL REPARTO DE ASUNTOS EN EL TRIBUNAL FEDERAL SUPREMO DE COMERCIO DE LA CONFEDERACIÓN ALEMANA DEL NORTE

Antes incluso de los primeros trabajos para la redacción del Proyecto de Ley de Organización Judicial prusiana²⁸, la Ley que implantó el Tribunal Fede-

²² Karl Twesten (1820-1870) fue miembro de la Cámara de Diputados del Congreso de Prusia por el Partido Progresista, cofundador del Partido Nacional Liberal, miembro del *Reichstag* entre 1867-1870. Debido a su crítica de la justicia se iniciaron investigaciones judiciales y disciplinarias ilegales contra él que finalizaron con la condena a una multa y su paso del servicio judicial a la administración municipal de Berlín. Con su crítica a la Constitución prusiana en el escrito *Was uns noch retten kann* (1861), polemizó con el jefe del gabinete militar E. von Manteuffel.

²³ *Vid.*, detalladamente, JESSEN, H. (ed.), *Die deutsche Revolution 1848/49 in Augenzeugenberichten*, segunda edición, Múnich, 1976, p. 384; SCHÜTZ, W., *Einwirkungen des preußischen Justizministers auf die Rechtspflege, Ein Beitrag zur Geschichte des 19. Jahrhunderts*, Diss. iur., Marburg, 1970, pp. 150 y ss.; VOSSIEG, M., *Parlamentarische Justizkritik in Preußen 1847 – 1870*, Diss. iur., Kiel, 1974, p. 146. Acerca de la persecución masiva de 1851 en Prusia ERLER, A., «*Demagogieverfolgung*», en *HRG*, tomo I, Berlín, 1971, columnas 677, 679 y ss.

²⁴ GNEIST, R., *Verwaltung, Justiz, Rechtsweg*, Berlín, 1869, pp. 527 y ss.

²⁵ GNEIST, R., *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, segunda edición, Berlín, 1879, p. 227. Heinrich Rudolf von Gneist (1816-1895) fue miembro de la Cámara de Diputados de Prusia y uno de los líderes de la oposición liberal en el conflicto constitucional prusiano.

²⁶ JHERING, *Der Zweck im Recht*, cit., pp. 407 y ss.

²⁷ *Ibidem*, p. 407. Por lo que se refiere a la composición de las salas penales por decisión del ministro de justicia en caso particular para influir en el poder judicial en interés del gobierno, *vid.* también BOCKELMANN, P., *Geschäftsverteilung und gesetzlicher Richter*, JZ, 1952, pp. 640 y ss.

²⁸ Acerca del primer Proyecto prusiano de 1872 se puede consultar la obra de BIEBL, G., *Bayerns Justizminister v. Fäustle und die Reichsjustizgesetze. Ein Beitrag zum deutschen Födera-*

ral Supremo de Comercio para los Estados de la Confederación Alemana del Norte (BOHG-G), de 12 de junio de 1869, dejaba en manos del presidente del tribunal el nombramiento de los magistrados de las correspondientes salas de este precursor del Tribunal Supremo de Comercio del Imperio Alemán²⁹, concibiendo la tarea de reparto de asuntos judiciales como administración, pero sujeto al poder directivo de la administración de la justicia³⁰. Según el § 1 de la Ley de 1869, el Tribunal Federal Supremo de Comercio era un tribunal supremo de la Confederación Alemana del Norte³¹ a la que correspondía la competencia de sufragar los gastos y sueldos de su personal según el § 5 del BOHG-G³². Posteriormente, la Confederación Alemana del Norte sería sustituida por el Imperio alemán en 1871³³. En consecuencia, el Tribunal Supremo de Comercio no fue en su origen un tribunal de los Estados federales sino de la Confederación Alemana del Norte y, posteriormente, del *Reich*³⁴. Con este Tribunal se estableció una instancia judicial en el Imperio en materia de comercio (arts. 12 y 13 del BOHG-G) impulsada por la Constitución de Fráncfort de 1849. La Constitución de Fráncfort transfirió en su artículo 64 a la autoridad del *Reich* la competencia y la correspondiente tarea de la unificación legal en materia de Derecho civil, comercial, cambiario, penal y de procedimiento judicial³⁵. Además estableció la creación de un Tribunal del Imperio que, aparte de las competencias en el ámbito del Derecho público que le fueron atribuidas, también le asignaba

lismus in der Bismarckzeit, Münchener Universitätschriften, Juristische Fakultät, Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung 90, Ebelsbach, 2003, pp. 127 y ss.

²⁹ Vid. § 8 II de la Ley para la creación del Tribunal Federal Supremo de Comercio, en *BGBI*, 1869, p. 201, que preveía el arreglo de la composición de la sala con anterioridad para un año. Vid., al respecto, MÜSSIG, U., «Handelsrechtseinheit durch Höchstgerichtsbarkeit: Die Entstehung des Bundes- bzw. Reichsoberhandelsgerichts», en CORDES, A. y DAUCHY, S. (eds.), *Eine Grenze in Bewegung: Öffentliche und private Justiz im Handels- und Seerecht*, Schriften des Historischen Kollegs, Múnich, 2013, pp. 265-292.

³⁰ Título VIII, §§ 97-112 del Proyecto, en HAHN, *Materialen zum GVG 1879*, cit., pp. 14 y ss.

³¹ Art. 1, párrafo 1, del BOHG-G: «*Se establece un Tribunal Supremo para todos los Estados de la Confederación Alemana del Norte previsto para los casos en materia de comercio con competencia en todo el territorio federal y que llevará el nombre de Tribunal Federal Supremo de Comercio*».

³² § 5 del BOHG-G: «*Los gastos necesarios para el Tribunal Federal Supremo de Comercio son sufragados por el erario federal. Particularmente, todos los funcionarios empleados por el Tribunal Federal Supremo de Comercio son asalariados del erario federal con la consideración de funcionarios federales*». Acerca de los gastos y de los sueldos del personal vid. WINKLER, S., *Das Bundes- und spätere Reichsoberhandelsgericht. Eine Untersuchung seiner äußeren und inneren Organisation sowie seiner Rechtsprechungstätigkeit unter besonderer Berücksichtigung der kaufmännischen Mängelrüge*, Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichung der Görres-Gesellschaft 94 Paderborn, Múnich, Viena, Zúrich, 2011, p. 44.

³³ *Ibidem*, pp. 54 y ss.

³⁴ SOLBRIG, H., *Der Gedanke einer einheitlichen deutschen Gerichtsbarkeit im 19. Jahrhundert*, Breslavia, 1919, p. 95.

³⁵ Vid. WILLOWEIT, D. y SEIF, U., *Europäische Verfassungsgeschichte*, Múnich, 2003, pp. 562 y ss.; GETZ, H., *Die deutsche Rechtseinheit im 19. Jahrhundert als rechtspolitisches Problem*, Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlung 70, Bonn, 1966, pp. 122 y ss. y LAUFS, A., «Die Anfänge einheitlicher höchster Gerichtsbarkeit in Deutschland. Zur Gründung des Bundesoberhandelsgerichts vor hundert Jahren», en *Juristische Schulung* (JuS) 9 (1969), p. 257.

nuevas competencias en la esfera de la jurisdicción ordinaria, actuando en materia de derecho civil y penal como juzgado de primera instancia y no como tribunal de casación o federal supremo³⁶. Por tanto, no se creó como tribunal supremo común sino como tribunal constitucional³⁷. Este Proyecto no se desarrolló porque falló la aplicación de la propia Constitución de Fráncfort.

También la Constitución de la Unión de Erfurt, de 28 de mayo de 1849³⁸, basada en el intento prusiano de establecer una *Unión Alemana* en los años 1849 y 1850 a propuesta de Prusia, Sajonia y Hannover³⁹, preveía la creación de un Tribunal del Imperio como institución necesaria e irrefutable de una constitución de todos los territorios de Alemania⁴⁰. Pero tampoco se implantó debido a la oposición de los Estados de la Alemania del Sur y de Austria⁴¹. No obstante, aunque la Constitución de Fráncfort no entró en vigor era un significativo cambio de rumbo: el artículo 7.1.3 de la Constitución de Weimar de 1919 recogería, finalmente, el artículo 8, párr. 64, de la Constitución de Fráncfort.

Por otra parte, según el § 2 del BOHG-G el cuerpo judicial del tribunal se componía de un presidente, un vicepresidente y de un número necesario de jueces⁴². En el inicio de su actuación el Tribunal estaba compuesto por doce

³⁶ Arts. 125-129 de la Constitución del *Reich* de 28 de marzo de 1849, *vid.* WILLOWEIT y SEIF, *Europäische*, cit., pp. 578 y ss.; HUBER, E. R., *Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte seit 1789*, en *Der Kampf um Einheit und Freiheit 1830-1850*, tomo II, tercera edición, Stuttgart/Berlín/Colonia/Maguncia, 1988, p. 825.; KIRCHNER, H., *Das Ringen um ein Bundesgericht für den Deutschen Bund*, en *Ehrengabe für Bruno Heusinger*, editado por Roderich Glanzmann, Múnich, 1968, pp. 25 y ss. No salieron adelante más propuestas para atribuir nuevas competencias al Tribunal Imperial en el debate constitucional en la *Paulskirche*, *vid.* GETZ, *Rechtseinheit*, cit., pp. 124-126.

³⁷ *Vid.* EISENHARDT, U., *Zu den historischen Wurzeln der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland*, en Battenberg y Rainieri (ed.), *Geschichte der Zentraljustiz in Mitteleuropa. Festschrift für Bernhard Diestelkamp zum 65. Geburtstag*, Weimar, Colonia, Viena, 1994, pp. 257 y 261; SOLBRIG, *Gerichtsbarkeit*, cit., p. 65.

³⁸ HUBER, E. R., *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, en *Reform und Restauration 1789-1830*, tomo I, Stuttgart, Berlín, Colonia, Maguncia, 1975, pp. 551-559.

³⁹ *Ibidem*, pp. 534-540.

⁴⁰ «Berliner Denkschrift vom 11 Juni 1849», en *Aktenstücke betreffend das Bündnis vom 26. Mai und deutsche Verfassungs-Angelegenheit*, pp. 99 y ss.; KIRCHNER, *Das Ringen um ein Bundesgericht*, cit., pp. 26 y ss.; SOLBRIG, *Gerichtsbarkeit*, cit., pp. 76 y ss.

⁴¹ GETZ, *Rechtseinheit*, cit., p. 128 y HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., pp. 888 y ss.

⁴² § 2 del BOHG-G: «El Tribunal Federal Supremo de Comercio tendrá su sede en Leipzig y se compondrá de un presidente, uno o varios vicepresidentes y el número necesario de jueces». El Consejo Superior Judicial Real prusiano y el Consejero Exponente del Ministerio de Justicia, Dr. Pape, fue el presidente del Tribunal Federal Supremo de Comercio durante toda su existencia (1870-1879). Desde 1874 hasta su muerte en 1888 fue presidente de la primera Comisión para la elaboración del Código civil alemán (BGB); acerca de la importancia de esta ocupación *vid.* HENNE, T., *Rechtsharmonisierung durch das «Reichsgericht» in den 1870er Jahren. Startbedingungen, Methoden und Erfolge*, Fráncfort, 2001, pp. 189 y ss. Pasaron ambos vicepresidentes y la mayoría de los jueces (18 de un total de 24, los restantes 6 pasaron a la jubilación) al Tribunal Imperial en 1879, *vid.* WEISS, A., *Die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts in Strafsachen*, Marburg, 1997, pp. 119 y ss., le retiraron el cargo de presidente, que él aspiraba, a Pape por razones del poder político y animosidades personales; HENNE, *Rechtsharmonisierung durch, das «Reichsgericht»*, cit., pp. 341 y ss. La biografía de Pape en MERTENS, H. G., *Heinrich Eduard Pape*, en Stupperich, R. (ed.), *Westfälische Lebensbilder*, Veröffentlichungen der Historischen Kommission Westfalen, XVII A, Münster, 1975, pp. 153-171.

magistrados, ampliándose de manera continuada en los siguientes años ante el incremento de sus competencias territoriales y funcionales. En 1874 fue creado un segundo puesto de vicepresidente, ascendiendo el número de jueces a un total de veinticuatro en 1879⁴³.

El nombramiento del presidente, de los vicepresidentes y de los magistrados conforme al § 3 BOHG-G salió adelante «a propuesta del Consejo Federal por la Presidencia Federal», un cargo que ostentaba el rey de Prusia⁴⁴. Con el establecimiento del *Reich* su puesto fue ocupado por el Emperador, mientras el derecho de propuesta del Consejo Federal quedó inalterado⁴⁵. En el § 6 del BOHG-G quedaba regulada la cualificación de los miembros del Tribunal: podían ser jurisperitos que en su Estado federal podían ser miembros de algún tribunal supremo, o catedráticos ordinarios de alguna universidad alemana⁴⁶. En los §§ 23-26 del BOHG-G quedaban reguladas las protecciones de la independencia judicial, siendo el desempeño del cargo judicial vitalicio⁴⁷.

Por último, el § 8 del BOHG-G contemplaba la subdivisión del Tribunal en salas por decisión del propio Consejo Federal. Inicialmente, no se hizo uso de este precepto pero fue a partir de 1871 cuando quedó introducida la división en dos salas y, en 1874, en tres⁴⁸. Según el § 8 (2) del BOHG-G, la designación de los jueces de las distintas salas correspondía al presidente del Tribunal, nombramiento que era válido para un año judicial. Esta norma tenía por objeto prevenir

⁴³ El desarrollo de la organización judicial se puede consultar detalladamente en WINKLER, *Reichsoberhandelsgericht*, cit., pp. 35 y ss.

