

Algunas cuestiones relativas al derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley

Diego Córdoba Castroverde

*Magistrado especialista de lo contencioso-administrativo en el TSJ de Madrid
Magistrado-jefe del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo
Antiguo Letrado del Tribunal Constitucional*

SUMARIO: CUESTIONES GENERALES. —JUEZ. —ORDINARIO. —PREDETERMINADO. —LEY. —CONSECUENCIAS DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO AL JUEZ PREDETERMINADO. —JUEZ PREDETERMINADO POR LA LEY Y EL DERECHO COMUNITARIO.

El objeto de esta reflexión no es el de hacer una exposición exhaustiva de la jurisprudencia y doctrina emanada respecto de este derecho fundamental, sino el de abordar aquellos temas puntuales que se presentan como más problemáticos. Conviene aclarar que no se ha tratado de dar una solución a los distintos problemas que se detectan, sino simplemente plantearlos y a lo sumo apuntar una opinión sobre una posible dirección a seguir.

Con el objeto de establecer una cierta sistemática se ha optado por tratar dos cuestiones generales (la legitimación en este derecho y la inclusión en su contenido del derecho a un juez imparcial) para posteriormente incidir en los diferentes problemas que plantean cada uno de los requisitos puntuales que delimitan este derecho (juez, ordinario, predeterminado, Ley). Finalmente, parece conveniente abordar dos temas de indudable importancia: las consecuencias jurídicas de la vulneración de este derecho y la incidencia del Derecho comunitario en la determinación del juez ordinario, en especial, la problemática que suscita el no planteamiento de una cuestión prejudicial y su incidencia en este derecho fundamental.

CUESTIONES GENERALES

Legitimación

El artículo 24.2 de la C.E en su dicción literal confiere este derecho a «todos». Pero la expresión «todos» referida al conjunto de derechos enumerados en el artículo 24.2 no puede comprender cualquier persona al margen de sus circunstancias concretas (legitimación, condición de parte en un proceso), al igual que tampoco se reconoce una legitimación universal respecto de los restantes derechos reconocidos en dicho precepto.

En primer lugar, conviene señalar que este derecho sólo opera en el ámbito jurisdiccional y no en vía administrativa (STC 22/90 y AATC 320/86 y 170/87), ni en tribunales arbitrales (AATC 41 y 259/93), por lo que no será exigible sino ante los órganos jurisdiccionales, eso sí ante todos ellos (tanto jurisdicción penal, civil, laboral, contencioso-administrativa).

El Tribunal Constitucional tan sólo reconoce la legitimación activa a los sujetos intervinientes en el proceso y, de ellos, única y exclusivamente a quienes hayan adquirido la condición formal de parte procesal. Así, en el ATC 413/1982, 28 de diciembre «...debe afirmarse que el derecho al juez legal deriva del derecho a la jurisdicción, de modo que quien no tiene acceso a un proceso determinado por no estar legitimado y en consecuencia no ser parte en el mismo, tampoco puede pretender que se haya vulnerado en él un derecho fundamental de que sea titular».

Frente a ello y como primer punto de reflexión cabría cuestionarse, y así lo hace Andrés DE LA OLIVA, si carece siempre de interés legítimo suficiente para denunciar una violación de ese derecho fundamental quien no sea parte de un proceso que se sigue ante el juez pretendidamente no legal, partiendo de que el interés legítimo puede existir cuando aún no se es parte formal.

En segundo lugar, es opinión generalizada en la doctrina y jurisprudencia que ninguno de los demás intervinientes en un proceso judicial (peritos, testigos, abogados, procuradores, jueces, fiscales, secretarios, etc...) pueden hacer valer la vulneración de este derecho, al carecer de un interés personal o patrimonial en el proceso en cuestión. Se considera que ninguno de ellos es parte formal (aunque algunos representen intereses de parte) por lo que tampoco les afecta ni les ocasiona gravamen alguno las eventuales irregularidades del derecho al juez legal. Siendo cierta esta conclusión respecto a los abogados, peritos, testigos, mi duda surge respecto al Ministerio Fiscal. Éste representa un interés público en la defensa del ordenamiento jurídico y aunque su interés no es personal sí tiene la condición de parte y puede ostentar un interés institucional en que la causa sea conocida por un juez legal e imparcial. De hecho y por lo que respecta a la garantía del juez imparcial, el Ministerio Fiscal tiene la posibilidad de formular recusación (art. 218 de la LOPJ), las mismas razones avalarían que ostentase un interés legítimo para denunciar una vulneración del derecho al juez legal en el proceso en que sea

parte. El asunto tiene importancia porque ante la eventual lesión de este derecho por una norma o acto dirigido a nombrar un juez *ad hoc* para el conocimiento del proceso penal supuestamente más favorable para el reo, caso de no existir acusación particular, solo él quedaría como garante de este derecho.

¿ Forma parte de este derecho fundamental el derecho a un juez imparcial?

Uno de los temas sobre los que ha existido cierta confusión en la jurisprudencia constitucional al tiempo de definir el contenido de este derecho fundamental es el relativo a la inclusión o no del derecho a un juez imparcial, y consiguientemente de los motivos de recusación y abstención como parte integrante del mismo. La jurisprudencia constitucional ha tenido vaivenes posiblemente porque el artículo 24 establece un sistema complejo de garantías vinculadas entre sí en relación con el proceso.

En un primer momento el TC —ATC 111/1982, 10 de marzo— mantuvo que el derecho al juez predeterminado no abarca la imparcialidad y recusación, sino que sólo abarca la certeza e inamovilidad del juez legal que evite designaciones orgánicas que alteren normas competenciales de conocimiento y no acoge dentro de su ámbito las abstenciones y recusaciones.

Posteriormente se consideró que el juez imparcial formaba parte del juez predeterminado por la ley. La STC 47/1982 consideró que el derecho a formular recusación era instrumental del derecho a utilizar los medios de defensa y el juez predeterminado por la ley.

Esta línea jurisprudencial se mantuvo hasta que la STC 145/1988, de 12 de julio, lo extrajo y lo situó dentro del derecho a un proceso con todas las garantías. Línea jurisprudencial que ha tenido continuidad, con algunas excepciones (SSTC 137/1994, 100/96), y que ha llevado a afirmar con cierta rotundidad que el derecho al juez legal no se ve afectado por la garantía de imparcialidad judicial (STC 138/1991). Sin embargo, todavía existen pronunciamientos recientes que siguen conectando el derecho al juez legal con la imparcialidad.

Considero que la diferenciación de ambos derechos es clara y que el derecho a un juez imparcial debe encuadrarse en el derecho a un proceso con todas las garantías, quedando excluido del ámbito del derecho a un juez ordinario predeterminado por la ley todo lo relativo a la abstención, recusación y la notificación del Magistrado ponente. El fin de este derecho fundamental consiste en preservar la independencia del juez llamado a conocer de un asunto frente a posibles incidencias externas de otros poderes del Estado y no a preservar su imparcialidad subjetiva u objetiva, aun cuando ambos fines puedan estar relacionados. Caso contrario, se incurre en la confusión de considerar que no existe lesión, aunque sea *ad causam*, con tal de que se aprecie que no es parcial y no tiene ningún defecto de idoneidad técnica y ética y, al contrario, se considera vulnerado este derecho cuando concurren las circunstancias de privación de idoneidad subjetiva o de las condiciones de

imparcialidad y neutralidad (STC 137/94). Tal confusión tiene como riesgo la posibilidad de incumplir los requisitos que constituyen la esencia del juez predeterminado en aras de una inexistencia de lesión a la vista del resultado y en base a criterios por completo ajenos a los que se pretenden salvaguardar con el derecho al juez predeterminado por la ley.

