

JUEZ Y PODER JUDICIAL EN EL ESTADO DE DERECHO

Norbert LÖSING*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Iuspositivismo y iusnaturalismo, su influencia sobre la función del juez*. III. *El juez como núcleo del Poder Judicial*. IV. *La función del Poder Judicial y del juez en la Ley Fundamental de Bonn en materia de derecho público y en la relación ciudadano-Estado*. V. *La función del Poder Judicial y del juez en la Ley Fundamental de Bonn en conflictos entre particulares*. VI. *¿Gobierno de los jueces?*
VII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho de cada ciudadano, de acudir ante un tribunal independiente, imparcial y legal, consagrado en el artículo 14 del Convenio Internacional de derechos Civiles y Políticos así como en instrumentos regionales como la Convención Europea de Derechos Humanos (allí artículo 6o.) refleja la importancia del Poder Judicial dentro de la ingeniería del Estado de derecho. Es una realidad universalmente reconocida, de que sólo la existencia de tribunales imparciales e independientes puede garantizar, en último término, el respeto a las leyes y el imperio de la justicia.

Como bien indica Wolfgang Heyde, qué materialidad tengan en un sistema político la justicia, el derecho y la libertad no es inferible solamente de las normas y garantías de la Constitución. La fuerza real del de-

* Doctor en derecho por la Universidad de Bonn; miembro honorario de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional.

recho, el grado de justicia, libertad y orden, de amparo y fomento que puede brindar, depende de la forma y manera de materializar el derecho por los operadores jurídicos.¹

El análisis de las normas y garantías de la Constitución y de la legislación derivada relativas a la organización, estructura, función y operatividad del Poder Judicial por ello no puede ser más que un punto de partida, eso sí, imprescindible, para apreciar la realidad de dicho poder dentro de un Estado concreto. Adicionalmente la realidad social dentro de la cual se desenvuelve el Poder Judicial tiene una gran influencia sobre su organización y funcionamiento. Obviamente, el presente ensayo está escrito desde la perspectiva alemana, por lo cual vale la pena citar una descripción, sin duda con una exageración humorística, pero que tiene un cierto fundamento real, de la sociedad alemana. En su libro *Tres ingleses en Alemania*, el autor británico Jerome K. Jerome² describe a los alemanes a principios del siglo XX de la siguiente forma:

los alemanes son amistosos y cultos, pero aman las regulaciones detalladas y cumplen espontáneamente las leyes. Todo, hasta lo más nimio, estaba regulado; abundan las prohibiciones y multas por todas las ilegalidades que uno cometiera, las cuales, con tanta reglamentación podían ser abundantes, por ejemplo, no se podía caminar en grupo después del anochecer; pisar el césped era una tremenda infracción y así sucesivamente. Pero los alemanes descritos en ese libro se sentían cómodos con todo eso porque eran plácidos y dóciles cumplidores de la ley; gente que ambicionaba pagar sus impuestos y confiaba en el gobierno, gente para la cual la reverencia hacia la policía era como una religión.³

Desde el punto de vista de los gobernadores, podríamos decir que se trataba del pueblo ideal. Jerome K. Jerome añade:

Los alemanes son buena gente... Estoy seguro de que la gran mayoría va al Cielo... Pero... que el alma de un alemán, individualmente, tenga suficiente iniciativa para volar por sí sola y llamar a la puerta de San Pedro, no lo

¹ W. Heyde, "La jurisdicción", en Benda *et al.* (coords.), *Manual de derecho constitucional*, Madrid, 1996, p. 768.

² Jerome K. Jerome, *Three Men on the Bummel*, París, 1900.

³ Resúmen en Pereira Menaut, Antonio C., *Sistema político y constitucional de Alemania, una introducción*, Santiago de Compostela, 2003, pp. 11 y ss.

puedo creer. Mi opinión es que son llevados allí en pequeños grupos e introducidos a cargo de un policía fallecido.⁴

En otro análisis, más científico y menos humorístico, Antonio López Pina,⁵ al elaborar las similitudes entre las sociedades española, francesa y alemana frente a las sociedades anglosajonas e italiana indica:

Nuestros rasgos culturales nos separan, pues, significativamente de sociedades como la anglosajona o la italiana, fundadas en robustas individualidades y en la consiguiente autonomía de la iniciativa privada. Sin que quepa a estas alturas —sobre todo después de la crisis económica de 1929 y de las consecuencias sociales y políticas de una masiva desemancipación producto de las políticas conservadoras de las dos últimas décadas— elevar a dogma el postulado lockiano de la autosuficiencia de la Sociedad, qué duda cabe que la acción social del Estado es considerada en tales sociedades menos indispensable de lo que es conciencia común, por ejemplo, en Francia, Alemania o España.