⁴⁴ Art. 11, párrafo 1, de la Constitución de la Confederación Alemana del Norte (vid. HUBER, *Dokumente*, cit., pp. 275, nota núm. 37). El nombramiento quedó contenido en el artículo 18, transfiriendo el derecho de propuesta al *Consejo Federal (Bundesrat)* al inicio de la participación y la importancia de la jurisdicción común para los diferentes Estados, se tradujo en los artículo 36 párr. 2 y artículo 56 párr. 1, vid. HUBER, *Dokumente*, cit., pp. 277 y 282.

⁴⁵ Art. 18 párrafo 1; artículo 36 párrafo 2 y artículo 56 párrafo 1 de la Constitución del Imperio Alemán, vid. HUBER, *Dokumente*, cit., pp. 390, 392 y 397, respectivamente.

⁴⁶ Como la ciencia jurídica alemana era percibida como uniforme, también los catedráticos universitarios ajenos al territorio federal podían ser nombrados para el Tribunal. Esto se basaba en una modificación introducida por el *Reichstag*, siendo el Proyecto sajón el que estableció una limitación a las universidades de los Estados federales. Vid., al respecto, GOTTER, R., «Der Entwurf des Gesetzes, betreffend die Errichtung eines obersten Gerichtshofes für Handelssachen», en *Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrechts*, 16 (1869) III-XXXI, p. XI. y WINKLER, *Reichsoberhandelsgericht*, cit., pp. 31 y ss.

⁴⁷ Al pleno del Tribunal le correspondía fallar sobre una posible destitución, la cual era considerada en el caso de una condena en firme por ciertos delitos, o la suspensión de sueldo y posible jubilación anticipada como Tribunal de última instancia. Vid., WINKLER, *Reichsoberhandelsgericht*, cit., p. 34 y HENNE, *Rechtsharmonisierung durch das «Reichsgericht»*, cit., p. 65.

⁴⁸ La división se efectuó según una «directiva para el proceso de asuntos dentro del Tribunal Federal Supremo de Comercio». El § 11 (1) BOHG-G encomendaba al Tribunal la reforma de su mismo su reglamento orgánico mediante una directiva orgánica que necesitó la aprobación del *Consejo Federal (Bundesrat)*. Conforme a los motivos del legislador, solamente normas administrativas, que no servían para formar una ley, podían ser objeto de la directiva; vid. MARSCHNER, G., *Die Einheit des Handelsrechts durch das Bundes-Oberhandelsgericht*, Leipzig 1870, p. 58. La directiva orgánica está contenida en ROHG-E 2, 7-19. La presidencia de la primera Sala la asumió el presidente del Tribunal y, en la segunda Sala, el vicepresidente, vid. WINKLER, *Reichsoberhandelsgericht*, cit., p. 45. Con efecto de 1 de septiembre de 1874 se creó una tercera sala, cuya presidencia la ostentó el segundo vicepresidente, nuevo cargo nombrado tras un cambio de la directiva.

una posible composición arbitraria del Tribunal en aras de la independencia judicial, siendo además competencia del presidente el reparto a las salas de los asuntos judiciales⁴⁹.

II.3 LA NECESIDAD DE COMPLEMENTAR LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN EL ÁMBITO INTERNO DEL TRIBUNAL EN LOS DEBATES SOBRE LA LEY DE LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL ALEMANA DE 1877

Próxima la publicación en 1877 por Jhering de la obra *El Fin en el Derecho*, comenzaron los debates en el Reichstag alemán del Proyecto de Ley de Organización Judicial el 29 de octubre de 1874⁵⁰. El Proyecto inicial ignoraba la necesidad de completar la independencia judicial en el ámbito externo del tribunal con un autogobierno en el ámbito que se contempló el reparto de asuntos en su ámbito interno. Dejaba la decisión sobre la estructura y composición de los cuerpos sentenciadores, y el reparto de asuntos, en manos de las audiencias provinciales, reconociendo a los tribunales regionales superiores la administración de justicia⁵¹.

El diputado y portavoz del partido nacional-liberal, Eduard Lasker, se opuso a la falta de cuerpos sentenciadores fijos y de autonomía en el reparto de asuntos judiciales por los tribunales en el debate del Proyecto presentado por el Consejo Federal. En la primera deliberación en el pleno los días 24 y 25 de noviembre de 1874, Lasker exigió establecer «*avales para una justicia independiente y esmerada (...) una determinación total del foro, delante de qué juez hay que recibir justicia; completa independencia de los jueces frente a las intromisiones*

⁴⁹ Un análisis de los motivos del legislador en materia de nombramiento de jueces para el BOHG-G en GOTTER, «Der Entwurf des Gesetzes», cit., p. XV: «*Motivos: para evitar un estancamiento de los asuntos y la necesidad de contratar nuevos/demasiados jueces, hay que prever la subdivisión de las salas. La composición de las salas por el presidente parece adecuada en aras de la independencia del tribunal*». En materia de reparto de asuntos judiciales, vid. WINKLER, *Reichsoberhandelsgericht*, cit., p. 81. En el fondo se imaginaba el reparto de los asuntos por el presidente como solución provisional, así como su sustitución por criterios objetivos en cuanto la experiencia necesaria permitió el desarrollo de tales criterios. Sin embargo, nunca se llevaron a cabo estos cambios. Además, el reparto por el presidente tenía como ventaja que se podían usar deliberadamente conocimientos especiales de algunos miembros del Tribunal y asegurar la organización homogénea de las salas.

⁵⁰ El Consejo Federal finalizó el Proyecto del LOJ el 12 de junio de 1874. Acerca de los antecedentes del Proyecto vid. KERN, E., *Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts*, 4ª edición, Múnich, Berlín, 1965, § 18, pp. 86 y ss. Sobre el carácter fragmentario de este Proyecto debido a competencia judicial de los Estados federales, siendo caracterizado, por ejemplo, el Proyecto de 29 de octubre de 1874 como «chapucero» por el ministro de la justicia prusiano Leonhardt, vid. HAHN, *Materialen zum GVG 1879*, cit., pp. 24 y s.; TOPHOFF, H., *Die Stellvertretung in den Kollegial-Gerichten nach dem deutschen Gerichtsverfassungsgesetze*, Hannover, 1914, p. 5 y BIEBL, *Bayerns Justizminister*, cit, pp. 101 y ss. El siguiente debate plenario en el que se discutió el Proyecto tuvo lugar del 24 al 27 de noviembre de 1874.

⁵¹ Vid. los Títulos 4 y 7 del Proyecto en HAHN, *Materialen zum GVG 1879*, cit., pp. 8 y ss. No obstante, el motivo básico de evitar injerencias en el poder judicial de los Estados federales está justificado por la motivación del Proyecto de gobierno del LOJ de 29 de octubre 1874.

desde arriba; una estructuración firme de aquellos tribunales que están llamadas a dictar sentencia»⁵². Porque, sigue Lasker, si no «de hecho se formará el tribunal por disposiciones de la administración; aunque los jueces tuvieran un empleo fijo en los tribunales y no se les pudiera retirar, sin embargo, dentro del tribunal sería la administración la que decidiese la composición»⁵³. Lasker recibió el apoyo del diputado Ludwig Windthorst⁵⁴. Para el diputado nacional-liberal Rudolf Gneist, la necesidad de garantías en el ámbito interno del tribunal, en forma de salas permanentes y de autogestión judicial, resultaba de «la doble naturaleza de nuestro sistema de justicia», en la cual «de un lado siempre se está únicamente administrando la justicia y, de otro, siempre se está únicamente haciendo justicia (...); nuestros tribunales, en parte, son elementos del Poder ejecutivo, en parte organismos independientes. Nuestro sistema de justicia está basado desde siempre en una estricta separación entre la celebración de un juicio y dictar sentencia, entre administración de justicia y jurisdicción, entre *imperium e iurisdictio* en nuestro sentido alemán»⁵⁵. Gneist justificó la vinculación de la administración de los tribunales a la propia jurisdicción, separándola de la administración de justicia, al entender que la naturaleza de la permanencia de la judicatura y el nombramiento de las salas era una cuestión atinente al ámbito interno del tribunal: «La cuestión de la naturaleza permanente de la judicatura y del nombramiento adecuado nunca ha pertenecido a la administración de justicia (...). La cuestión que forma parte de un nombramiento adecuado del tribunal es, sin embargo, un asunto de la jurisdicción y nunca ha dependido de las regula-

⁵² HAHN, *Materialen zum GVG 1879*, cit., p. 206. Lasker formuló críticas contra las diputaciones y comisiones formadas en la reforma de justicia de Prusia después de 1849: «¿y quién no sabe que allí en los debates sobre el proceso político se ha reconocido que, aunque el juez individual sea inflexible, sin embargo era fácil elegir las personas para la composición de los colegios de tal manera que parezca oportuno a la administración para sus respectivos fines?». Con el ejemplo del traslado interno desde el Tribunal de jurados al departamento tutelar, Lasker nos ilustra comentando: «¿No tenemos competencia para estructurar firmemente a los tribunales, no tenemos competencia para garantizar protección contra el abuso que la administración de justicia en cada momento, está en una posición para cambiar la composición de los tribunales, no en su calidad de tribunales, pero sí en los diferentes colegios?». Resumiendo, Lasker formuló su petición de una estructura firme del principio colegial no estando de acuerdo «con una organización en la cual la administración de justicia tiene la facultad de cambiar la composición de los colegios permanentemente o periódicamente». *Ibidem*, p. 207.

⁵³ Los motivos de la moción de Lasker sobre los Títulos 4 (Audiencias provinciales –*Landgerichte*–) y 7 (Audiencias territoriales –*Oberlandesgerichte*–), en HAHN, *Materialen zum GVG 1879*, cit., p. 570.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 224. Ludwig Windthorst estaba de acuerdo con Lasker en «que no se puede permitir que un hombre sólo –es decir, el presidente como órgano de la administración territorial de la justicia–, influyera en la composición del tribunal en cada caso o aunque sólo fuese en una serie de casos (...) La formación de la sala tiene que hacerse *vi legis*, según un reglamento fijo, no por el presidente, ni por el ministro de justicia». Acerca de Ludwig Windthorst, *vid.* SELLERT, W., *Ludwig Windthorst als Jurist: «Der Weg des Rechts ist der einzige Weg der zum Ziele führt»*, Gotinga, 1991, pp. 10 y ss. 1812-1891. Windthorst en 1862 fue nombrado ministro de justicia de Hannover y, desde 1867, miembro del Reichstag, siendo considerado el adversario parlamentario más importante de Bismarck. *Vid.* ANDERSON, M. L., *Windthorst, Zentrumspolitiker und Gegenspieler Bismarcks*, Düsseldorf, 1988.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 231.

ciones ministeriales o de la legislación territorial. Los soberanos alemanes, mientras ejercen la justicia, han estado desde siempre obligados a nombrar sus tribunales acorde con los principios generales de las leyes del Reich y del *Ius Commune*, y no conforme a los principios de sus ministros de justicia y de sus administradores de justicia del momento»⁵⁶. En consecuencia, para Gneist era evidente «que la cuestión del nombramiento del tribunal es absolutamente inseparable del sistema de disposiciones judiciales»⁵⁷, que no es posible una reordenación legal de los fueros y las competencias «si no se dieran al mismo tiempo las garantías para la inamovilidad, la independencia política del personal judicial (...), si en la Alemania unida siguieran existiendo comisarios y comisiones móviles bajo el nombre de judicatura»⁵⁸.

En el primer debate de la comisión parlamentaria competente, denominada Comisión Imperial de la Justicia, que actuó entre el 25 de abril 1875 y el 16 de febrero de 1876⁵⁹, Lasker solicitó que la composición de las salas permanentes (senados)⁶⁰ recayese en una comisión compuesta por el presidente del tribunal,

⁵⁶ *Ibidem*, p. 231. Vid., también, pp. 231 y ss.: «Creo, señores míos, que nuestro personal judicial se convencerá de que nunca podremos separar los elementos esenciales de la administración de la justicia de la legislación territorial y la soberanía territorial, pero que, sin embargo, también podemos tener la esperanza en el lado de los gobiernos aliados, que los señores ministros de justicia estén inclinados a dejar que siguen vigentes los viejos y correctos límites de sus propias competencias». Vid. también p. 1040 donde Gneist, en *Protokolle der Justizkommission*, defendía que «la audiencia provincial (*Landgericht*) [y los demás tribunales colegiales] en conjunto, si es objeto de la administración del presupuesto, únicamente forman el colegio judicial; por ende, hay que exigir que sean precisamente las salas las que ofrezcan las plenas garantías de la independencia, no pudiéndose consentir que la composición de las mismas sea un asunto administrativo».

⁵⁷ *Ibidem*, p. 231.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 231. Vid. también, pp. 249 y ss. La opinión del delegado de Wurtemberg, Römer, la tenemos en HAHN, *Materialen zum GVG 1879*, cit., pp. 249 y ss.: «La aplicación de la uniformidad del derecho condiciona también la independencia uniforme de forma esencial». Según la opinión de Römer es la ampliación de la estructura fija de las salas del Tribunal Superior del Reich a los tribunales colegiales subordinados lo que garantiza el pleno alcance de la independencia judicial.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 274 y ss. La Comisión imperial fue implantada por la Ley referente a la tramitación de los proyectos de una Ley Orgánica de la Justicia, una Ley de Enjuiciamiento Criminal y una Ley de Procedimiento Civil, así como las respectivas leyes introductorias de 23 de diciembre de 1874. Ley que fue acordada por moción de Lasker, entre otros, el 23 de noviembre de 1874, en *Ibidem*, p. 270. Los debates de la Comisión se pueden consultar entre las sesiones del Reichstag. La relación de los miembros de esta XI.^a Comisión del Reichstag, en *Ibidem* cit., pp. 274 y ss., nota 1. La primera lectura de los Proyectos de las Leyes judiciales del Reich en la Comisión Imperial de la Justicia comenzó el 26 de enero de 1875, no iniciándose las deliberaciones sobre el Proyecto de la LOJ hasta la 89.^a sesión, el 25 de abril de 1875. Más detalladamente sobre la formación de las comisiones en BIEBL, *Bayerns Justizminister*, cit., pp. 216 y ss.