JUEZ

La determinación legal abarca tanto la creación o constitución del órgano judicial como a las personas que lo componen: juez-órgano frente a juez-persona. Conviene, no obstante, puntualizar, antes de entrar a considerar la problemática que plantean estos dos aspectos, que la garantía constitucional no abarca la designación del personal de la Administración de Justicia (AATC 41990, 42/96), ni del Ministerio Fiscal.

1. Juez órgano- Tribunal colegiado

Dentro del juez-órgano el derecho fundamental abarcaría la creación o constitución del órgano jurisdiccional y su competencia, entendiéndose por tal todos los criterios aportados para identificar cuál de los órganos jurisdiccionales constituidos debe conocer de un determinado asunto o parte del mismo (SSTC 47/83, 101/84 y 147/87), de modo que el Tribunal Constitucional viene afirmando de forma reiterada que «el derecho al juez predeterminado por la Ley requiere que el órgano judicial llamado a conocer del proceso haya sido creado previamente por la norma y que esté investido de jurisdicción y competencia antes del hecho que motive su actuación».

Merece una atención especial en este punto la problemática que suscitan las normas de reparto. Doctrinalmente se ha sostenido que el juez predeterminado abarca las normas de reparto. Ignacio Díez-PICAZO sostiene en tal sentido que materialmente una norma de competencia y una norma de reparto es lo mismo, cumple la misma función: determinar que órgano jurisdiccional debe juzgar un asunto determinado.

El Tribunal Constitucional ha sostenido que las normas de reparto no están integradas en el derecho al juez legal (ATC 652/1986). En posteriores resoluciones ha confirmado este criterio para el reparto de Salas y Secciones de un mismo Tribunal (ATC 13/1989, 16 de enero, STC 205/1994). Para ello el Tribunal Constitucional utiliza el argumento de que tan predeterminado y tan ordinario es un juez como otro al que recaiga el asunto por reparto y que se trata de la mera distribución de trabajo entre órganos judiciales o secciones dotadas de la misma competencia material en la que priman razones de orden puramente interno y organizativo (ATC 13/89, de 16 de enero). Basta con que existan y se apliquen normas de reparto que establezcan criterios objetivos y de generalidad (STC 205/1994, 11 de julio).

Este argumento es válido pero tan válido es para el reparto como para los problemas competenciales, ¿por qué se fija este límite en un caso y no en otro? El argumento que el TC utiliza en el ATC 13/1989, 16 de enero (f.j. segundo), es que «no puede equipararse la atribución de competencias a los diferentes órganos judiciales, a la que afecta la predeterminación por ley formal, *ex artículo 24.2 de la CE*, con el reparto o distribución del trabajo entre las diversas salas o secciones de un mismo tribunal, dotadas *ex lege* de la misma competencia material que responde a exigencias o conveniencias de orden puramente interno u organizativo».

No creo que se pueda negar la incidencia que una alteración interesada y sobrevenida en las normas de reparto pueda tener sobre la independencia judicial, y por lo tanto sobre la posible lesión de este derecho fundamental, sin que sea lícito descartar toda posible incidencia de las normas de reparto en este derecho fundamental basándose en que éstas persiguen fines meramente organizativos, pues toda norma de distribución de competencias lo persigue y, en todo caso, la manipulación de las normas internas de reparto con fines espurios puede incidir en la independencia del juez sin tener que llegar a demostrar su parcialidad. Ahora bien, el problema se plantea al intentar aplicar el principio de predeterminación legal a tales normas, postulando difícilmente compatible, al menos en su exigencia de que sólo por ley pudiese procederse al establecimiento o modificación de las mismas, con la necesaria agilidad que permita adaptar el reparto de asuntos al funcionamiento, trabajo y necesidades de los órganos judiciales, de modo que razones de eficacia harían difícilmente compatible la constante adaptación de tales criterios con la necesaria intervención del legislador cada vez que se detecte una disfunción en el reparto de un órgano judicial.

Es por ello que la solución no pasaría tanto por excluir las normas de reparto de este derecho fundamental, sino por condicionar su viabilidad al cumplimiento de los requisitos y trámites previamente establecidos por una norma de rango legal, sin perjuicio de que su concreta modificación o alteración no requiera la intervención del legislador. Así, parece razonable exigir que tales normas se adopten *pro futuro* para los asuntos aún no ingresados, sin que en ningún caso afecten a los ya existentes, y en todo caso por el procedimiento y por el órgano marcado en la ley y con la suficiente publicidad. Éste es el criterio seguido por la LOPJ al exigir que las normas de reparto sean aprobadas por la Sala de Gobierno y que tengan la suficiente publicidad. Criterio que también se sigue en el artículo 17 de la ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa completándose con la previsión de que las nuevas normas de reparto no afectan a los asuntos ya iniciados.

Cuestión distinta es la necesaria designación del ponente conforme a las normas de reparto objetivas, en cuyo caso la vulneración de las prescripciones sobre designación del mismo y notificaciones del ponente no son constitucionalmente relevantes desde la perspectiva del juez legal, sino que afectarían a la garantía de un juez imparcial. Nos enfrentamos al problema de

delimitar el contenido del derecho al juez predeterminado por la ley y su alcance, sin que pueda entenderse que el contenido de este derecho abarca el conjunto de normas que determinen la persona del ponente como si tal derecho tuviese que configurarse con tal predeterminación que exigiese conocer el juez con nombre y apellidos que ha de conocer del asunto. La reconducción de tales lesiones al derecho a un juez imparcial, en cuanto ubicada en el derecho a un proceso con todas las garantías, tiene sus consecuencias pues mientras que la vulneración del derecho al juez predeterminado es automática, basta con acreditar que no existe predeterminación o que las normas que la rigen se han quebrantado, mientras que la lesión del derecho a un juez imparcial exige una cumplida prueba de la concurrencia de causas tasadas de parcialidad o de apariencia de parcialidad.

2. Juez- persona

El TC, sin mayores razonamientos, ha señalado que «entre las normas que conducen a la determinación del juez no se encuentran sólo las que establecen los límites de la jurisdicción y la competencia de los órganos jurisdiccionales (STC 74/82), sino que, por el contrario, el derecho al juez legal» exige también que la composición del órgano judicial venga determinado por ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente (SSTC 47/1983 y posteriormente 44/85, 199/87) y una irregularidad en la designación del juez puede vulnerar este derecho (SSTC 31/83, 101/84).

Se puede estar de acuerdo, con carácter general, en que de nada serviría adoptar todo tipo de cautelas para determinar legalmente y con criterios de generalidad el órgano judicial llamado a conocer de un determinado asunto si posteriormente se pudiese designar libremente los miembros del órgano judicial correspondiente o sustituirlos a conveniencia. ¿Pero hasta dónde alcanza esta exigencia? Desde luego al número de miembros que han de componer el órgano, esto es, al diseño del órgano jurisdiccional, pero el TC ha ido más lejos comprendiendo también «la predeterminación legal de los procedimientos de asignación o destino de los jueces y magistrados a los concretos órganos judiciales, es decir, su composición en concreto (STC 66/1994). Ante esta última afirmación cabe preguntarse si también cualquier incumplimiento del procedimiento legalmente establecido o de los criterios legalmente marcados (por ej., piénsese en irregularidades administrativas en la resolución de un concurso) conlleva la vulneración de este derecho fundamental, pues ello implicaría constitucionalizar todas las cuestiones orgánicas de nombramiento y traslados de los miembros de la carrera judicial, con la consecuencia inmediata de que tales cuestiones pasarían a ser conocidas por el Tribunal Constitucional mediante la invocación de este derecho y, lo que es más importante, la apreciación de cualquier irregularidad administrativa en dicho procedimiento o en la designación realizada conectaría con la exis-

tencia de una lesión del derecho fundamental al juez predeterminado por la ley con la posible incidencia en todos los procedimientos en los que hubiese tenido intervención, de modo que la lesión de este derecho vendría condicionada por la previa existencia de una irregularidad administrativa. Tal consecuencia aparece como desproporcionada y podría entrar en contradicción con la jurisprudencia que viene sosteniendo que la extensión de la garantía al juez persona no opera con la misma intensidad que la relativa a la constitución y la composición del Tribunal (STC 65/1994). Y en este punto conviene recordar que el TC ha señalado que este derecho «no se extiende a garantizar un juez concreto, sino la presencia en las actuaciones y la resolución de lo debatido por un juez —más concretamente por el juez competente al que corresponda el ejercicio de tales funciones— o por quien, y eso es lo esencial, funcionalmente haga sus veces» (SSTC 97/87, 55/91, 100/96).

Por otra parte, esta última expresión plantea distintos problemas en relación con los magistrados suplentes, jueces de apoyo, comisiones de servicios, sustituciones, que es preciso analizar.

Magistrados suplentes y reasignación del turno de ponencias

Se han planteado multitud de problemas relacionados con la formación de salas o secciones, magistrados suplentes y sustitutos, comisiones de servicios, cambios en la composición del tribunal, etc..., máxime si se toma en consideración que es necesario una predeterminación legal del régimen o procedimiento de designación, tanto en su constitución inicial como en el mantenimiento a lo largo del proceso (ATC 324/93) por un procedimiento suficientemente objetivo.

El TS ha defendido que tan ordinario y predeterminado es el titular como el suplente con tal de que se cumplan los trámites para su designación y que no es lícito esperar al resultado de la sentencia para solicitar la nulidad por vulneración de este derecho.

Con carácter general, ha señalado en sus Sentencias (SSTC 193/1996 y 64/1997) que la composición de un órgano judicial mediante la actuación de magistrados suplentes o de refuerzo en su composición mediante la adscripción temporal de otros magistrados en comisión de servicios (reforzamiento de una sección de la Audiencia con tres nuevos magistrados y desdoblamiento en dos de una sala de lo contencioso-administrativo de un TSJ con la reasignación del turno de ponencias) no afecta al derecho fundamental alegado.

Estas sentencias merecen una consideración especial:

1. En la STC 193/1996, a la vista de la existencia de un proceso penal complejo que podría paralizar el Tribunal (caso subasteros), el Consejo General decidió dar una comisión de servicios a dos magistrados de dicho tribunal y nombrar un tercer magistrado suplente que reforzasen dicha Sección, y el tribunal razona «La situación de los nuevos magistrados no es distinta,

pues, a la que ya ostentaban los que con anterioridad estaban destinados en ella. Todos ellos integraban un mismo órgano judicial creado e investido de la correspondiente jurisdicción y competencia. No se creó una nueva sección sino que mantuvo el órgano judicial existente, procediéndose a una reorganización en su composición para evitar la paralización de los asuntos de los que estaba conociendo, a los efectos de evitar el evidente grave daño que ello produciría, en especial a los justiciables y, en definitiva, a la sociedad». No se creó un tribunal *ad hoc* sino un aumento de los jueces que lo componían en función de las necesidades del servicio.

Me parece muy interesante y defendible la línea argumental utilizada en esta sentencia, pues nos sitúa ante un criterio de flexibilidad al tiempo de apreciar la lesión del derecho en donde, junto con el cambio del juez inicialmente designado, se toman en consideración las razones objetivas concurrentes y los restantes intereses existentes. Creo que ello permite introducir como línea de debate la posibilidad de alterar la composición cuando se razone suficientemente la existencia de circunstancias sobrevenidas y objetivamente constatables que llevan a una ponderación de intereses, tales como una justicia rápida y a la no paralización de procesos. Frente a ello, mantener criterios rígidos llevaría a la lesión de derechos e intereses dignos de protección sin proporcionalidad de la medida en relación con los intereses protegidos, sin que existan sospechas de la constitución de tribunales de excepción, *ad hoc* o *ex post facto*.

Por otra parte, relativiza el juez persona entendiendo que no se creó un órgano judicial nuevo sino el reforzamiento de uno ya existente por necesidades del servicio.

2) En la STC 64/1997 el recurrente considera vulnerado el derecho al juez predeterminado por la ley por el cambio de ponente inicial designado, cambio que se considera efectuado *ad hoc*, y no fue puesto en su conocimiento, de suerte que se le privó de la posibilidad de articular la oportuna recusación. La sentencia reconduce la imposibilidad de recusar al derecho a un proceso con todas las garantías lo cual, como ya he tenido ocasión de señalar, parece lo más acertado, pero, al enjuiciar si el desdoblamiento de una sección en dos y la reasignación del turno de ponencias atenta al derecho al juez predeterminado, se limita a decir que no, sin explicar por qué (fundamento jurídico segundo). Lo cierto es que el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial es posterior al recurso contencioso-administrativo, el recurso contencioso se interpone en julio de 1991 y una vez formalizada la demanda y la contestación, por providencia de marzo de 1994 TSJ decide que en virtud de la autorización concedida por el Consejo el (1 de febrero de 1994) se le atribuyó a otra sección y se procedió al nuevo reparto de asuntos.

Juez de apoyo

Se ha declarado que el juez de apoyo nombrado conforme a la normativa vigente son jueces ordinarios predeterminados por la ley (STC 193/1996). De modo que cabe plantearse si el Acuerdo del Consejo, que al reforzar a un tribunal cambió su composición, afecta a este derecho. Considero que esta designación sí es posible y que la garantía se encuentra en el cumplimiento de los requisitos objetivos establecidos en el artículo 216 de la LOPJ, en la línea de respetar los requisitos legales y generales previamente establecidos para tales casos y siempre justificando su necesidad.

Comisiones de servicios

En el ATC 42/96 (asunto Mario Conde) se aborda el tema del nombramiento de un juez en comisión de servicios al Juzgado de la Audiencia Nacional en virtud de acuerdo previo de la Comisión Permanente del Consejo General, planteándose si dicho nombramiento vulnera el derecho al juez predeterminado por la ley. El Tribunal Constitucional razona que la comisión de servicios es una situación legalmente prevista y con unos determinados requisitos para su concesión. Analiza el cumplimiento de tales requisitos y al considerar que concurren declara que no se ha vulnerado tal derecho. En resumen, reitera la doctrina ya contenida en el ATC 419/1990, en cuya virtud «la asignación de personal a los diferentes órganos judiciales es una cuestión orgánica que, siempre que se decida aplicando las normas previstas al efecto, en nada afecta al derecho fundamental al juez ordinario predeterminado».