⁶⁰ Moción de Lasker a los Títulos 4 (Audiencias provinciales –*Landgerichte*–) y 7 (Audiencias territoriales –*Oberlandesgerichte*–), II, núm. 2: «Al establecer los tribunales por primera vez que los miembros de los mismos se repartirán en las diferentes salas (senados)». La permanencia de las salas queda destacada por la regulación de los miembros permanentes de las salas, las sustituciones y sucesores de antemano para el año judicial, prevista en la moción de Lasker II núm. 4 2.^a sección, párr. 3: «De la misma forma la comisión nombra cada año, antes de empezar el año judicial, los miembros permanentes y sus sustitutos necesarios en caso de impedimento de los mismos, para la duración del año judicial». Moción II núm. 4 3.^a sección: «Si en el transcurso de

los presidentes de salas y, al menos, dos jueces sorteables anualmente⁶¹, dejando el reparto de asuntos en manos del pleno de los jueces⁶²: «*La protección garantizada por jueces independientes –afirma Lasker en la motivación de su moción– se pierde si está en manos de la administración elegir a los jueces para las diferentes categorías de asuntos judiciales, de los cuales se puede esperar, basándose en sus convicciones y opiniones, que dicten sentencia con una determinada tendencia*»⁶³. Lasker termina la motivación de su moción destacando la importancia que tiene la autogestión judicial en el reparto de asuntos para la independencia judicial: «*Que el reparto de los asuntos a las diferentes salas lo lleve a cabo el tribunal mismo, es tan importante para la independencia del mismo como la formación de las salas por éste; pudiendo truncar el cambio en el reparto de los asuntos la finalidad de la formación de salas*»⁶⁴. En la votación de la Comisión sobre la moción de Lasker, de 13 de enero de 1876⁶⁵, no hubo votos en contra para satisfacción del diputado Reichensperger⁶⁶. La versión del Proyecto hecha por la propia Comisión preveía en el § 46e el reparto de asuntos por el pleno y en el § 46f el nombramiento de las salas por una

un año judicial uno de los miembros del tribunal cesa de su cargo, el juez nombrado para la plaza vacante tomará posesión de la plaza en la sala (senado) que ha quedado vacante por el cese». Moción II núm. 5 regula la sustitución de la presidencia de las salas, la cual está concebida como presidencia permanente en moción II, núm. 1, en HAHN, *Materialen zum GVG 1879*, cit., p. 570. La rotación anual en la composición como norma para una distribución firme de las sala por antelación para un año judicial, prevista en la moción II núm. 3, sigue siendo una reivindicación actual, vid. ZUCK, R., *Die fünfte Novelle zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, en *Neue Juristische Wochenschrift –en adelante, NJW–*, 1986, pp. 986 y ss.

⁶¹ Moción II, núm. 4, sección 1 de Lasker, vid. HAHN, *Materialen zum GVG 1879*, cit., p. 570. En p. 574, el propio Lasker mantiene la integración colegial del presidente en la comisión o en el pleno: «*El principal inconveniente era el principio presidencial que ha sido llevado demasiado lejos, convirtiendo al presidente como funcionario administrativo en señor de los jueces*». Vid., también, su intervención en p. 611: «*Que no sea el motivo la desconfianza hacia el presidente, sino la consideración que el reparto de los miembros hecho por un hombre no ofrece garantía suficiente y la consideración, también, que, en interés de la judicatura, hay que evitar cualquier sistema presidencial sobre los miembros e incluso cualquier apariencia de tal gobierno y limitar el oficio de presidente a los verdaderos asuntos de la administración y dirección externa*».

⁶² Moción II, núm. 6, de Lasker «*El reparto de asuntos a las diferentes salas (senados) se hace por acuerdo del tribunal en una sesión plenaria de todos sus miembros, teniendo en cuenta que en cada sala civil (senado civil) esté representada la totalidad de los asuntos asignados a las salas civiles (senados civiles). Dentro de las diferentes salas (senados) el presidente de la sala reparte los asuntos a los diferentes miembros*», en HAHN, *Materialen zum GVG 1879*, cit., p. 570.

⁶³ *Ibidem*, p. 570. Vid. como sigue la motivación de Lasker «*La composición de las salas debe de hacerse de tal manera que la administración no pueda influir en ella*».

⁶⁴ *Ibidem*, p. 570.

⁶⁵ En la votación se aprueba la moción de Lasker, con la excepción del II núm. 3 (rotación anual) y la modificación de la composición de la comisión, del presidente y dos jueces elegidos en II núm. 4. *Ibidem*, p. 577.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 575. Peter Reichensperger (1810-1892) fue jurista y diputado de la Cámara de Diputados desde 1849 y, del *Reichstag*, desde 1867. Reichensperger también defendía la causa de la permanencia de las salas: «*Porque no deseo comisiones voladoras ni quiero que los abusos de las comisiones judiciales persistan. Si el gobierno, como en Prusia, puede elegir o cesar los miembros de la comisiones a discreción, se entregaría la composición del tribunal a la administración de justicia*» (p. 600).

comisión compuesta por el presidente y dos jueces elegidos⁶⁷. En los debates del *Bundestag* de abril de 1876 no se disintió de la propuesta contenida en los §§ 46e y f de la versión del Proyecto de la Comisión Imperial de Justicia⁶⁸.

No fue hasta la segunda lectura en la Comisión Imperial de Justicia, realizada entre el 11 de mayo y el 28 de octubre de 1876, cuando los representantes de los gobiernos aliados en el Consejo Federal (*Bundesrat*) rechazaron las propuestas de la Comisión acerca de la autogestión judicial en los §§ 46e y f, e insistieron, con el reconocimiento expreso de la permanencia de la composición de la sala y del reparto de asuntos⁶⁹, en la facultad decisoria de la administración de justicia territorial de acuerdo con el presidente de la audiencia provincial (*Landgericht*)⁷⁰. A través del borrador de la Comisión Imperial de Justicia se atravesó «*como un hilo rojo la desconfianza hacia la administración de justicia*»⁷¹, indignándose el ministro de justicia prusiano Leonhardt. Al parecer, que la resistencia bávara a las decisiones de la Comisión sobre «*dirección y reparto de asuntos en los tribunales colegiados*»⁷² resultó de la preocupación sobre la independencia nacional bávara y recurrió, principalmente, a la falta de competencia del Imperio en materia de procedimiento judicial.

En cambio, Lasker evocó, secundado por Gneist⁷³, con ejemplos prusianos de «*traslados arbitrarios de los jueces para conseguir una determinada composición de un tribunal*»⁷⁴, la necesaria autogestión judicial como instrumento «*indispensable para una justicia segura*»⁷⁵. Para disipar las preocupaciones de

⁶⁷ A propuesta de la Comisión de redacción, en la sesión de la Comisión Imperial de Justicia de 19 de febrero de 1876 se sustituyen los §§ 46-49 del Proyecto del gobierno por los §§ 46a-m. *Ibidem*, pp. 697 y ss. y apéndice, pp. 1684 y ss.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 994. *Vid.* también, las opiniones de los representantes del *Bundesrat*, de la cancillería imperial y de los gobiernos aliados en la primera lectura de la Comisión imperial de justicia. Por ejemplo, el director en la cancillería imperial, von Amsberg, comisario del *Bundesrat*, ve la aceptación de la permanencia de las salas y de la autogestión judicial del nombramiento de las salas y del reparto de asuntos. Discrepa al votar a favor de una comisión de presidentes y salas como gremio judicial para decidir el nombramiento y el reparto de asuntos, *Ibidem*, pp. 573 y ss. *Vid.*, también, en p. 575 la intervención del real consejero privado de justicia de Prusia, Schmidt: «*El gobierno de Prusia, según él sepa, no le da gran importancia a que la composición de las salas quede reservada a la administración de justicia*».

⁶⁹ Amsberg, en *ibidem*, p. 799.

⁷⁰ *Ibidem*, Von Kohlhaas, pp. 794 y ss.; Loë, pp. 795 y ss.

⁷¹ *Ibidem*, p. 1037.

⁷² El rechazo de las decisiones la Comisión de Justicia sobre «*la dirección y el reparto de asuntos en los tribunales colegiados*» por el ministro de la justicia bávaro Fäustle, BHStAMJu 14028, Folio 64, 69.

⁷³ HAHN, *Materialen zum GVG 1879*, cit., p. 798.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 797.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 796. *Vid.* además p. 797, Lasker «*Que paulatinamente se ha ido reconociendo que la justicia tiene que ser administrada con consideraciones muy especiales, si debe de ser independiente (...) La comisión quisiera sustituir la responsabilidad del ministro o de los consejos ministeriales por instituciones para avalar la independencia de la justicia. Únicamente estas instituciones podían garantizar la independencia. La soberanía del príncipe acaba ante los tribunales, ¡pero el dominio de los ministros y del consejo ministerial deba perseguir! Esto no corresponde a la evolución histórica, la cual había introducido a la vida moderna la independencia completa de los tribunales como un principio fundamental (...) Sin estas instituciones por Ley*

los gobiernos federados, la Comisión acordó una presidencia constituida por los presidentes de los tribunales, los presidentes de las salas y el juez de más antigüedad como órgano de autogestión judicial para el reparto de asuntos y nombramiento de los correspondientes jueces de salas⁷⁶. En los §§ 47 c) y d) del Proyecto, después de la segunda lectura⁷⁷, nos encontramos con esta concepción que, al final, se incluyó en los §§ 62 y 63 del texto de la Ley, canalizado en el *Reichstag* en el segundo debate plenario entre los días 17 y 25 de noviembre de 1876. La primacía de los cuerpos sentenciadores permanentes y del reparto de los asuntos autogestionado para asegurar la independencia judicial en el ámbito interno de los tribunales, también se encuentra documentada en la motivación del Informe de la Comisión⁷⁸ y en sus propias actas⁷⁹.

La prioridad de la independencia judicial en el ámbito interno de los tribunales fue subrayada en el segundo debate plenario entre el 17 y 25 de noviembre de 1876⁸⁰ en el *Reichstag*, por el presidente de la Comisión, Johannes Miquel⁸¹: «*La meta que la Comisión quería alcanzar era la exclusión de la influencia decisiva de la administración de justicia territorial en la organización de las salas, en el reparto de asuntos y la elección de las personas a los mismos, así como de las presidencias de las diferentes salas. Se quería excluir la posibilidad de influir en la composición de los tribunales, no solamente para los casos individuales sino también para las materias legales en general*»⁸². Enlazando con esto, Lasker destacó en el tercer debate plenario en el Consejo de Estado celebrado entre los días 18 y 21 de diciembre de 1876 que «*de ahora en adelante, la composición de las secciones de los tribunales, de las comisio-*

Fundamental la organización únicamente tiene la apariencia de tribunales independientes, ajenos a cualquier tipo de influencia. Especialmente los grandes tribunales colegiales, y entre ellos los superiores y supremos, ofrecen suficiente personal para hacer combinaciones tendenciosas, por lo que se puede conseguir una práctica jurídica parcial hasta con los jueces más concienzudos.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 797. Moción presentada por el diputado Struckmann y con la que Lasker se mostró conciliador. La protesta de los gobiernos federados en la segunda lectura de la Comisión, se concentró en la autogestión judicial y la exclusión de la influencia de la administración de justicia.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 1058, apéndice, pp. 1687 y ss.

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 952 y ss. El Informe de la Comisión Imperial de Justicia manifestaba que «*en todo caso, la independencia, la imparcialidad y la razón de los tribunales [tienen] su fundamento preferiblemente en las garantías legales de la posición de los jueces y la composición de los órganos judiciales (...) La primera consideración era (...) que se crean tribunales independientes (...) Todas las providencias sobre la inamovilidad de los jueces se quedan sin valor cuando se da a la administración de la justicia la facultad de quitar un determinado juez y colocar a otro en su lugar*», vid. Lasker en *Protokolle der Justizkommission, Bericht der Reichsjustizkommission*, en *Ibidem*, pp. 928 y 1036.

⁷⁹ Actas de la Comisión Imperial de Justicia, en *Ibidem*, pp. 1036 y ss. Marquardsen, en *Protokolle der Justizkommission*, afirmaba estar «*convencido que el aspecto principal era el de no dejar que la administración de justicia interviniese aquí de forma arbitraria, sino de concederle a la justicia, a los tribunales esa misma constatación*». *Ibidem*, p. 1041.

⁸⁰ Aprobación de los §§ 47c y d de la versión del Proyecto después de la segunda lectura en *Ibidem*, p. 1221.

⁸¹ Johann von Miquel (1828-1901) fue fundador del partido nacional liberal en 1866 y se alió con el grupo radical de izquierdas de Hecker. Fue miembro de la Cámara de Diputados de Prusia entre 1867 y 1876, del *Reichstag* entre 1887 y 1890 y, después de la caída de Bismarck, fue ministro de hacienda prusiano en 1890.

⁸² HAHN, *Materialien zum GVG 1879*, cit., p. 1220.

nes y salas ya no depende del gobierno, sino que la llevan a cabo los tribunales mismos (...) y a esto le llamo en el núcleo más interno de la administración de justicia un enorme progreso»⁸³.

Finalmente, la Comisión Imperial de Justicia logró junto con Lasker con las regulaciones de los §§ 62 y 63 de la LOJ⁸⁴ (= §§ 47c y d del Proyecto después de la segunda lectura), aprobados por el *Consejo Real (Reichstag)* el 21 de diciembre de 1876, imponer a nivel de una ley imperial la permanencia de las salas y del reparto de asuntos en autogestión judicial, entendiéndolas como «instituciones de *Ley Fundamental*» en forma de «factores de garantía que se han incluido en la organización misma de los tribunales para protegerles de influencias ilegales»⁸⁵.