Ahora bien, cabe reproducir aquí el problema antes planteado en torno al alcance que ha de darse a los posibles incumplimientos de los mecanismos de designación, pues la pregunta que surge de nuevo es si cualquier incumplimiento del mecanismo de designación o la rectificación del criterio inicialmente acordado (por ejemplo, por estimación del recurso de otro aspirante) implica una vulneración de este derecho. Ello sería tanto como configurar como parte integrante de este derecho toda la regulación meramente orgánica de los jueces y magistrados y lo que es más grave hacer depender del resultado de las decisiones gubernativas que se adopten la vulneración de este derecho.

Sustituciones

Se ha cuestionado también la vulneración de este derecho en los casos en que se ha producido un cambio de juez a lo largo del proceso. Se trata básicamente de los supuestos de sustitución entre jueces por motivos de permisos o licencias.

Así, se ha planteado respecto de los supuestos de sustitución entre el magistrado que practica la prueba y su sustituto que pasa a dictar sentencia o los

supuestos en los que un juez celebró la vista y otro dictó sentencia. En tales casos, el Tribunal Constitucional consideró que no existía vulneración de este derecho (ATC 586/84, SSTC 97/87 y 55/91).

Se parte de que «el art. 24 de la Constitución española no se extiende a garantizar un juez concreto, como pretende el recurrente, sino la presencia en las actuaciones y la resolución de lo debatido por un juez— más concretamente por el juez competente al que corresponda el ejercicio de tales funciones— o por quien, y esto es lo esencial, funcionalmente haga sus veces, como en este caso ha acontecido», para argumentar más adelante que la realización de pruebas por uno y la sentencia por otro no tiene la misma trascendencia en el proceso civil que en el penal, porque el principio de inmediación no incide por igual en ambos órdenes jurisdiccionales, máxime cuando las pruebas celebradas están documentadas o lo alegado en la vista está suficientemente documentado en el acta.

Por otra parte, tampoco considera vulnerado este derecho en el caso contrario, la continuación de un magistrado jubilado que ha celebrado el juicio oral en causa penal y su prolongación para poner sentencia (ATC 420/1990, en el mismo sentido los AATC 419/90 y 421/90). En este caso, consideran que debe primar el principio de unidad de acto y no propiciar la nulidad de actuaciones, medida que se considera desproporcionada si se toma en consideración que no hay una reducción de la imparcialidad ni de la independencia del afectado.

En la solución de tales cuestiones concretas, el Tribunal Constitucional parte de una premisa correcta —este derecho no abarca un juez en concreto—, pero luego intenta justificar la falta de vulneración en criterios que son ajenos al contenido de este derecho (no se vulnera la imparcialidad, la inmediación en el proceso civil no tiene la misma importancia en el proceso penal, las alegaciones están suficientemente documentadas, etc.). El problema no se centra en la mayor o menor imparcialidad del juez, cuestión que como ya he expuesto debe permanecer ajena al contenido de este derecho, ni en las diferencias entre los distintos tipos de procesos y la incidencia que tienen los principios de unidad de acto o la inmediación.

No se trata de que el magistrado sea o no imparcial, o que se haya o no vulnerado el principio de unidad de acto, sino si el derecho a un juez predeterminado puede impedir la adopción de criterios flexibles en los que se puedan tomar en consideración valores distintos y otros derechos fundamentales para dar solución a las distintas contingencias que la realidad presenta, también, en la función jurisdiccional y en la organización de la misma, supliendo las disfuncionalidades del sistema. Lo cierto es que este derecho fundamental no impide las sustituciones ni cubrir determinadas incidencias por otros jueces cuando legalmente esté previsto, al margen o no de su incidencia en la valoración de la prueba y en los principios de unidad de acto o de inmediación, cuestiones que son ajenas al contenido de este derecho, pues parece evidente que ni cualquier violación de estos principios determina una vulneración de este derecho ni viceversa.

El problema surge cuando no está previsto para tal incidencia una previsión normativa de sustitución.

ORDINARIO

Según el TC, juez ordinario es que «establezca el legislador, si orgánica y funcionalmente merece esta consideración» (STC 56/90, fundamento jurídico 36).

No se puede identificar juez ordinario con juez natural ni impide la existencia de jurisdicciones especializadas, por lo que cabe entenderse que se refiere a juez «constitucionalmente reconocido».

Natural

La asimilación de juez predeterminado con juez natural implicaría que no basta con la predeterminación legal sino que el legislador estaría limitado para determinar la competencia entre órganos jurisdiccionales. Pero en nuestra Constitución no hay una exigencia de juez natural (ATC 324/93), luego, no hay limitación alguna a la predeterminación normativa. Por otra parte, el TC ha negado desde su primer jurisprudencia la identificación del término juez legal y juez natural o juez del *locus delicti* (SSTC 25/81, 199/87, 153/88, ATC 15 de febrero de 1988...)

En la STC 199/87, tras señalar que «La Constitución prohíbe jueces excepcionales o no ordinarios, pero permite al legislador una determinación de las competencias de acuerdo a los intereses de la justicia, y teniendo en cuenta las experiencias propias y ajenas», se justifica la concentración de determinados asuntos en un solo tipo de órganos jurisdiccionales basándose en la razonabilidad de la medida centralizadora «en relación con su naturaleza, con la materia sobre la que versa, por la amplitud del ámbito territorial en que se produce y por su trascendencia para el conjunto de la sociedad». Pero si esto es así, no basta la predeterminación del órgano jurisdiccional por norma de rango legal previa y general suficiente, sino también que los criterios que rompan la universalidad o el principio del *forum delicti comisi* o *locus delicti* sean razonables y sean adecuados, por lo que, aun admitiendo esta posibilidad, la somete a determinados condicionantes que carecen de justificación salvo que partamos de la asimilación entre juez ordinario con juez universal que exija la necesaria proporcionalidad y motivación para apartarse de este criterio, lo cual introduce un factor de confusión que no tiene, a mi juicio, justificación alguna.

Órganos especializados

El término juez ordinario incluye tanto la jurisdicción ordinaria como las jurisdicciones especiales por razón de competencial material. La especia-

lización competencial está expresamente reconocida en nuestra Constitución, por lo que es constitucionalmente admisible jueces o tribunales cuyo conocimiento venga restringido a un determinado ámbito de materias.

Jurisdicción militar

El TC ha concluido (STC 113/1995, de 6 de julio) que los tribunales militares caben en la mención de ordinarios del artículo 24.2 CE. Ahora bien, el Tribunal Constitucional en una reiterada jurisprudencia establece una distinción entre ellos al tiempo de abordar los problemas competenciales que se pueden suscitar. Así, considera que este derecho se lesiona cuando de un asunto correspondiente a la jurisdicción ordinaria conoce la militar y no cuando ocurre lo mismo entre dos órganos de la jurisdicción ordinaria, considerando en tales casos que la interpretación y aplicación de las normas legales es misión de tales órganos y que no es tarea suya revisar si la interpretación llevada a cabo por el tribunal es o no correcta.

El intento de explicación se basaría en que la jurisdicción militar se comprende dentro del concepto de juez ordinario, pero es especial respecto a la común y sólo puede conocer con carácter especial de la materia estrictamente castrense y cuando no lo hace vulnera la competencia que constitucionalmente le ha sido reconocida (STC 141/84). Pero lo cierto es que para saber si es o no competente es necesario, normalmente, un proceso de interpretación, en cambio, el Tribunal Constitucional (STC 4/90) considera que la consumación de la lesión se produce «cuando una determinada pretensión es enjuiciada por un órgano jurisdiccional constitucionalmente inadecuado, con independencia del contenido material de las resoluciones que tal órgano adopte». Por otra parte, es el Tribunal Constitucional el que *a posteriori* realiza una interpretación diversa de la realizada por la jurisdicción militar para entender vulnerado o no este derecho.

Esta interpretación plantea, por otra parte, el problema de si esta misma tesis sería aplicable a los demás órganos constitucionales que ejercen funciones jurisdiccionales, por ejemplo, Tribunal de Cuentas, e incluso el Tribunal Constitucional cuando bajo la apariencia de una lesión de un derecho fundamental el recurso de amparo encubre una mera cuestión de legalidad.

Mi objeción no va destinada tanto a considerar que las cuestiones de competencia deben ser encuadradas dentro del derecho al juez predeterminado por la ley, sino a excluir también de este derecho las cuestiones de competencia relacionadas con la jurisdicción militar.

PREDETERMINADO

La predeterminación afecta a la existencia del propio órgano judicial y a la jurisdicción y competencia. Es necesario que la ley que lo haya creado

previamente le haya dotado de jurisdicción, con generalidad y anterioridad al caso.

En el análisis de las distintas cuestiones que suscita esta exigencia, es preciso diferenciar los problemas relacionados con la necesidad de que la creación sea «anterior», respecto de la «generalidad» de la designación.

Anterioridad

Se plantean problemas relacionados con el *dies a quo* y los cambios legislativos.

a) *Dies a quo*

La predeterminación ha de ser anterior al caso, pero ¿qué se entiende por caso?: hechos o proceso.

Se han planteado dos tesis:

La primera posibilidad consiste en considerar que la predeterminación ha de ser anterior a los hechos. Tesis que utiliza la doctrina italiana hablando de «la necesaria preconstitución del juez respecto al hecho de juzgar». El problema surge en la aplicación de esta regla en los procesos no penales en los que, como señala Ignacio Díez-PICAZO, el *petitum* sólo existe en el momento de la demanda y con el contenido en ella perfilado y la *causa petendi* sólo es identificable en el momento en el que el actor formula la demanda al comprobar cuales son los hechos que se alegan como base de la misma. Es por ello que intentar identificar el nacimiento de la relación o situación jurídica como momento de determinación de la competencia, aparte de imposible en muchos casos, sería absurdo en la jurisdicción civil que tiende fundamentalmente a la protección de derechos e intereses privados.

La tesis alternativa es que la predeterminación sea respecto al proceso. Tiene la ventaja de ser perfectamente aplicable a todo tipo de procesos y respecto al proceso penal sería el momento de la *noticia criminis*, el de la iniciación de una actividad jurisdiccional penal.

Jurisprudencialmente el problema no está definitivamente resuelto aunque parece inclinarse por la primera tesis.

1) Mientras que en algunas resoluciones parece decantarse por la pre-existencia de la norma a los hechos que se enjuician. Así se habla de estar investido de jurisdicción y competencia «antes del hecho que motive su actuación» (STC 148/1987) o con «anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial» (SSTC 47/83, 23/86, 138/1991, 177/96, 193/96 y ATC 138/89) «con antelación al supuesto litigioso» (ATC 324/93) «con anterioridad a la producción del hecho objeto de enjuiciamiento» (STC 307/93).

2) Otras resoluciones parecen inclinarse por la predeterminación de la norma competencial vigente al iniciarse el proceso. Así, el ATC 297/95 afirma que «la predeterminación significa, también, que la existencia del juzgador ha de ser anterior a la iniciación del proceso en cuestión» o la STC 101/84 en la que se habla de que la anterioridad de la determinación del juez se fija «respecto al planteamiento procesal del litigio».

3) Existe incluso una sentencia que acepta ambas tesis (STC 199787) afirmando que lo es respecto al planteamiento del litigio en otro momento que la determinación ha de efectuarse «con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial».

El Tribunal Supremo cuando se enfrentó con la entrada en vigor del Código Penal de 1995, que modificó las competencias que tenían los Juzgados de lo Penal para enjuiciar los delitos penados hasta con seis años de privación de libertad, se inclinó por considerar que la competencia objetiva debía regirse por «la norma vigente en el momento de cometerse el hecho» (ATS 18 de junio de 1997).

La STC 193/1996, de 26 de noviembre, examina la compatibilidad con el derecho al juez predeterminado por la ley de las medidas de refuerzo adoptadas en la composición de un Tribunal Penal (Audiencia Provincial de Madrid que conocía de un procedimiento sobre subasteros). La sentencia recuerda y asume la jurisprudencia anterior que establece que la predeterminación de la norma «debe haberse dictado con anterioridad al hecho motivador del proceso», sin embargo, las medidas de refuerzo que alteran la composición del tribunal se basan en el artículo 216 bis LOPJ, y en un Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, ambos anteriores al hecho motivador del proceso — una estafa—, a la iniciación del proceso penal, a la condena en primera instancia (por Sentencia de 30 de julio de 1994) incluso a la presentación del recurso de apelación (cuando el precepto de la LOPJ proviene de la redacción dada por LO 16/1994, de 8 de noviembre, y el Acuerdo del Consejo es de fecha 31 de enero de 1995). Pese a ello, la Sentencia considera que no se ha violado tal derecho porque no se había creado un *órgano ad hoc*, sino reforzado uno ya existente, por lo que hace caso omiso de la predeterminación de la norma para centrarse a continuación en la inexistencia de motivos que pudiesen amparar la recusación.

b) ¿La predeterminación admite excepciones?

El problema se plantea en torno a la incidencia de una modificación de las normas procesales respecto de los procedimientos en curso. Cabe plantear el problema, siguiendo a Ignacio Díez-PICAZO, en los siguientes términos, si la norma de la predeterminación del juez es absoluta y no admite derogación

alguna, a partir del momento fijado (realización del hecho o iniciación del proceso) las reglas de determinación del juez quedarían cristalizadas, serían intangibles e inderogables incluso para el legislador. Una ley que entrase en vigor con posterioridad a ese momento podría modificar o derogar dichas normas, pero sólo *pro futuro*.

La predeterminación de las normas procesales no sólo justificaría la competencia del juez para conocer inicialmente del proceso sino también se convertiría en la norma que debe regir su actividad procesal de las partes y del juez. Se habría sustituido el principio *tempus regit actum*, tradicional regla de Derecho transitorio en el Derecho procesal, por el principio de *perpetuatio iurisdictionis*. Significaría aceptar la *perpetuatio iurisdictionis*, esto es, la ultraactividad de las normas de predeterminación, de modo que las existentes en el momento de iniciarse el proceso, aun derogadas, seguirían aplicándose respecto de los procesos en curso.

Existen dos líneas doctrinales contrapuestas respecto a este problema:

1) Para Ignacio Díez PICAZO, no se puede aceptar excepciones o derogaciones de una norma constitucional que se configura como derecho fundamental de la persona. No hay base teórica alguna que permita fundar excepciones a la regla de la predeterminación. Según dicho autor, «Si se permite que una ley modifique las normas de determinación del juez respecto de procesos en curso, el prefijo «pre» del adjetivo determinado no significaría nada, de manera que lo que estaría garantizando por la Constitución sería sólo el derecho al juez ordinario determinado no «predeterminado» por la ley».