II.4. LA FALTA DE RANGO CONSTITUCIONAL PARA LA AUTOGESTIÓN JUDICIAL

Pese a haber logrado establecer reglas generales para la organización interna de los tribunales, en relación con la permanencia y composición de las salas y sobre el reparto de asuntos, todavía en 1879 no se había establecido la ampliación de la garantía del derecho al juez legal como un elemento personal «del juez encargado de la decisión en cada caso particular»⁸⁶, sino que, en la línea de pensamiento de Jhering, se hizo como garantía de la independencia personal y temática del juez⁸⁷.

Esta consideración del juez legal se limitó en los trabajos de redacción de la LOJ al ámbito externo de la garantía. Esto se halla documentado en los debates sobre el § 5 de la LOJ. El § 5 del Proyecto del Gobierno, de 29 de octubre de 1874, establecía que «los tribunales extraordinarios son improcedentes. Nadie puede ser

⁸³ *Ibidem*, p. 1523.

⁸⁴ Aprobado por el *Bundesrat* el 22 de diciembre de 1876, fue expedido el 27 de enero de 1877, publicado en el Boletín Oficial del *Reich* (*Reichsgesetzblatt*) el 7 de febrero de 1877 y entró en vigor el 1 de octubre de 1879. Los §§ 62 y 63 de la LOJ, en la versión de 10 de octubre de 1879, determinaba el reparto de asuntos y el nombramiento de salas por la presidencia. En la nueva versión de la LOJ se omitieron los §§ 61-69 de la versión anterior, ahora 21e del LOJ. *Vid.* el comentario de los §§ 62, 63 en la versión de 10 de octubre de 1879 en HAUCK, T., *Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich vom 27. Januar 1877 nebst den Ausführungsgesetzen für das Königreich Bayern vom 23. Februar*, Nördlingen, 1879, §§ 61-67, pp. 101 y ss.: «La asignación anual se hace en tres ámbitos: el reparto general de asuntos, el listado de los miembros permanentes de las salas y el nombramiento de los sustitutos en caso de impedimento de los miembros permanentes de las salas. La organización, cuyo modo concreto está a libre facultad de la presidencia, para corresponder a la ley (...) tiene que ser tan clara y bien definida que cada asunto judicial ya tiene asignado su sala de antemano».

⁸⁵ HAHN, *Materialen zum GVG 1879*, cit., p. 803.

⁸⁶ BVerfG, resolución de 24 de marzo de 1964, BVerfGE 17, 294, *Vid.*, también, BETTMANN, AöR, 94 (1969), pp. 263 y 274.

⁸⁷ TOPHOFF, *Die Stellvertretung*, cit., pp. 5 y ss.; SANGMEISTER, *Grundsätzliches vom Bundesgerichtshof*, cit., p. 290. Una opinión discrepante nos la encontramos en KERN, *Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts*, cit., p. 102: «Con la independencia de los tribunales, la LOJ no ha aportado nada nuevo. Incluso el efecto más destacado del principio de la permanencia: la prohibición de apartar a alguien de su juez legal había sido generalmente admitida anteriormente. En cambio, la permanencia se ha ampliado y la autogestión se ha introducido por primera vez».

apartado de su juez legal. Las disposiciones legales referentes a tribunales militares y derechos marciales quedan excluidos de la presente disposición»⁸⁸. En el discurso preliminar del Proyecto⁸⁹, los argumentos del proyecto gubernamental únicamente mencionan la cuestión del juez legal en relación con las diferentes formas de organización de los tribunales colegiales en los distintos Estados alemanes: «Existe plena concordancia en todas las legislaciones alemanas en el hecho de que los tribunales de una instancia superior tienen una organización colegial, la cual, por cierto, está regulada de múltiples maneras: - a veces, los casos en los que el colegio entero tiene que decidir están fijados por ley y para la composición de las diferentes partes (senados) de los colegios existen ciertos principios según los cuales la participación de cada uno está reglada de antemano; - a veces, solamente está fijado el número de que tienen que participar en una decisión, de vez en cuando sólo se determina un mínimo de personas, pero también hay casos donde se carece de regulación sobre este particular»⁹⁰. El motivo especial acerca del § 5 del Proyecto de Ley Orgánica de la Justicia, de 29 de octubre de 1874, formula la orientación de la protección en el ámbito externo del tribunal: «(...) excluir cualquier arbitrariedad de la Administración del Estado, mediante la cual esta podría verse obligada al sustituir el tribunal determinado por ley, de una vez para siempre, por otro»⁹¹. Según el contexto no solamente queda excluida cualquier arbitrariedad del poder ejecutivo mediante la asignación excepcional de un juez no competente legalmente, sino también la interferencia arbitraria del ejecutivo y del poder judicial⁹². Aparte de éste la regulación de las competencias judiciales está retirada de la legislación territorial⁹³. La protección direccional hacia el ámbito externo del tribunal se acaba, según los motivos de Jhering, en la «vinculación procesal» criticada como insuficiente⁹⁴: «a través de las normas de competencia material dadas en la Ley de la Organización Judicial (...) y de las disposiciones sobre competencia personal incluidas en las regulaciones procesales. La posición del juez legal, determinado de esta manera, (...) no se puede variar en contra de la voluntad de las personas sujetas a él por ninguna arbitrariedad»⁹⁵. La orientación de la protección de ámbito interno del tribunal quedaba confirmada por las posibilidades de disposición de las partes procesales⁹⁶.

⁸⁸ HAHN, *Materialen zum GVG 1879*, cit., p. 4. Los Consejos de Guerra y las leyes marciales en el sentido de la frase 3 son tribunales extraordinarios ya que intervienen fuera de la jurisdicción generalmente ordenada, sin embargo, no son tribunales extraordinarios para individuos o casos individuales ya que son competentes para todas las personas sujetas a las disposiciones de un estado de guerra o de las leyes marciales.

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 24 y ss.

⁹⁰ *Ibidem*, pp. 26 y s.

⁹¹ *Ibidem*, p. 64.

⁹² Vid. HAUCK, *Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich*, cit., § 16, p. 39.

⁹³ Entendía Miquel Lasker que «la organización de los tribunales determinada por el Reich solo se puede modificar por ley imperial, ya no por ley territorial», en HAHN, *Materialen zum GVG 1879*, cit., p. 64.

⁹⁴ JHERING, *Der Zweck im Recht*, cit., p. 407.

⁹⁵ HAHN, *Materialen zum GVG 1879*, cit., p. 64.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 64: «El § 5 presupone esta posibilidad de influencia de una parte a la competencia y la deja existir: solo que nadie puede ser apartado de su juez legal». También la decisión sobre la competencia para una instancia superior.

En la primera sesión del *Reichstag* de los días 24 y 25 de noviembre de 1874 no se celebró un debate sobre el § 5. Esa falta de debate y, en consecuencia su aceptación, demuestra que el contenido de protección en el ámbito externo del tribunal se alinea con el artículo 10, § 175 de la Constitución de Fráncfort de 28 de marzo de 1849. En su primera lectura en la Comisión de Justicia, en las sesiones comprendidas entre el 25 de abril de 1875 y el 16 de febrero de 1876, solo se discutieron las mociones del § 5, párrafo 3, referente a los tribunales militares y marciales⁹⁷, aprobándose el resto del § 5 del Proyecto sin discusión alguna⁹⁸. En su segunda lectura, la Comisión de Justicia –sesiones entre el 11 de mayo y 28 de octubre de 1876– centró su discusión también en torno a los tribunales militares y marciales (frase 3 del § 5 del Proyecto)⁹⁹. Por su parte, en el segundo debate plenario del *Consejo Imperial (Reichstag)*, del 17 al 25 de noviembre de 1876¹⁰⁰ y, en su tercer debate plenario del 18 al 21 de diciembre de 1876, se aprobó el § 5 del Proyecto de la Comisión después de finalizar sin discusión tanto la primera como la segunda lectura. Este particular no hace más que reforzar la impresión de la continuidad con la Constitución de Fráncfort de 28 de marzo de 1849. La versión inalterada del § 5 del Proyecto se aprobó, finalmente, el 21 de diciembre de 1876 como § 16 de la LOJ: «*Los tribunales extraordinarios son improcedentes. Nadie puede ser apartado de su juez legal. Las disposiciones legales referentes a los tribunales militares y derechos marciales quedan excluidas*»¹⁰¹. Según el derecho constitucional, el § 16 de la LOJ no tenía equivalente en la Constitución del *Reich* de 16 de abril de 1871, que no contenía los derechos fundamentales. Sin embargo, el artículo 105 de la Constitución de Weimar de 11 de agosto de 1919 adoptó la orientación de la protección en el ámbito externo del tribunal del § 16 de la LOJ, elevando la disposición de ley ordinaria a principio constitucional sin modificación alguna en el contenido y en una versión lingüística casi idéntica¹⁰².

Se puede concluir que el logro de la autogestión judicial en los §§ 61-65 de la LOJ (versión antigua) en el ámbito interno del tribunal, prohibió la intervención de los gobiernos territoriales en la composición de las salas y en el reparto

⁹⁷ § 5, f. 3 en la versión del Proyecto de la Comisión, primera lectura, se indica: «*Las disposiciones legales existentes en los casos de peligro de guerra, de guerra, de declaración de estado de guerra (sitio) o revueltas interiores sobre los consejos de guerra y leyes marciales quedan excluidas (...)*». Primera lectura del Proyecto en la Comisión Imperial de Justicia en los debates celebrados entre el 25 de abril de 1875 y el 16 de febrero de 1876, *ibidem*, p. 422.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 286.

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 759 y s.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 1172.

¹⁰¹ RGBl. 1877, 41 (el Boletín Oficial del Reich –RGBl., abreviatura de *Reichsgesetzblatt*– era el diario oficial del Reich Alemán entre 1871 y 1945).

¹⁰² El Tribunal del Imperio (*Reichsgericht* en alemán, RG) fue el Tribunal Supremo del Imperio alemán en materia civil y penal desde 1879 hasta 1945. RG, sentencia de 5 de octubre de 1921, RGSt 56, 161, 164: «*El artículo 105, en sus tres primeras frases es casi idéntico al § 16 de la LOJ, por lo que no contiene ningún derecho nuevo, sino únicamente eleva estas disposiciones a principio constitucional*». Vid. KERN, E., *Ausnahmegerichte, Akademische Antrittsrede vom 6. Dezember 1923*, p. 5; MENZEL, W., *Ausnahmegericht und gesetzlicher Richter, Zur Auslegung des Art. 105 der Reichsverfassung vom 11. August 1919*. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Gleichheit vor dem Gesetz, Berlín, 1925, pp. 88 y ss.

de los asuntos¹⁰³. Ni el Proyecto del *Bundesrat* (Consejo Federal) de 15 de mayo de 1885, ni el de 6 de diciembre de 1894, tendentes a suprimir las presidencias y trasladar el reparto de los asuntos a la administración de justicia, tuvieron éxito en el *Reichstag*¹⁰⁴. Hasta la subida al poder de Hitler, la autogestión judicial se mantuvo como pieza complementaria interna de la independencia judicial.

II.5 LA INFRACCIÓN TOTALITARIA DE LA AUTOGESTIÓN JUDICIAL Y LA ARBITRARIEDAD DE LA JUSTICIA DEL NACIONALSOCIALISMO

Precisamente el nacionalsocialismo infringió la autonomía judicial e intervino en la justicia con la intención de dirigirla: el *Reglamento para la Regulación Homogénea de la Organización Judicial*, de 20 de marzo de 1935, autorizó al ministro de la justicia del *Reich* establecer nuevos principios para el reparto de asuntos en los juzgados de primera instancia (*Amtsgerichte*), audiencias provinciales (*Landgerichte*) y territoriales (*Oberlandesgerichte*)¹⁰⁵. La Ley para la Modificación de los Reglamentos para el Procedimiento Penal y la Ley de la Organización Judicial, de 28 de junio de 1935, sustituyeron las salas reunidas en el Tribunal del Imperio (*Reichsgericht*) por salas grandes cuyas composiciones fueron determinadas por el correspondiente ministro de justicia del *Reich*¹⁰⁶. La Ley sobre el Reparto de Asuntos en los Tribunales, de 24 de noviembre de 1937, transfirió la competencia del reparto de asuntos al presidente, a quien correspondía la tarea de administración en el ámbito interno del tribunal, no bajo la protección de su independencia judicial sino como «funcionario de la administración judicial» sujeto a órdenes¹⁰⁷. Al mismo tiempo se limitó la independencia judicial en el ámbito externo del tribunal: «Como explicación adicional (...) hay que acabar con dos concepciones, que siguen gravándonos los pensamientos desde el pasado (...) El segundo concepto obsoleto es el del juez competente (legal) (...) Cualquier juez es competente dónde y cuándo le asigne el liderazgo u otras agencias en vigor la autorización del liderazgo»¹⁰⁸. Con el Reglamento de 21 de marzo de 1933 el modelo de injusticia nacionalsocialista estableció tribunales extraordinarios fuera de la organización judicial general, culminando su arbitrariedad judicial por excelencia con el denominado Tribunal del Pueblo (*Volksgerichtshof*)¹⁰⁹.

¹⁰³ KERN, *Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts*, 4. Aufl. München/Berlin 1965, cit., p. 133.

¹⁰⁴ BOCKELMANN, *Geschäftsverteilung und gesetzlicher Richter, Juristenzeitung 1952, 641644*, cit., p. 642; KERN, *Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts*, cit., p. 128.

¹⁰⁵ RGBI. 1935 I, 403.

¹⁰⁶ RGBI. 1935 I, 844.

¹⁰⁷ RGBI. 1937 I, 1286.

¹⁰⁸ JAEGER, A., *Der Richter*, Berlín, 1939, p. 95.

¹⁰⁹ Los tribunales extraordinarios tuvieron una competencia especial para los delitos llamados en el Reglamento contra la Traición del Pueblo Alemán e Intrigas de Alta Traición (RGBI. 1933 I, 83) y el Reglamento para la Defensa contra Asaltos maliciosos al Gobierno de la Elevación Nacional (RGBI. 1933 I, 135). El *Volksgerichtshof* fue la primera y última instancia para el enjuici-

III. LA AMPLIACIÓN DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL AL ÁREA INTERNA DEL TRIBUNAL A PARTIR DE 1945

III.1 GÉNESIS

Después de la interrupción en 1945 del Poder judicial del pueblo alemán, conforme al artículo 1, núm. 1 de la MilRegGes. –legislación del Gobierno Militar– y núm. 2, la proclamación núm. 3 del Consejo Aliado de Control (*Kontrollrat*), de 20 de octubre de 1945, se subrayó como «*principios para la reforma de la administración de justicia [la] supresión de los tribunales extraordinarios y especiales de Hitler*»¹¹⁰, antes de la devolución del Poder judicial al pueblo alemán mediante el Estatuto de Ocupación de 12 de mayo de 1949 para las zonas ocupadas occidentales. En la zona ocupada por el Reino Unido se reintrodujo la organización presidencial en el sentido de los §§ 61-64 de la LOJ (versión antigua) por un Decreto de 27 de septiembre de 1948 del presidente de la Oficina Central de Justicia y se suprimió expresamente la Ley nacionalsocialista sobre el reparto de asuntos en los tribunales de 24 de noviembre de 1937. La Ley federal alemana sobre la restauración de la unidad jurídica en materia de organización judicial, de la administración de justicia civil, del procedimiento penal y del derecho de costas (*REinhG*), de 12 de septiembre de 1950¹¹¹, anula la Ley nacionalsocialista de 24 de noviembre de 1937 para todo el territorio federal. A tenor de los motivos oficiales esgrimidos, la *REinhG* restablece en el fondo la situación legal anterior a 1933.

Únicamente ha variado la estimación de la independencia en el ámbito interno del tribunal contra intromisiones ajenas a la justicia: la garantía constitucional al juez legal en el artículo 101, párr. 1, f.2 de la Ley Fundamental alemana de 23 de mayo de 1949, a diferencia de sus precursoras¹¹², también inclu-

ciamiento de delitos de alta traición y traición de la patria (art. III. de la *Ley para la Modificación de los Reglamentos del Derecho Penal y del Derecho Enjuiciamiento Penal* de 24 de abril de 1934, RGBI. 1934 I, 341, 345 y s.). Ya la selección de palabras es sintomática para la injusticia.

¹¹⁰ III., Consejo Aliado de Control, proclamación núm. 3, Principios para la Reforma de la Justicia, de 20 de octubre de 1945, cit. en *Colección del Consejo Aliado de Control*, K. El principio núm. III expresa que: «*El Volksgerichtshof, los tribunales del Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán y los tribunales privativos quedan suprimidos. Su restablecimiento queda prohibido*». La introducción declara: «*Con la eliminación de la tiranía de Hitler por las Naciones Aliadas, el sistema terrorista de los tribunales nazi se ha suprimido. Su lugar será ocupado por una justicia basada en los logros de la democracia, la civilización y la justicia. El Consejo Aliado de Control proclama los siguientes principios para la reconstrucción de la justicia. Tienen validez para toda Alemania*». Los principios incluyen, además del ya citado principio III, la igualdad ante la ley (I), la garantía de los derechos de los acusados (II) y la independencia del juez (IV). La disposición final V establece que «*los tribunales ordinarios alemanes, conforme a su jerarquía, aplicarán justicia en Alemania de acuerdo con esta proclamación*». Versión insignificamente revisada de: *El juez legal*; Madrid, 2014; pp. 320 y ss.

¹¹¹ BGBl. 1950 I, 455.

¹¹² *Vid.* la exposición anterior, y especialmente el artículo 10, § 175 sección VI: *Die Grundrechte des deutschen Volkes* de la Constitución del Reich de 28 de marzo de 1849.

ye el ámbito interno del tribunal¹¹³. En este sentido, el derecho equivalente a derecho fundamental del artículo 101, párr. 1, f.2 de la Ley Fundamental alemana, es interpretado de forma amplia¹¹⁴ y requiere la predeterminación abstracta, no solamente en la vía jurídica y del tribunal competente como unidad jurídica mediante ley, sino también, en el ámbito interno del tribunal, la predeterminación abstracta de la sala llamada a decisión y del juez designado concretamente a participar en esta por el plan de reparto de asuntos¹¹⁵. El juez legal en el sentido del artículo 101, párr. 1, f.2 de la Ley Fundamental alemana se entiende, a diferencia del uso lingüístico de la definición de Feuerbach que servía de modelo¹¹⁶, a los ámbitos externo¹¹⁷ e interno¹¹⁸ del tribunal.

III.2 LA SOBREDOTACIÓN DE LOS CUERPOS SENTENCIADORES

La nueva inclusión del área de protección del ámbito interno del tribunal en la garantía del artículo 101 de la Ley Fundamental alemana después de 1945 queda ilustrada, de manera extraordinaria, en el debate sobre la formas de elección de los jueces participantes de una sala en la que sobran jueces¹¹⁹. El legislador histórico de la LOJ de 1877 no discutió el caso de un posible exceso de jueces para las diferentes salas, sino únicamente para el tribunal completo, den-

¹¹³ Entre otros, *vid.* GEIGER, W., *Zur Vereinheitlichung des Gerichtsverfassungsrechts*, SJZ, 1952, pp. 708 y 710, la autogestión encarnada en la Constitución presidencial de los §§ 61-64 de la LOJ, versión anterior, «excluye que el reparto de los asuntos judiciales quede influenciado por motivos ajenos al tema y garantiza que nadie sea apartado de su juez legal».

¹¹⁴ DEGENHART, C., *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tomo III, pp. 86 y ss., notas 17 y ss.; MAUNZ, T., en Maunz, Dürig, Herzog, artículo 101, notas 11 y ss.

¹¹⁵ *Vid.* BVerfG, resolución de 24 de marzo de 1964, BVerfGE 17, 294, 298 y s.; BVerfG, resolución de 30 de marzo de 1965, BVerfGE 18, 423, 425; BVerfG, resolución de 28 de abril de 1971, BVerfGE 31, 47, 54; BVerfG, resolución de 3 de diciembre de 1975, BVerfGE 40, 357, 360 y s.

¹¹⁶ FEUERBACH, *Kann die Gerichtsverfassung*, cit., pp. 178, 206: «*Juge naturel, juez natural, ordinario, es el juez legal, es decir, el juez designado por ley, en otras palabras, aquel juez que corresponde a cada súbdito por ley, quiere decir, por la organización judicial decretada por ley y en virtud de las leyes sobre la competencia de los tribunales; al cual un súbdito del Estado tiene el derecho total, constitucional, emanado de leyes formales e independiente de cualquier arbitrariedad*».

¹¹⁷ Se refiere al tribunal como unidad organizadora. *Vid.* MÜSSIG, U., *El Juez Legal*, 1.ª edición en castellano, Madrid, 2014, pp. 329 y ss., 349, 412 y ss., 478 y ss., 495 y ss. y 502 y ss.

¹¹⁸ Se refiere a las salas como tribunal reconecedor y los jueces participando concretamente en la decisión. *Vid.* MÜSSIG, *El Juez Legal*, cit., pp. 339 y ss., 383 y ss., 435 y ss., 479 y ss., pp. 496 y ss. y 511 y ss.

¹¹⁹ La descripción del área de protección en el ámbito interno del tribunal se limita a la problemática del exceso de jueces, ya que aquí se puede representar de manera ejemplar la inclusión del área de protección dentro del tribunal en la garantía del artículo 101 de la Ley Orgánica alemana. Acerca de contenidos de protección en el ámbito interno de los tribunales, para garantizar al juez legal, *Vid.*, en representación de muchos, BENDA, E. y WEBER, A., «*Der Einfluß der Verfassung im Prozeßrecht*», en *Nationalbericht für den Internationalen Kongreß für Prozeßrecht in Würzburg im September 1983*, ZZZ, 96 (1983), pp. 285, 289 y ss.

tro del marco de la problemática de los jueces suplentes¹²⁰. De la ampliación de la composición de la Sala de lo Penal en la vista oral, conforme al § 77 de la LOJ en la versión de 27 de enero de 1877¹²¹, dedujo el Tribunal Supremo del *Reich* el consentimiento a regular el supuesto de exceso de plazas en las salas¹²². Conforme al Reglamento de la composición de la sala previsto en el § 77 de la LOJ, en la versión de 27 de enero de 1877¹²³, la Sala de lo Penal condenó en la vista oral con una composición que, si bien, por regla general era de cinco magistrados, excepcionalmente solo con tres¹²⁴. En la Comisión no se debatió la problemática que surge en estos casos de nombramiento de un cuerpo reducido de magistrados¹²⁵. En lo sucesivo, el exceso de jueces en salas colegiadas se convirtió en práctica general. Contra el exceso de jueces, sin reglas abstractas de nombramientos, había sólo alguna oposición puntual¹²⁶, entre otros también del propio Tribunal Cameral (*Kammergericht*)¹²⁷. Sin embargo, el Tribunal Federal Supremo del *Reich* no objetó contra esta práctica de nombramiento siempre y cuando no se dejara ninguna sala sin presidente¹²⁸.

¹²⁰ El juez auxiliar es un suplente asignado por la administración territorial de justicia, que no es miembro del tribunal. Dice Lasker: «*En los tribunales superiores se pueden prevenir irregularidades [por incapacidad laboral de un colegio a causa del impedimento de un miembro], dotándole de un número mayor de plazas de lo que el normal negocio de los asuntos requiere. Sin embargo, tal creación de sobrantes es inviable para todos los tribunales (...). En estos casos quisiera concederle a la administración territorial de justicia la facultad de ordenar que un juez no permanente hiciera la sustitución*», *vid.* HAHN, *Materialen zum GVG 1879*, cit., p. 579 (secc. 1.ª) y p. 1414 (sección 2.ª).

¹²¹ Equivale al § 57 del Proyecto de 29 de octubre de 1874.

¹²² Resolución del RG de 18 de mayo de 1931, RGZ 133, 29. En lo que el RG en su interpretación se refiere a material de la LOJ (RGZ 133, 29, 31), ignora que la moción de Bähr, allí tratada, para que los jueces participen en las sesiones según un turno fijado con anterioridad, se había quedado nula, ya que se había renunciado en la LOJ a la creación de grandes y pequeños tribunales de jurados, inicialmente prevista. *Ibidem*, pp. 1668 y ss.

¹²³ Se aplicaba a todas las salas del *Landgericht*, tanto de lo penal como de lo civil.

¹²⁴ En la instancia de apelación contra sentencias de tribunales de jurados cuyo objeto era una falta o un delito de injuria o lesión física en acción privada.

¹²⁵ LÖWE, E. y HELLWEG, A., *Die Strafprozessordnung für das Deutsche Reich nebst Gerichtsverfassungsgesetz und den das Strafverfahren betreffenden Bestimmungen der übrigen Reichsgesetze. Mit Kommentar*, 11ª edición, Berlín, 1904, § 77 de la LOJ nota 1.ª, p. 87, reivindican un turno determinado con anterioridad para la asistencia de los magistrados a las sesiones.

¹²⁶ HELLWIG, K., *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, tomo II, segunda impresión de la edición Leipzig 1907, Aalen, 1970, pp. 61 y ss.

¹²⁷ Citado en RG, resolución de 18 de mayo de 1931, RGZ 133, 29.

¹²⁸ RG, sentencia de 12 de febrero de 1921, RGSt 55, 236; RG, sentencia de 20 de diciembre de 1927, RGZ 119, 280; RG, resolución de 18 de mayo de 1931, RGZ 133, 29. *Vid.* el resumen de la jurisdicción del Tribunal Supremo del *Reich* sobre el nombramiento de los tribunales y el reparto de los asuntos en HELBER, F., «Das Reichsgericht zur Besetzung der Gerichte und Geschäftsverteilung», en *DRiZ*, 2 (1929), pp. 48 y ss. y en TOPHOFF, *Die Stellvertretung*, cit., pp. 41 y ss. Acerca del reparto de asuntos en las salas del RG, *vid.* la notificación referente al reglamento del Tribunal Superior del *Reich* (RG), *Central-Blatt für das Deutsche Reich (=ZBIDR)* 1880, 190; la notificación referente al reglamento del Tribunal Superior del *Reich*, *Central-Blatt für das Deutsche Reich (=ZBIDR)* 1886, 30.

La ampliación de la garantía constitucional al juez legal a los jueces convocados a decidir en los casos particulares ha entrado en el debate después de la resolución de las Grandes Salas Reunidas del Tribunal Federal Supremo (BGH), de 5 de mayo de 1994¹²⁹, y después de la resolución de presentación, de 10 de agosto de 1995, de la Sala Primera del Tribunal Federal Constitucional¹³⁰. La elección de los jueces participantes de una sala compuesta de manera sobrante se lleva a cabo por el presidente, de acuerdo con el § 21g, párr. 2 de la LOJ, según criterios previamente determinados¹³¹. Según la resolución de las Grandes Salas Reunidas del BGH, de 5 de mayo de 1994, el § 21g, párr. 2 de la LOJ, es una garantía establecida más allá del artículo 101, párr. 1, f. 2 de la Ley Fundamental alemana. De acuerdo con esta interpretación, basada en la resolución de la Sala Segunda del Tribunal Federal Constitucional de 15 de enero de 1985¹³², una infracción del § 21g, párr. 2 de la LOJ no significa al mismo tiempo una conculcación del artículo 101, párr. 1, f. 2 de la Ley Fundamental alemana, que no contempla la determinación del juez individual a participar¹³³. La resolución de la Sala Primera del Tribunal Federal Constitucional, de 10 de agosto de 1995, dice justo lo contrario: «*El presidente de una sala con exceso de jueces tiene que determinar antes del comienzo del año jurídico, observando medidas abstractas-generales, qué miembros de la sala participarán en los diferentes asuntos jurídicos*»¹³⁴. Según la resolución de presentación de la Sala Primera, el juez legal también es el juez llamado a decisión en el caso particular.