2) La doctrina italiana y como más adelante veremos, en cierta medida, el TC español se inclina por la tesis contraria.

Si la *ratio* del derecho al juez predeterminado por la ley es proteger la independencia del juez, se puede admitir que una ley altere el régimen competencial de los procesos pendientes, cuando la ley no se haya dictado con intención de atentar contra la independencia de los jueces. Se puede presumir que el atentado no existe cuando estamos en presencia de leyes generales, es decir, de leyes que no consisten en una mera derogación parcial de la disciplina general para un concreto proceso o para un grupo de procesos.

El Tribunal Constitucional, ya en una primera STC 4/90, consideró en un tema relacionado con la modificación de las normas procesales que afectaban a la jurisdicción militar y en concreto la Ley Orgánica 4/1987, de Competencia y organización de la Jurisdicción militar, en que se suprimía el Consejo Supremo de Justicia Militar y los recursos de casación que se encontraban pendientes debían de ser remitidos a la Sala Quinta del Tribunal Supremo, que «la aplicación al caso de las normas que se acaban de citar no implica retroactividad alguna, habida cuenta de que las normas procesales le es aplicable el principio *tempus regit actum*. Es por ello inconsistente sostener

que la aprobación sobrevenida de las citadas Leyes Orgánicas 4/1987 y 2/1989 que regulan, respectivamente, la nueva organización de la jurisdicción militar y el proceso militar, ninguna incidencia pueden tener en el presente caso, debiendo aceptarse, por el contrario, la opinión del Ministerio Fiscal, según la cual la reforma organizativa y procesal de la jurisdicción militar afecta sensiblemente al objeto de esta queja de amparo».

Esta doctrina aparece corroborada, quizá con mayor contundencia, en el ATC 381/1992 (posteriormente recogida en la STC 307/1993) en el que se abordaba el problema relacionado con la supresión de la Audiencia Territorial y su sustitución por la Audiencia Provincial en virtud de la aprobación de la Ley de Demarcación y Planta Judicial, por lo que los procesos pendientes se pasaron de uno a otro órgano jurisdiccional, lo que a juicio del recurrente de amparo suponía una vulneración del derecho al juez predeterminado por la ley, pues las modificaciones competenciales y de los órganos judiciales existentes no pueden afectar a los procesos ya iniciados, la «predeterminación» lo impediría. Pues bien, el Tribunal Constitucional consideró que no existía vulneración de tal derecho fundamental e inadmitió por Auto el recurso de amparo y razonaba en este aspecto que «.....La generalidad de los criterios respecto al planteamiento procesal del litigio garantiza que una vez determinado en concreto el juez de un caso en virtud de la aplicación de los criterios competenciales contenidos en las leyes, el juez del caso no podrá ser desposeído en virtud de decisiones tomadas por órganos gubernativos (STC 101/84)» y añade «De la doctrina expuesta no puede desprenderse, sin embargo, que la predeterminación del juez impida que toda modificación orgánica y funcional, cualquiera que sea su alcance y contenido, pueda tener incidencia en los procedimientos ya iniciados pendientes de resolución, pues si la *ratio* del derecho es proteger la imparcialidad del juzgador, habrá de admitirse que cuando estas modificaciones se realicen por norma de rango adecuado, con criterios objetivos y de generalidad y dentro de la jurisdicción ordinaria, existe una presunción fundada de que el cambio normativo no persigue atentar contra la imparcialidad de los jueces y, por tanto, no resulta contraria al derecho al juez predeterminado por la ley, sin perjuicio de que de las circunstancias del caso pudiera apreciarse lo contrario».

Continúa afirmando que «La predeterminación del juez no puede interpretarse rígidamente, de suerte que impida que las normas de carácter general sobre la organización judicial y competencia de los jueces y tribunales adquieran efectos temporales inmediatos, pues ello no sólo crearía importantísimas disfuncionalidades en la Administración de Justicia, subordinando la plena eficacia de las reformas hasta tanto concluyesen los procesos judiciales en curso e implicando duplicidad de órgano o de competencias que se prolongarían durante años, sino también porque es rígida comprensión del concepto «predeterminación» no se corresponde con el espíritu y finalidad que inspira el derecho fundamental cuestionado, en tanto no resulte comprometida la imparcialidad del juzgador o se desvirtúe la razonable presunción de que ésta no queda afectada dadas las características en la que se inserta la modificación operada».

Después de analizar el cambio operado en el organigrama judicial en el que las Audiencias Territoriales se sustituyeron por las Audiencias Provinciales, consideró que «la sustitución del órgano judicial encargado de conocer la apelación ... se produjo en el contexto de una profunda reforma orgánica y competencial, iniciada por la LOPJ, que se llevó a efecto con base a las previsiones contenidas en normas de rango de ley, dotadas de un carácter general y objetivo y con vocación de permanencia, sin que pueda entenderse que dicho cambio normativo estaba destinado a comprometer, ni comprometía, en este caso en concreto, la independencia e imparcialidad del órgano judicial encargado de decidir el litigio».

Se ha argumentado que no se pueden aceptar excepciones a una norma constitucional que por añadidura constituye un derecho fundamental. A ello cabe responder que este mismo derecho en cada uno de los elementos que lo integran tiene excepciones. Así, a la exigencia de que el juez sea ordinario se le excepcionan las jurisdicciones no ordinarias o constitucionalmente reconocidas, a la exigencia de ley se excepciona la posibilidad de ver integradas y desarrolladas sus normas por disposiciones reglamentarias en determinados aspectos e incluso con relación a la predeterminación se admiten excepciones. Es por ello que no existe razón para considerar que la exigencia de anterioridad de la norma es la única que no admite excepción alguna. Se pueden admitir excepciones, al igual que ocurre con otros muchos derechos fundamentales y con éste mismo en algunos de sus aspectos que lo configuran. Se trata de averiguar si existe base teórica y fundamento razonable que la justifique.

La cuestión se centra en dónde queremos situar el peso fundamental de este derecho: en la necesidad de una absoluta y tajante predeterminación; o en la generalidad y objetividad de la norma en atención al espíritu que inspira este derecho fundamental, la salvaguarda de la independencia judicial. Por otra parte, negar esta posibilidad implicaría, durante un largo periodo de tiempo mientras acaban todos los procedimientos en curso e incluso sus sucesivas instancias, la duplicidad de leyes procesales que han de ser aplicadas e incluso la duplicidad de órganos jurisdiccionales y consiguientemente de plantillas, pues en muchos casos las reformas afectan a la supresión y sustitución por otro de órganos jurisdiccionales llamados a conocer de la causa (por ej.: supresión de las Audiencias Territoriales por las Audiencias Provinciales, éste precisamente era el caso del Auto 381/1992, o de las Audiencias Territoriales por los Tribunales Superiores de Justicia).

No se puede partir, a mi juicio, de que la predeterminación no puede tener excepciones, éstas son admisibles cuando los cambios operados sean generales y objetivos, lo cual implicaría una garantía frente a la posible vulneración de este derecho por cambios puntuales y determinados y, en todo caso, la modificación sobrevenida estaría subordinada al posterior control jurisdiccional y constitucional que determinase si dicha modificación perseguía un ataque a la independencia en ese caso en concreto.