Por último, la resolución plenaria del BVerfG, de 8 de abril de 1997, ha confirmado esta interpretación: «*Según el art.101, párr. 1, f. 2 de la Ley Fundamental alemana, en tribunales con un exceso de jueces profesionales en las salas es obligatorio determinar con anterioridad, según criterios abstractos, qué jueces tienen que participar en los diferentes procesos*»¹³⁵. Esto significa que la ampliación de la garantía constitucional al ámbito interno de los tribunales incluye también las decisiones acerca de la organización de los jueces participantes en los cuerpos sentenciadores con exceso de jueces. La garantía en materia de reparto de asuntos en el ámbito interno del tribunal y la composición de los cuerpos sentenciadores, que es única en el Derecho alemán, no la comparten otros ordenamientos jurídicos europeos.

¹²⁹ BGH, NJW 1994, 1735 = BGHZ 126, 63.

¹³⁰ BVerfG, NJW 1995, 2703 = BB 1995, 1782 con nota G. Felix, 1811. La resolución sobre la presentación se tomó como consecuencia de un recurso de inconstitucionalidad contra una sentencia del BFH de 11 de febrero de 1991, NJW 1992, 1062.

¹³¹ El sobrante de jueces es inicio constitucionalmente mientras no se puedan formar dos grupos de asientos diferentes personalmente entre ellos: BVerfG, resolución de 24 de marzo de 1964, BVerfGE 17, 294, 298 y ss.; resolución de 3 de febrero de 1965, BVerfGE 18, 344, 349 y s.; BGH, sentencia de 12 de junio de 1985, NJW 1985, p. 2840; GUMMER, P., *Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen mit Internationalem Zivilprozeßrecht*, en Zöllner, 21e GVG, nota marginal 9 con más referencias.

¹³² BVerfGE 69, 112, 120; Vid. también BVerfGE 22, 282.

¹³³ De otra opinión FELIX, G., *Der gesetzliche Richter in der Praxis des Bundesfinanzhofs*, BB 1992, pp. 1001 y ss.; NJW 1992, pp. 217 y ss., 1607 y ss.; MDR 1992, pp. 830 y ss.

¹³⁴ BVerfG, NJW 1995, 2703, 2705.

¹³⁵ Parte dispositiva de la resolución plenaria (1 PBvU 1/95) de 8 de abril de 1997; NJW 1997, 1497; BVerfGE 95, 322. Ahora vid. también Resolución del BGH de 29 de septiembre de 1999, NJW 2000, 371.

IV. LA FALTA DE UN ACUERDO EUROPEO SOBRE EL ÁMBITO INTERNO DEL TRIBUNAL

IV.1 EPÍTOME DE DERECHO COMPARADO

En Inglaterra no puede formarse en materia de organización de los tribunales una necesidad de protección en el ámbito interno del tribunal para salas permanentes o una regulación general y abstracta de los nombramientos y del reparto de los asuntos, debido a la llamada jurisprudencia uniforme monárquica (*Queen head of justice*). En su ordenamiento jurídico el juez no tiene que ser predeterminado por ley. No se puede deducir una orientación de la protección en el ámbito interno del tribunal de los principios constitucionales ingleses del *rule of law* y de la *sovereignty of Parliament*. No existen cuerpos sentenciadores en el sentido que nos encontramos en la Europa continental. Cada juez decide en el lugar de toda la judicatura. Por esta razón no surge la cuestión de la competencia de un juez determinado llamado a decidir.

Conforme a las regulaciones legales de la organización del poder judicial francés hay que determinar previamente el tribunal competente, de manera abstracta y general, como cuerpo sentenciador, y a los jueces que en aquél participan. La garantía constitucional al juez legal como configuración de la igualdad ante el juez (*égalité devant la justice*) requiere la predeterminación de la sala y el nombramiento de los jueces (*préconstitution ou prédétermination du juge: le juge naturellement désigné*), al igual que la predeterminación del reparto de los asuntos pendientes (*prérépartition des affaires: l'affaire naturellement attribuée*), mediante reglas objetivas, abstractas y generales, siendo admisibles decisiones discrecionales¹³⁶. Las regulaciones contenidas en los artículos 213-8, R. 311-23, R. 311-27, 761-16 y 761-24 del *Code de l'Organisation Judiciaire*¹³⁷ no fijan ninguna sanción legal para infracciones de la necesaria predeterminación previa del nombramiento de las salas o del reparto de los asuntos¹³⁸. Las decisiones internas del tribunal sobre temas de organización, como simples actos de la autogestión judicial, no dan lugar a recursos contra una sentencia (*mesures d'administration judiciaire, non susceptibles de recours*), a diferencia del § 551 núm. 1 del Código procesal civil alemán. Solamente cuando la aplicación incorrecta de las instrucciones sobre el reparto de asuntos y nombramiento de jueces está basada en consideraciones arbitrarias, y obviamente insostenibles, existe la vulneración de la garantía constitucional no escrita al juez legal (conforme al artículo 6 de la Declaración de los Derechos Humanos y de los Ciudadanos de 26 de agosto de 1789 en relación con el Preámbulo de la Cons-

¹³⁶ SCHWAB, K. y GOTTWALD, P., *Generalbericht Verfassung und Zivilprozeß, Constitutional Order and Civil Procedure*, en *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmäßige Ordnung, Die Generalberichte für den Internationalen Kongreß für Prozeßrecht Würzburg 1983*, Walter J. Habscheid (ed.), Bielefeld, 1983, p. 29. Se trata de una ampliación y precisión de la monografía: *El juez legal*; Madrid, 2014: pp. 339 y ss.

¹³⁷ Le *Code de l'Organisation judiciaire* résulte des décrets n° 78 – 329 et 78 – 330 du 16 mars 1978.

¹³⁸ DALLE, H., «À la recherche du juge naturel français», en *Les Épisodiques*, 7 (1992), p.26.

titudinación de la V.^a República de 4 de octubre de 1958), en su orientación de la protección hacia el ámbito interno del tribunal.

La orientación de la protección en el ámbito interno del tribunal no solamente se conoce en Francia y Alemania, sino también en otros países miembros de la UE¹³⁹, con la excepción de Gran Bretaña. Una infracción contra el Reglamento del reparto de asuntos y el nombramiento constituye una infracción del principio del juez legal en el ámbito interno del tribunal cuando la aplicación incorrecta de las instrucciones sobre el reparto de los asuntos y el nombramiento de jueces está basada en consideraciones arbitrarias y obviamente insostenibles¹⁴⁰ en Bélgica¹⁴¹, Grecia¹⁴², Italia¹⁴³, los Países Bajos¹⁴⁴ y Austria¹⁴⁵. No se pudo averiguar una jurisprudencia correspondiente para el § 61 de la Constitución del Reino de Dinamarca¹⁴⁶; los §§ 16, 55 y 60 de la Constitución de Finlandia; el artículo 36, letra

¹³⁹ SCHWAB y GOTTWALD, *Generalbericht Verfassung und Zivilprozeß*, cit. (nota a pie de página 144), p. 28. P.ej., para Italia, la Corte Costituzionale, el Tribunal Constitucional italiano, en su decisión marco (Pepe) de 7 de julio de 1962 núm. 88, II Foro Italiano DXXXV (1962) I, 1217, diferencia la necesidad de protección en el ámbito interno del tribunal contra los nombramientos *ad hoc* o el reparto de asuntos *ad hoc* y la necesidad de protección en el ámbito externo del tribunal contra la instalación *ad hoc* de jueces o la constitución *ad hoc* de tribunales extraordinarios. En el Derecho constitucional italiano, la garantía al juez legal se equiparó en un primer momento con la prohibición de los tribunales extraordinarios (art. 102 de la Constitución Italiana de 27 de diciembre de 1947, modificada por última vez el 22 de noviembre de 1967). No fue hasta la decisión marco núm. 88 (Pepe), de 7 de julio de 1962, sobre la inconstitucionalidad de la libre discreción del fiscal de elegir la competencia de entrada, conforme al artículo 30 del *Codice di procedura penale*, cuando la Corte Costituzionale interpretó la dimensión protectora del artículo 25 de la Constitución Italiana en el ámbito interno del tribunal de tal manera que también hay que predecir al juez concreto que va a decidir, antes de pendencia de la causa. Sin embargo, según la jurisprudencia del BVerfG, la competencia variable del § 24 I núm. 3 de la LOJ es admisible, siempre y cuando se previenen influencias ajenas a la materia en el juicio y se generaliza bajo puntos de vista jurídicos (BVerfGE 9, 226 y s; BVerfGE 20, 344; BVerfGE 22, 259).

¹⁴⁰ SCHWAB y GOTTWALD, *Generalbericht Verfassung*, cit., p. 29.

¹⁴¹ «Informe por países: Bélgica», en *Gerichtsschutz gegen die Exekutive*, tomo I, p. 79.

¹⁴² *Vid.*, también, el «Informe por países: Grecia», en *Gerichtsschutz gegen die Exekutive*, cit., tomo I, p. 304. La garantía al juez legal en el artículo 8 de la Constitución griega, de 11 de junio de 1975, requiere el nombramiento reglamentario del gremio de jueces en el caso particular. El nombramiento personal de la sala en el caso concreto está garantizado por la competencia de revisión del Consejo de Estado. Un nombramiento del gremio de jueces no conforme al reglamento constituiría una infracción de la ley.

¹⁴³ La garantía constitucional al juez legal en el artículo 25 de la Constitución de la República Italiana se refiere también a la competencia de la sala de instrucción y el nombramiento personal del gremio de jueces en el caso concreto. «Informe por países: Italia», en *Gerichtsschutz gegen die Exekutive*, cit., tomo I, p. 493. En contra de la ampliación de la garantía constitucional italiana al ámbito interno del tribunal, *vid.* Corte Costituzionale, Sentenza núm. 13 del 1972, *Giurisprudenza Costituzionale* 1973, 1430. *Vid.*, también, sobre este particular PIZZORUSSO, A., «Giudice naturale», en *Enciclopedia Giuridica*, vol. XV, Roma, 1988, pp. 5 y ss.

¹⁴⁴ Para la orientación de la protección en el ámbito interno del tribunal del artículo 17 de la Constitución del Reino de los Países Bajos, *vid.* «Informe por países: Países Bajos», en *Gerichtsschutz gegen die Exekutive*, cit., tomo II, p. 803.

¹⁴⁵ «Informe por países: Austria», en *Gerichtsschutz gegen die Exekutive*, cit., tomo II, pp. 864 y ss.

¹⁴⁶ No se puede localizar ninguna jurisdicción danesa que, en atención al § 61 de la Constitución del Reino de Dinamarca, abarque también el nombramiento del personal de la sala juzgadora. *Vid.* el § 2 de la Ley judicial danesa sobre el reparto de asuntos y nombramiento de las salas en

c, de la Constitución de la República de Irlanda; el artículo 13 de la Constitución del Gran Ducado de Luxemburgo¹⁴⁷; el artículo 32, párr. 7 de la Constitución de la República de Portugal; el cap. 2, § 11 de la Constitución del Reino de Suecia¹⁴⁸ ni para el artículo 24, párr. 2 de la Constitución del Reino de España¹⁴⁹.

El estudio del Consejo de Europa (*Directorate of Legal Affairs*) *The Rule of Law and Justice: achievements of the Council of Europe* (1997), también presupone una necesidad de protección en el ámbito interno del tribunal¹⁵⁰. La recomendación del Comité de Ministros No. R (94) 12, de 13 de octubre de 1994, incluye entre los principios generales de la independencia judicial, además de la disposición legal sobre el oficio de juez y sus competencias, un reparto no influenciado de los asuntos por la voluntad de las partes procesales o de un tercero interesado en el resultado del juicio¹⁵¹. Del mismo modo, la *International Bar Association* en sus *Minimum Standards of Judicial Independence*, de 5 de marzo de 1982, formula un consenso contra el reparto *ad hoc* de los asuntos judiciales: «*Division of work among judges should ordinarily be done under a predetermined plan, which can be changed in certain clearly defined circumstances*»¹⁵². Por consiguiente, el nombramiento de las salas tiene que corresponder a la autogestión judicial¹⁵³.

el Tribunal Supremo (ámbito interno) y el § 6 con respecto a los *Landgerichte*. *Vid.*, además, *Informe por países: Dinamarca*, en *Gerichtsschutz gegen die Exekutive*, cit., tomo I, p. 117, que contiene más referencias.

¹⁴⁷ También falta una jurisprudencia pertinente para una orientación de la protección en el ámbito interno del tribunal del artículo 13 de la Constitución del Gran Ducado de Luxemburgo. «Informe por países: Luxemburgo», en *Gerichtsschutz gegen die Exekutive*, cit., tomo II, p. 699.

¹⁴⁸ Para delitos ya cometidos, un litigio determinado o un pleito en concreto no se puede instalar expresamente un tribunal, capítulo 2 derechos fundamentales y libertades, § 11 de la Constitución del Reino de Suecia, de 1 de enero de 1975, modificado por última vez el 1 de enero de 1980, cit. en *Textausgabe*, p. 492. *Vid.*, también, «Informe por países: Suecia», en *Gerichtsschutz gegen die Exekutive*, cit., tomo II, pp. 679 y ss.

¹⁴⁹ «*Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos*».

¹⁵⁰ Dir/Doc (97) 8, COE. M.9/97, p. 7.

¹⁵¹ «*The distribution of cases should not be influenced by the wishes of any party to a case or any person concerned with the results of the case. Such distribution may, for instance, be made by drawing of lots or a system for automatic distribution according to alphabetic order or some similar system*», Rec. R. (94) 12; *Recommendations, resolutions and declarations of the Committee of Ministers 1994*, Documentary Information Service, Strasbourg, 1996. COE C.1.1, 2 a.i, a.ii.