Este problema aparece conectado con la ultraactividad de las normas procesales existentes al inicio del proceso en las sucesivas instancias, esto es,

si tan sólo afecta a la instancia que está conociendo del mismo o a las sucesivas instancias y recursos que han podido verse modificados en diversos aspectos (supresión del recurso, modificación de los motivos o su cuantía, plazo de interposición). Si se acepta el carácter absoluto de la predeterminación afecta tanto a las normas de competencia objetiva, territorial o funcional, la finalización de esos procesos habría de ser total, es decir, en todas sus instancias y recursos.

Partidario de esta tesis se muestra Rafael de Mendizábal en el Voto particular que formula a las SSTC 374/93 y 149/95 al que se adhiere Fernando García-Mon. En dicho Voto se afirma que "Las leyes procesalesno inciden sobre procesos pendientes, incoados y en marcha salvo que así lo digan explícitamente como ocurrió con la Ley constitutiva de la Audiencia Nacional o más recientemente en la Ley de Procedimiento Laboral, incidencia retroactiva que, de producirse, afecta habitualmente a instancias completas y no fases o periodos dentro de un mismo grado jurisdiccional...". Se añade que «En tal línea discursiva parece necesario indicar que en el momento de la iniciación del juicio de menor cuantía su entero itinerario, *hasta el agotamiento de todos los recursos*, ordinarios y extraordinarios, estaba regido por la Ley de Enjuiciamiento Civil en la redacción inmediatamente anterior a la actual. En consecuencia, el listón cuantitativo que vedaba el acceso a la casación se había colocado en tres millones de pesetas...»; en definitiva, se concluye que «debió haberse amparado al demandante en su derecho al recurso de casación ... por afectar dicha norma a la predeterminación del juez ordinario configurada como garantía esencial de una efectiva tutela judicial, según se dice en el art. 24.1 CE», añadiendo más adelante que «...el cambio de competencia de los Jueces y Tribunales, no obstante la naturaleza genuinamente procesal en su origen de este elemento subjetivo del proceso, incide frontalmente sobre esa predeterminación, aun cuando se haga en masa para todo un conjunto, alterando así el planteamiento inicial. Por ello, ni siquiera la Ley podría dotarse a sí misma de eficacia retroactiva en este concreto aspecto.... y si lo hiciera, la constitucionalidad de la norma transitoria de tal guisa sería y es más que dudosa, porque la Constitución veda la figura del juez *ad hoc*, establecido *ex post facto*, cualquiera que fuere el mecanismo utilizado para ello».

Interesa destacar de esta posición minoritariamente mantenida por dos magistrados del TC que la *perpetuatio iurisdictionis* aparece vinculada al derecho al juez predeterminado por la ley, no sólo en la instancia correspondiente sino también respecto al régimen de recursos que existía en el momento en que se inicio el procedimiento, por lo que también la ultractividad se extendería a las sucesivas instancias sin posibilidad de cambiar el régimen de recursos mismos o las condiciones para su ejercicio, pues atentaría a este derecho fundamental. Y ello aunque así se dispusiese en una disposición transitoria, la cual se podría considerar inconstitucional en cuanto vulnera el derecho al juez predeterminado por la ley.

No comparto esta teoría por las razones que ya he expuesto al tiempo de abordar el cambio competencial en el curso del proceso, agravadas en este ca-

so por cuanto la congelación de las normas procesales al extenderse a las sucesivas instancias determina la no entrada en vigor de las reformas procesales durante años, postergando en el tiempo los defectos o disfuncionalidades advertidas que se pretendían corregir con la reforma operada, y generando una amalgama de situaciones jurídicas que generarían una enorme confusión e inseguridad en el ordenamiento jurídico sin que la esencia de este derecho fundamental la justifique. Por otra parte, existe una constante doctrina del Tribunal Constitucional (sintetizada en la STC 374/93) que viene sosteniendo que «no existe precepto constitucional que fundamente el derecho de los justiciables a la inmodificabilidad del sistema de ordenación de los recursos legalmente establecidos (ATC 279/85) y, que siempre que se respete el derecho de las partes a un proceso con todas las garantías, es constitucionalmente lícita la modificación legislativa de los recursos existentes en un momento dado y la extensión de las reformas a situaciones jurídicas precedentes mediante fórmulas de Derecho transitorio —ATC 116/1992—».

Otro de los problemas que aparece conectado con el anterior sería si la aplicación de la nueva norma procesal es posible cuando la parte la considere más beneficiosa: por haber aumentado las garantías o por permitir escritos de alegaciones antes inexistentes, suprimir motivos de caducidad del recurso o modificar sus plazos, etc... Desde esta perspectiva, la aplicación de una normativa procesal sobrevenida sería posible a los procesos en curso cuando fuese más favorable, como específica manifestación de la aplicación retroactiva de normas penales o restrictivas de derechos prevista en el artículo 9.3 C.

Sin embargo, esta tesis no puede ser compartida por varias razones: a) en primer lugar, porque en las normas procesales, a diferencia de las normas sustantivas penales, no está claro ni existe un criterio válido para determinar si la nueva norma sobre competencia es más o menos favorable, por lo que se dejaría esta materia a una interpretación casuística y susceptibles de diversas interpretaciones con la inseguridad que ello generaría; b) en segundo lugar, la *ratio* de la norma más favorable no es comparable con la *ratio* del juez legal; c) en tercer lugar, existiría (al menos en los procesos civiles, contenciosos y laborales) otra parte que podría ver vulnerado ese derecho por la aplicación de una norma que no le es favorable y que podría invocar la vulneración del derecho al juez predeterminado si se parte de que este derecho se vulnera por tal motivo y que la única razón para que se aplique es la benevolencia de la norma para una de las partes en litigio; d) por último, porque la existencia de mayores garantías procesales no puede justificar, si así se considera, la vulneración de un derecho fundamental que además tiene como razón de ser la protección de la independencia e imparcialidad del juzgador.

Generalidad

En sentido negativo, la generalidad de la norma que predetermina el juez ordinario impide la designación de jueces *ad personam* o *ad causam*.

Exigencia no sólo aplicable a la creación sino también a la atribución de competencia, de modo que no exista la posibilidad de una decisión discrecionalidad en la atribución del asunto a un órgano u otro. En sentido positivo, hay que respetar el principio de igualdad.

Ello no impide que las reglas de atribución de competencia generales prevean excepciones en razón de las personas enjuiciadas, delitos perseguidos y conexidad entre delitos; excepciones que han sido admitidas por el TC (STC 55/90, fund. jurid. 3 y 5) con tal de que sean razonables y están justificadas. Así, el TC ha admitido la constitucionalidad de los «aforamientos» siempre que se fijen con precisión las pautas que permitan saber de antemano tal posibilidad y siempre que se circunscriba además la libertad de opción a la hora de designar al juez que ha de conocer el asunto». En cambio, la instauración de injustificados aforamientos para cierto grupo de ciudadanos a las jurisdicciones especiales o a determinados grados de la jurisdicción ordinaria si implica una vulneración. Así, se ha razonado que los aforamientos respetan el juez legal porque establecen, con carácter previo y general, para todos los hechos de la misma o semejante índole la competencia de determinados órganos judiciales (STC 55/90).

LEY

Una primera cuestión que cabe plantearse es si ha de tratarse de ley orgánica o es válida la ley ordinaria. El artículo 81 exige para el desarrollo de derechos fundamentales la ley orgánica y el artículo 53 para el ejercicio de estos derechos la ley ordinaria. Una correcta interpretación nos llevaría a que por «desarrollo» se considere el complemento indispensable para conseguir la plena efectividad de la norma pero no su total regulación. En tal sentido, la STC 95/88 dijo que «de la interpretación conjunta de los artículos 24.2 y 81 CE no puede concluirse que se requiera rango de ley orgánica para toda norma atributiva de competencia jurisdiccional a los diversos tribunales ordinarios». Esta misma sentencia continúa señalando que la existencia de tales normas constituye un presupuesto para la efectividad del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, pero no un desarrollo y ello porque, a diferencia de otros derechos, «el contenido de este derecho se agota con esa aplicación, sin necesidad de norma alguna que lo desarrolle, o precise las condiciones de su ejercicio».

Por otra parte, la exigencia de ley no implica una prohibición radical y absoluta de normas reglamentarias que sirvan de adecuado complemento de determinadas cuestiones que por su propia esencia y mutabilidad no pueden quedar reguladas hasta el más mínimo detalle por una norma legal. Lo que prohíbe son los Reglamentos *preater legem* y los *contra legem*, lo cual tiene especial importancia en temas como el reparto de asuntos, etc...

La predeterminación de determinados criterios por norma de rango legal y la posibilidad de acudir al reglamento como adecuado complemento de la

misma exige también predeterminación de los criterios de conexión que permitan conocer al juez competente, no admitiéndose una ley indeterminada. Pero el problema surge entonces en el grado de determinación y concreción exigible a la ley en relación a cada una de las cuestiones que se plantean.

CONSECUENCIAS DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO AL JUEZ PREDETERMINADO

El TC ha sostenido que las actuaciones llevadas a cabo por un órgano jurisdiccional que no es el predeterminado por la ley no comportan necesariamente la nulidad de actuaciones (STC 101/84). Decisión que se basa en el artículo 55.1 a) de la LOPTC en cuanto permite modular la extensión de los efectos de la declaración de nulidad. Ahora bien, la generalización de esta decisión implicará la ineficacia del derecho fundamental.

En algunas ocasiones (ATC 297/87, de 11 de marzo) se ha intentado justificar el mantenimiento de los actos dictados por el juez con vulneración de este derecho en razones tales como que la falta de competencia territorial no determina la nulidad de lo actuado por éste (artículo 22 de la LECRIM) o en la falta de parcialidad o idoneidad (ATC 297/87).

Ambos argumentos son rechazables: el primero, porque no es posible colocar en el mismo plano la falta de competencia territorial con la vulneración de un derecho fundamental. El segundo, porque vuelve a incidir en la confusión entre el derecho al juez legal y el juez imparcial.

Considero, por lo ya dicho en torno a la exclusión del contenido del derecho del juez imparcial, que no se puede condicionar la vulneración efectiva de este derecho a la demostración de la concurrencia de un motivo de abstención o recusación que compromete la imparcialidad, pues son dos derechos distintos. En definitiva, si constatada la vulneración de un derecho fundamental ello no conlleva más que una sentencia declarativa respecto de dicha lesión sin consecuencia anulatoria alguna, se priva de efectividad a este derecho.

Si, por el contrario, se mantiene la nulidad de las actuaciones cuando se detecte una vulneración de este derecho, el problema se traslada al contenido real que quiera darse a este derecho fundamental y al grado de exigencia con que se interpretan los elementos que lo conforman. Así, por ejemplo, si se considera que forma parte del contenido de este derecho el nombramiento de los jueces por el procedimiento legalmente establecido y que cualquier irregularidad administrativa determina la infracción de este derecho, se estarían constitucionalizando todos los nombramientos y concursos de jueces y magistrados con la consecuencia de que todas las actuaciones realizadas por ellos deberían de ser anuladas.

JUEZ PREDETERMINADO POR LA LEY Y EL DERECHO COMUNITARIO

Al tiempo de examinar los mecanismos de reacción que las partes ostentan frente al no planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación del Derecho comunitario por parte del tribunal ordinario, el Derecho español consagra como una única posibilidad el recurso de amparo por vulneración de alguno de los derechos fundamentales. La posibilidad de utilizar este recurso parte de que la competencia jurisdiccional para apreciar la eventual violación de derechos fundamentales corresponde a los tribunales ordinarios y, en último término, al Tribunal Constitucional. Ello es así porque los Estados miembros no han traspasado a la Comunidad el poder de declarar cuándo un acto de los poderes públicos internos vulnera los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Esa potestad corresponde, en última instancia, apreciarla al Tribunal Constitucional y nunca al Tribunal de Justicia de la Comunidad.

La labor del Tribunal Constitucional no consistirá tanto en el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo (STC 28/91, de 14 de febrero, F. J. 7 *in fine*), sino en la apreciación de si el no planteamiento por un tribunal ordinario de la citada cuestión vulnera algún derecho fundamental. En este sentido y aunque refiriéndose a una cuestión de inconstitucionalidad y no prejudicial comunitaria, el Tribunal Constitucional ha argumentado, con un criterio que será trasladable a la cuestión que nos ocupa, en el ATC núm. 272/91 de 30 de septiembre (F. J. 3) que: «las partes pueden instar el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, e incluso, acudir ante este Tribunal en demanda de amparo frente a la negativa del juez a plantearla cuando consideren que la aplicación de la ley lesiona un derecho que la Constitución les confiere».

La dificultad consiste en encuadrar en el catálogo de derechos fundamentales que consagra la Constitución y por violación de alguno de ellos, la negativa al planteamiento de cuestión prejudicial por parte de un órgano judicial. Nos centraremos en la posible incidencia que esta materia tiene en el derecho que nos ocupa.

El Tribunal Constitucional español ha venido sosteniendo que las cuestiones de competencia exceden, con carácter general, del contenido propio de este derecho fundamental. En tal sentido, el ATC 652/86 señala en su fundamento jurídico segundo que «cuando la disputa se centra en cuál ha de ser el órgano judicial al que, dentro de la jurisdicción ordinaria, corresponda el conocimiento de determinado asunto, la decisión que resuelva tal disputa no entraña por sí misma una vulneración del derecho constitucional al juez ordinario, incluso si tal decisión fuera contraria a las normas procesales, puesto que la interpretación y aplicación de estas normas corresponde en principio a los órganos del poder judicial».

La aplicación de la anterior doctrina, partiendo de que la interpretación del Derecho comunitario no corresponde siempre al Tribunal de Justicia, sino

que ante la claridad de la norma es el juez nacional el que está facultado para interpretarla sin necesidad de previa consulta, dificultaría la pretensión de amparo basada en este derecho fundamental, pues se trataría de una mera delimitación competencial entre el juez nacional y el Tribunal de Justicia de la Comunidad, en la que el Tribunal Constitucional no podrá entrar a revisar el mayor o menor acierto de la decisión competencial adoptada. De hecho, el Tribunal Constitucional en los escasos recursos que le han llegado por este motivo ha acordado su inadmisión a trámite al considerar que este derecho no quedaba afectado, pero sería conveniente un pronunciamiento mediante sentencia sobre la materia.