¹⁵² *International Bar Association, Minimum Standards of Judicial Independence, A (Judges and the Executive) rule 11 lit. a*, en *Recht und Politik*, 18 (1982), 81.^a continuación de lo citado anteriormente: «*b. In countries where the power of division of judicial work is vested in the chief justice, it is not considered inconsistent with judicial independence to accord to the chief justice the power to change the predetermined plan for sound reasons, preferably in consultation with the senior judges when practicable. c. Subject to (a.), the exclusive responsibility for case assignment should be vested in a responsible judge, preferably the President of the Court*».

¹⁵³ «*International Bar Association, Minimum Standards of Judicial Independence, A (Judges and the Executive) rule 12*», en *Recht und Politik*, 18 (1982), 81: «*The power to transfer a judge from one to another shall be vested in a judicial authority and preferably shall be subject to the judges consent, such consent not be unreasonably withheld*».

Resumiendo la visión general de los Estados miembros de la UE, las decisiones internas del tribunal sobre el reparto de los asuntos y el nombramiento de las salas constituyen una infracción del principio al juez legal en el ámbito interno del tribunal sólo si la aplicación incorrecta de las instrucciones sobre el reparto de los asuntos y el nombramiento están basados en consideraciones arbitrarias. Únicamente la garantía constitucional alemana del artículo 101, párr. 1, f. 2 de la Ley Fundamental alemana considera, según la más reciente jurisdicción del Tribunal Constitucional Federal, que toda decisión interna del tribunal referente a la organización en el caso de la resolución plenaria, de 8 de abril de 1997, se refiere a la selección de los jueces que integran una sala que decide con exceso de jueces¹⁵⁴. Esta evaluación también se refleja en la práctica jurídica con respecto al artículo 6 párr. 1, f. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos –CEDH–.

IV.2 LA FALTA DE UNA ORIENTACIÓN DE PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO INTERNO DEL TRIBUNAL EN LA GARANTÍA DEL ARTÍCULO 6 PÁRR. 1 F. 1 DEL CEDH

Resulta dudoso si la base legal como característica de un tribunal, en el sentido del artículo 6, párr. 1, f. 1 del CEDH, también tiene una orientación de la protección en el ámbito interno del tribunal. La exigencia de un «*tribunal basado en una ley*» conforme al artículo 6, párr. 1, f. 1 del CEDH, ¿también protege contra un nombramiento de las salas o un reparto de los asuntos *ad hoc*, arbitrariamente ordenado para un caso particular? Ninguna de las resoluciones emitidas hasta ahora sobre el artículo 6, párr. 1, f. 1 del CEDH afirma una vulneración de la Convención en el ámbito interno del tribunal.

En la sentencia *Piersack./ Bélgica*, de 1 de octubre de 1982, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH– dejó sin respuesta la cuestión de la colaboración de un juez que, a pesar de haber participado en una fase anterior del procedimiento¹⁵⁵, infringe la garantía de la base legal del artículo 6, párr. 1, f. 1 del CEDH¹⁵⁶, y sólo constata una vulneración de la garantía de la imparcia-

¹⁵⁴ Fórmula de decisión de la resolución plenaria de 8 de abril de 1997: «*Conforme al artículo 101, párrafo 1, frase. 2 de la Ley Fundamental alemana, en el caso de las salas con exceso de jueces profesionales, está principalmente obligado predeterminar con anterioridad, según características abstractas, qué jueces tienen que participar en los respectivos juicios*» (BVerfGE 95, 322). Estas divergencias intra-europeas dieron lugar a los enredos diplomáticos antes del TJUE en el caso *Landesamt für Ausbildungsförderung Nordrhein-Westfalen* contra *Lubor Gaal* del 4 de mayo de 1995.

¹⁵⁵ La prohibición de compatibilidad del § 127 de la Ley de Tribunales belga prohíbe la colaboración de un juez que había participado en una fase anterior del procedimiento del mismo asunto judicial.

¹⁵⁶ TEDH 1 de octubre de 1982 (*Piersack./ Bélgica*) 53-A, 16 cifra 33; EuGRZ 1985, 301, 304: «*In order to resolve this issue, it would have to be determined whether the phrase «established by law» covers not only the legal basis for the very existence of the «tribunal» –as to which there can be no dispute on this occasion– but also the composition of the bench in each case (...). In the particular circumstances, it does not prove to be necessary to examine this issue, for in the present case the complaint, although made in a different legal context, coincides in substance with the complaint which has been held in the preceding paragraph to be well founded*».

lidad¹⁵⁷. En su resolución sobre la admisibilidad del recurso (8692/79) *Piersack./ Bélgica*, de 15 de julio de 1980, la Comisión había diferenciado entre el ámbito externo (*statutory provisions of an institution al nature, ie. the legal basis of the existence of the court*) y el interno del tribunal (*organisation al provisions, ie. The organisation and working of the court*) y planteó la cuestión de la orientación de la protección de la garantía de base legal en el artículo 6, párr. 1, f. 1 del CEDH dentro del tribunal: «*However, it considers that the position as stated by the applicant, assuming it to be established, raises a problem in relation to the interpretation of the words «established by law» in Article 6, paragraph 1 of the Convention, in particular as to whether they refer exclusively to statutory provisions of an institutional nature (ie. the legal basis of the existence of the court) or also to organizational provisions (ie. the organization and working of the court)*»¹⁵⁸.

La resolución de la Comisión, de 18 de diciembre de 1980, sobre la admisibilidad del recurso *Crociani et al./ Italia* trató del nombramiento de los jueces por la Comisión de investigación parlamentaria como problema de imparcialidad y no bajo el aspecto de la base legal en el artículo 6, párr. 1, f. 1 del CEDH¹⁵⁹. Consideró que el sorteo de jueces adicionales fue legal y el recurso era en consecuencia, a este respecto, obviamente injustificado¹⁶⁰. Argumentaciones parecidas a las de la decisión marco en *Piersack./ Bélgica* motivaron las infracciones de la Convención contra la garantía de un tribunal imparcial del artículo 6, párr. 1, f. 1 del CEDH, en la resolución de la Comisión sobre la admisibilidad del recurso *Kremzow./ Austria*¹⁶¹ y la sentencia del TEDH en *Pfeiffer y Plankl./ Austria*¹⁶². En esta sentencia el Tribunal no se pronunció sobre la vulneración

¹⁵⁷ TEDH 1 de octubre de 1982 (*Piersack./ Bélgica*) 53-A, 16 cifra 32. Fn. 157: versión insignificamente revisada de: *El juez legal*; Madrid, 2014; pp. 345 y ss.

¹⁵⁸ ComEDH, resolución sobre la admisibilidad de la queja (8692/79) *Piersack./ Bélgica* de 15 de julio de 1980, DR 20, 209, 225 al final.

¹⁵⁹ En su motivación, la Comisión asentaba que los jueces nombrados por el Parlamento se elegían por una lista que los diferentes partidos políticos representados en el Parlamento habían elaborado conjuntamente. En opinión de la Comisión, las tendencias políticas dentro del gremio de jueces no son causa de la acusación de parcialidad hacia los implicados en el proceso, cuando están representadas varias tendencias políticas (ComEDH, resolución de 18 de diciembre de 1980 (*Crociani./ Italia*) quejas rel. 8603/79, 8722/79, 8723/79, 8729/79, DR 22, 147, 221 cifra 11).

¹⁶⁰ ComEDH, resolución de 18 de diciembre de 1980 (*Crociani./ Italia*) quejas rel. 8603/79, 8722/79, 8723/79, 8729/79, DR 22, 147, 220 cifra 9: «*In this connection the Commission notes that, even assuming that the expression «tribunal established by law» includes respect for domestic statutory provisions for an organisational nature (i.e. composition and operation of the court), and not merely institutional provisions (cf. decision on admissibility of application No 8692/79 (DR 20, 209) [cita de la resolución de la Comisión sobre la admisibilidad de la queja en Piersack./ Bélgica] the applicants' complaints are manifestly ill founded*».

¹⁶¹ ComEDH, resolución sobre la admisibilidad de la queja (12350/86) de 5 de septiembre de 1990. *Vid.* los principios en *Piersack./ Bélgica* (ComEDH, resolución sobre la admisibilidad de la queja (8692/79) *Piersack./ Bélgica* de 15 de julio de 1980, DR 20, 209) donde el presidente del tribunal de jurados había sido fiscal adjunto en una fase precedente del proceso.

¹⁶² TEDH 25 de febrero de 1992 (*Pfeiffer y Plankl./ Austria*) 227-A, 17, cifra 39.

de la base legal como rasgo propio de un tribunal por la coincidencia con la vulneración de la imparcialidad: «*In the Court's opinion, the complaint of the lack of an «impartial» tribunal and that of the lack of a tribunal «established by law» coincide in substance in the present case»*¹⁶³.

En el caso *Barberá, Messegué, Jabardo./ España*¹⁶⁴, el cambio repentino de la composición de la sala por tres jueces de la *Audiencia Nacional*¹⁶⁵ se debatió únicamente bajo el aspecto de la imparcialidad¹⁶⁶ y del procedimiento justo¹⁶⁷. El cambio de repente del juez presidente y de un asesor, junto con el transporte de los presos al lugar del proceso a última hora, la densidad de la vista oral y la renuncia a la lectura del extenso registro de pruebas en la vista oral (*por reproducida*), motivaron la infracción de la Convención contra la garantía del proceso justo del artículo 6, párr. 1, f. 1 del CEDH¹⁶⁸.

Los recursos relacionados (12522/86 y 12652/87) *X./ Suiza*¹⁶⁹ se dirigieron contra la asignación del asunto a una sala extraordinaria después de una declaración de parcialidad de los jueces ordinarios. La alegación de una violación de la garantía de la base legal del artículo 6, párr. 1, f. 1 del CEDH se rechazó como obviamente injustificada, ya que la sala extraordinaria elegida en el Tribunal de Apelación del Cantón de Basilea-Campiña era legal según el derecho suizo (*section 22, 23 bis Basel-Landschaft Gerichtsverfassungsgesetz*) –LOJ de Basilea Campiña–. En la sentencia del tribunal en *Holm./ Suecia* de 25 de noviembre de 1993¹⁷⁰, la vulneración de la base legal como rasgo propio de un tribunal podía quedar sin resolver ya que el nombramiento de miembros de un partido político para el jurado, en un proceso relacionado con la libertad de prensa (*freedom of press-case*), infringió por sí mismo la garantía de un tribunal imparcial e independiente en el sentido del artículo 6, párr. 1, f. 1 del CEDH.

¹⁶³ TEDH 25 de febrero de 1992 (*Pfeiffer y Plankl./ Austria*) 227-A, 16, cifra 36.

¹⁶⁴ TEDH 6 de diciembre de 1988 (*Barberá, Messegué, Jabardo./ España*) 146-A, 26 cifra 72; HRLJ 1988, 267.

¹⁶⁵ Establecida por el Real Decreto legislativo 3/77, de 4 de enero, para el enjuiciamiento/juzgamiento de hechos terroristas. *Vid.* TEDH 6 de diciembre de 1988 (*Barberá, Messegué, Jabardo./ España*) 146-A, 18 cifras 44 y s.

¹⁶⁶ El cambio del magistrado presidente y un asesor a última hora sin avisar a los acusados con tiempo, en opinión del TEDH, no constituyó en sí una infracción contra la garantía a un tribunal imparcial del artículo 6, párr. 1, f. 1 del CEDH (TEDH 6 de diciembre de 1988, *Barberá, Messegué, Jabardo./ España* 146-A, 22 cifra 57). La participación del magistrado-presidente cambiado, en una fase anterior del proceso, en el rechazo, meramente presidencial, de la solicitud de trasladar el proceso a Barcelona, no se podía tener en cuenta como infracción contra la garantía a un tribunal imparcial del artículo 6, párr. 1, f. 1 del CEDH, por falta de agotamiento de los recursos nacionales mediante amonestación procesal (*ibidem*, 22 cifra 59).

¹⁶⁷ TEDH 6 de diciembre de 1988 (*Barberá, Messegué, Jabardo./ España*) 146-A, 26 cifra 72. La alegación de la queja que la *Audiencia Nacional* era un tribunal extraordinario, a la que la Comisión rechaza en su informe de 16 de octubre de 1986, 146-A anexo, 47 cifra 94, no es seguida por los querellantes. El TEDH se une a la opinión de la Comisión (TEDH 6 de diciembre de 1988, *Barberá, Messegué, Jabardo./ España*, 146-A, 20 cifra 53).

¹⁶⁸ TEDH 6 de diciembre de 1988 (*Barberá, Messegué, Jabardo./ España*) 146-A, 31 cifra 89.

¹⁶⁹ CEDH, resolución de 6 de marzo de 1989 (*X./ Suiza*), quejas rel.12522/86 y 12652/87.

¹⁷⁰ TEDH 25 de noviembre de 1993 (*Holm./ Suecia*) 279-A; RUDH 1993, 349.

En opinión de la Comisión en la resolución sobre la admisibilidad del recurso (1476/62) *X./ Austria*¹⁷¹, la composición del jurado es un asunto del ámbito interno del tribunal y no afecta a la instalación del tribunal como unidad organizativa. Con ello, la composición incorrecta del jurado en sí no afecta a la base legal del tribunal, en el sentido del artículo 6, párr. 1, f. 1 del CEDH: «*Where as the composition of jury is an administrative matter which does not, as such, concern the “establishment” of the Court*»¹⁷². Esta afirmación incluye al mismo tiempo la diferenciación entre ámbito interno (*administrative matter*) y externo («*establishment*» of the Court), y la limitación de la base legal como rasgo propio de un tribunal a una orientación de la protección en el ámbito externo del tribunal. El asunto administrativo del ámbito interno únicamente se convierte en una infracción contra la base legal del tribunal con efecto externo, con relevancia para el ámbito externo del tribunal, cuando desarrolla el efecto de una denegación de justicia y así influye en el resultado del proceso: «*whereas any administrative error is to be taken into account only insofar as the error caused such prejudice to the Applicant as to amount to a denial of justice; whereas it is not shown that the admission of these jurors as principal jurors, although they did not figure on the list of principal jurors, did in any way affect the outcome of the trial; whereas, consequently, the Commission finds that whatever mistake might have been made did not result in a denial of justice*»¹⁷³.

La resolución de la ComEDH, de 28 de marzo de 1963, sobre la admisibilidad del recurso (1216/61) *X./ República Federal de Alemania* se refirió al reparto de los asuntos entre una gran sala de lo criminal y una auxiliar en un *Landgericht* alemán. La sala auxiliar, establecida temporalmente para evitar exceso de plantilla¹⁷⁴, sustituye a la sala ordinaria en aquellos asuntos en que ésta, por estar ocupada con otros asuntos, no puede resolver¹⁷⁵. La sala auxiliar es una sala instituida temporalmente¹⁷⁶, pero no una sala *ad hoc*. Cuando la sala ordinaria ve una causa es un tribunal basado en una ley, en el sentido del artículo 6, párr. 1, f. 1 del CEDH, en contra de la alegación del recurso, según el cual el asunto hubiera tenido que ser visto ante la sala auxiliar¹⁷⁷. La Comisión no

¹⁷¹ ComEDH, resolución sobre la admisibilidad de la queja (1476/62) *X./ Suiza* de 23 de julio de 1963, CD 11, 31, 42: «*whereas it seems beyond doubt that the jury was not composed in accordance with the rules laid down in Austrian Law*».

¹⁷² ComEDH, resolución sobre la admisibilidad de la queja (1476/62) *X./ Suiza* de 23 de julio de 1963, CD 11, 31, 42.

¹⁷³ ComEDH, resolución sobre la admisibilidad de la queja (1476/62) *X./ Suiza* de 23 de julio de 1963, CD 11, 31, 42.

¹⁷⁴ WOLF, M., *Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenszweige*, 6ª edición, Múnich, 1987, p. 141.

¹⁷⁵ Sin embargo, la sala auxiliar no debe ocupar nunca el lugar de una sala ordinaria, por lo que una sala auxiliar solo puede existir durante un determinado período de tiempo y no debe convertirse en una instalación permanente. Únicamente si el proceso que ocupa a la sala cuyas funciones ejerce la auxiliar, y lo que hizo necesaria la auxiliar en primer lugar, se retrasa de manera no prevista y no previsible, también es admisible la existencia de una sala auxiliar durante un tiempo prolongado.

¹⁷⁶ WOLF, *Gerichtsverfassungsrecht*, cit., p. 141, n. 182.

¹⁷⁷ ComEDH, resolución sobre la admisibilidad de la queja (1216/61) *X./ República Federal de Alemania* de 28 de marzo de 1963, CD 11, 1, 3.

resolvió la pregunta de si la base legal como rasgo propio de un tribunal tiene también una intención de protección en el ámbito interno del tribunal¹⁷⁸.

El recurso *Barthold./.* *República Federal de Alemania* que la Comisión rechazó como obviamente improcedente, conforme al artículo 27, párr. 2 del CEDH, no se refiere a los asuntos administrativos internos de nombramiento o de reparto de los asuntos, sino que es referida a la cuestión externa de la competencia material de los tribunales civiles en las acusaciones contra el querrelante según la ley contra la competencia desleal¹⁷⁹. Según la resolución de la Comisión sobre la admisibilidad del recurso (188825/91) *X./.* *República Federal de Alemania*, de 14 de octubre de 1992, la publicación de los listados de los escabinos conforme al § 36, párr. 3 de la LOJ, pertenece al ámbito interno del tribunal. La resolución destaca el ámbito externo de protección de la base legal como rasgo propio de un tribunal: «*That a court of law had to be established in accordance with the law, served to guarantee the independence of the judiciary. In particular it served to avoid danger that in a given case the decision-making could be manipulated by the choice of a judge ad hoc*». La notificación del estatuto municipal (*Gemeindeverordnung*) para regular la publicación del listado de escabinos es una mera medida preparatoria cuya deficiencia no puede perjudicar la legitimidad del nombramiento del tribunal¹⁸⁰. La publicación deficiente del estatuto municipal no tiene ningún efecto externo, no perjudica el ámbito externo del tribunal, cuya orientación de la protección va dirigida hacia una selección arbitraria en un caso particular¹⁸¹. La Comisión también excluye del ámbito de protección externo del tribunal, al que se limita la base legal como rasgo propio del tribunal, la medida administrativa interna del tribunal de la publicación del listado de escabinos: «*The question as to the manner in which these Statutes had to be publicised is how ever an administrative matter which does not, as such, concern the 'establishment' of the court*»¹⁸². Las medidas administrativas internas deficientes del tribunal únicamente tienen efecto externo al ámbito externo del tribunal si constituyen una denegación de justicia: «*Any administrative error in this respect would have to be taken into account only in so far as the error might have caused such prejudice to the applicant as to amount to a denial of justice*»¹⁸³.

¹⁷⁸ ComEDH, resolución sobre la admisibilidad de la queja (1216/61) *X./.* *República Federal de Alemania* de 28 de marzo de 1963, CD 11, 1, 7.

¹⁷⁹ ComEDH, resolución sobre la admisibilidad de la queja (8734/79) *Barthold./.* *República Federal de Alemania* de 12 de marzo de 1981, DR 26, 155 cifra 3 (Prohibición de publicidad para un veterinario, según la Ley contra la competencia desleal).

¹⁸⁰ ComEDH, resolución sobre la admisibilidad de la queja (188825/91) *X./.* *República Federal de Alemania* de 14 de octubre de 1992, p. 2.

¹⁸¹ «*Furthermore the applicant had not shown that in his case the choice of the lay judges was in any way affected by arbitrariness*», ComEDH, resolución sobre la admisibilidad de la queja (188825/91) *X./.* *República Federal de Alemania* de 14 de octubre de 1992, p. 2.

¹⁸² ComEDH, resolución sobre la admisibilidad de la queja (188825/91) *X./.* *República Federal de Alemania* de 14 de octubre de 1992, [p. 3].

¹⁸³ ComEDH, resolución sobre la admisibilidad de la queja (188825/91) *X./.* *República Federal de Alemania* de 14 de octubre de 1992, [p. 3].

En el procedimiento disciplinario contra los querellantes como policías, basándose en la resolución de la Comisión en *Aguilar González/Fernández Álvarez/Gutiérrez Lobo./ España*, de 1 de abril de 1992¹⁸⁴, el magistrado-presidente participante ha sobrepasado el límite de años de servicio admisible según el Derecho español. El recurso por vulneración del artículo 6, párr. 1, f. 1 del CEDH, basada en ello, es rechazada por la Comisión por ser obviamente improcedente. La Comisión constata que la Sala cuarta de la *Audiencia Provincial de Madrid* es un tribunal instalado por ley que se integra en la organización judicial nacional. Sus competencias materiales y locales están establecidas por ley. Los querellantes reprenden el nombramiento de personal de la sala y no la instalación del tribunal. La Comisión tiene en cuenta que el nombramiento de personal de la sala juzgadora es parte esencial de la organización interna del Poder judicial y debe ser regulada conforme a las normas del derecho nacional. Se trata de una aplicación deficiente del derecho interno que no permite tal prolongación de los años de servicio. La Comisión opina que esta cuestión se encuentra fuera del ámbito de protección del artículo 6 del CEDH. Así que la Comisión entiende el ámbito de protección del artículo 6, párr. 1, f. 1 del CEDH únicamente en el ámbito externo del tribunal. La infracción contra la regulación nacional sobre los años de servicio, como asunto administrativo del ámbito interno del tribunal, sólo se convierte en infracción de la base legal del tribunal en el artículo 6, párr. 1, f. 1 del CEDH cuando tiene un efecto externo, es decir, una relevancia para el ámbito externo del tribunal, como la denegación de justicia o manipulación arbitraria del resultado del proceso. Este no fue el caso en *Aguilar González/Fernández Álvarez/Gutiérrez Lobo./ España*.

La sentencia *Winterwerp./ Países Bajos*¹⁸⁵ no ve una infracción contra la forma de reclusión establecida por ley y garantizada en el artículo 5, párr. 1, letra e del CEDH¹⁸⁶ -que corresponde a la garantía de la base legal en el artículo 6, párr. 1, f. 1 del CEDH¹⁸⁷-, en el hecho de la transferencia de asuntos de una sala a un juez unipersonal si este cambio no tiene efecto externo en el ámbito exterior del tribunal como puede ser una manipulación arbitraria de la jurisdicción. Si la compatibilidad del plan de reparto de asuntos que regula esta transferencia al juez unipersonal, conforme al artículo 288 (b) del Código de *Procedimiento civil neerlandés*, como cuestión difícil del Derecho neerlandés no está aclarada, por lo menos queda excluida la arbitrariedad de las autoridades neerlandesas¹⁸⁸.

¹⁸⁴ ComEDH, resolución sobre la admisibilidad de las quejas (17610/91; 17970/91; 18070/91) *F. A., F. F. et V. G./ España* de 1 de abril de 1992.

¹⁸⁵ TEDH 24 de octubre de 1979 (*Winterwerp./ Países Bajos*) 33-A. La legitimidad de la reclusión en el sentido del artículo 5, párr. 1, letra e del CEDH abarca reglamentos formales (jurídico-procesales) y materiales (33-A, 17 cifra 39).

¹⁸⁶ TEDH 24 de octubre de 1979 (*Winterwerp./ Países Bajos*) 33-A, 20 y ss. párrs. 48 y ss.

¹⁸⁷ TEDH 24 de octubre de 1979 (*Winterwerp./ Países Bajos*) 33-A, 27 y ss. párrs. 69 y ss. amonesta la infracción contra el artículo 6, párr. 1, f. 1 del CEDH.

¹⁸⁸ La resolución por parte del juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Utrecht, en vez de por parte de una sala, se amonesta como infracción contra el artículo 5, I, letra e del CEDH. El plan de reparto de los asuntos prevé la asignación de estos casos al juez unipersonal, siendo contencioso si este plan infringe el artículo 288 (b) del Código de *Procedimiento Civil*

La base legal como rasgo propio de un tribunal en el artículo 6, párr. 1, f. 1 del CEDH, no tiene, según la concepción jurídica analizada de los órganos antiguos de la Convención, un ámbito de protección en el ámbito interno del tribunal. El CEDH no formula ningún consenso europeo sobre la necesidad de reglas abstractas y generales respecto al nombramiento de personal y al reparto de los asuntos. El artículo 6, párr. 1, f. 1 del CEDH no tiene tales exigencias frente a los Estados contratantes del CEDH. Si en los diferentes Estados contratantes existen regulaciones nacionales para el ámbito interno del tribunal, la vulneración de éstas únicamente puede motivar una infracción del artículo 6, párr. 1, f. 1 del CEDH en el caso de una repercusión sobre el ámbito externo del tribunal como una denegación de justicia o una manipulación arbitraria del resultado del proceso.

Esta interpretación está en sintonía con la *Recomendación del Comité de ministros sobre la independencia judicial N.º R (94) 12*, de 13 de octubre de 1994, que tiene en cuenta el reparto de los asuntos hasta el punto de tener repercusión sobre la independencia judicial y el ámbito externo del tribunal¹⁸⁹. La negación de una orientación de la protección de la base legal como característica en el artículo 6, párr. 1, f. 1 del CEDH sobre el ámbito interno del tribunal, excepto que un error de la administración interna del tribunal tuviese repercusiones en el ámbito externo en forma de una denegación de justicia o una manipulación arbitraria del resultado del proceso, es decir, cuando es relevante para el ámbito externo, coincide con los resultados *ius historicos* sobre la tradición constitucional europea común del juez legal. Por esta razón, parece plausible esta interpretación del artículo 6, párr. 1, f. 1 del CEDH.

V. CONCLUSIÓN

La garantía de la convención del artículo 6 párr. 1 f. 1 del CEDH formula la prohibición de tribunales extraordinarios para las jurisdicciones de los Estados contratantes. Por consiguiente, un tribunal conforme al Convenio se fundamenta en una ley parlamentaria, en una ley material en el caso de habilitación o en la jurisprudencia del *common law*. Esto corresponde con el desarrollo descrito de la orientación de protección en el ámbito externo del tribunal del juez legal como pieza complementaria de la independencia judicial. La autorregulación

neerlandés donde se presupone una decisión de una sala (con un mínimo de tres jueces) para transferir una causa en concreto a un juez unipersonal. El plan de reparto de los asuntos está reconocido por el Real Decreto por consejo del *Hoge Raad*. La cuestión de la compatibilidad del plan de reparto de los asuntos con el artículo 288 (b) del Código de Procedimiento Civil es, por ende, una difícil cuestión del derecho neerlandés, así que, por lo menos, queda excluida la arbitrariedad del juzgado de Utrecht en la transferencia al juez unipersonal.

¹⁸⁹ Recomendación núm. R (94) 12, COE C.1.1: «*The distribution of cases should not be influenced by the wishes of any party to a case or any person concerned with the results of the case. Such distribution may, for instance, be made by drawing of lots or a system for automatic distribution according to alphabetic order or some similar system*». Vid., también, *The Rule of Law and Justice. Achievements of the Council of Europe*, DIR / DOC (97)/8, p. 7.

judicial en el ámbito interno del tribunal se organiza de manera diferente. La falta de una orientación de protección en el ámbito interno del tribunal por la garantía convencional documenta la inexistencia de un consenso europeo.

Con este trasfondo hay que relativizar la ampliación de la garantía constitucional alemana del juez legal al ámbito interno del tribunal después de 1945 y hay que encuadrarla en el contexto general de la autorregulación judicial de los siglos XIX y XX.

ULRIKE MÜßIG
Universidad de Passau (Alemania)