Acertadamente, López Pina menciona la crónica *impotencia de los alemanes para resolver políticamente sus problemas*, llegando a la paradoja de acudir al Tribunal Constitucional para que defina la política exterior o la intervención militar. Efectivamente, esta crónica impotencia de solucionar problemas políticamente lleva a la necesaria juridificación de las actuaciones de los poderes públicos y de la sociedad en general.

Esta “ideosincracia” del pueblo alemán puede, hasta cierto punto, explicar porqué Alemania es uno de los países con más jueces *per cápita* del mundo (superado, al parecer, sólo por Egipto y Eslovenia). Porqué sólo en la Corte Suprema Federal de justicia ordinaria trabajan 126 magistrados titulares en doce senados de derecho civil y cinco senados de derecho penal (incluyendo jueces de control de la investigación). Puede dar una idea de porqué también en la actualidad tenemos normas y reglas en materias que en otros países no precisan de una regulación por parte del legislador. Finalmente puede dar una orientación de porqué sólo en materia civil ingresan en los tribunales de primera instancia cada año más de 1,850,000 casos. En resumidas cuentas, se diría que los alemanes

⁴ Jerome K. Jerome, capítulo 14, citado en Pereira Menaut, *idem*.

⁵ Benda *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, edición prolegómena y trad. de Antonio López Pina, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. XXV.

todavía necesitamos una autoridad que nos diga, o al menos confirme, lo que es correcto y nos obligue a cumplirlo.

Por el otro lado, esta situación ha contribuido a que la cultura jurídica alemana es, para seguir con las palabras de López Pina:⁶

Identificable entretanto con una ambiciosa y por demás elaborada construcción que comprende la garantía, sea como derechos subjetivos sea como normas o principios objetivos, de los derechos fundamentales, los efectos de los mismos en las relaciones entre particulares, la presencia de normas definidoras de las tareas del Estado, la procura existencial y la garantía de las condiciones materiales de existencia en la totalidad del territorio, la traducción del principio de solidaridad en términos financieros, el principio de lealtad federal, en fin, la plena juridificación de las actuaciones de los poderes públicos.

II. IUSPOSITIVISMO Y IUSNATURALISMO, SU INFLUENCIA SOBRE LA FUNCIÓN DEL JUEZ

La docilidad del pueblo alemán y la prioridad que, según Stefan Zweig, le dio al orden frente a la libertad, está basada en el iuspositivismo que reinaba en Alemania hasta los fines de la República de Weimar, es decir hasta 1933. Esto empezó a cambiar, cuando surge una desconfianza hacia el legislador y hacia la ley, desconfianza que en los inicios del liberalismo y constitucionalismo se dirigía, siguiendo los planteamientos de *Montesquieu*, más bien contra el juez y no contra el legislador. Esta desconfianza surge por la posición histórica del juez como servidor del monarca en un Estado absolutista. Por ello, los esfuerzos revolucionarios se concentraban no sólo en independizar al juez del monarca, sino en amarrar al juez a la ley y convertirlo según el ideal de Montesquieu en un simple aparato de subsunción —*la bouche qui prononce les paroles de la loi*— y el Poder Judicial así “*en quelque faVon nulle*”. La ley dictada por un Parlamento electo era la “Magna Carta de la Libertad”, el juez solamente su obediente servidor y ejecutor. Esta es la base sobre la cual nació el iuspositivismo con su visión de equivalencia entre la ley y la justicia.

Una visión que en efecto ha causado en cierto grado una ceguera de la sociedad y de los jueces frente a la injusticia en forma de ley (independen-

⁶ *Ibidem*, p. XXVI.

dientemente de que el iuspositivismo en su punto de partida no niega las condiciones éticas y morales del derecho).

Quien conoce al clásico Gustav Radbruch de antes de la Segunda Guerra Mundial, el autor de *Introducción al derecho* (*Einführung in die Rechtswissenschaft*) de 1910, de *Principios de la filosofía del derecho* (*Grundzüge der Rechtsphilosophie*) de 1919 y de *Filosofía del derecho* (*Rechtsphilosophie*) de 1932 conoce los poderosos argumentos esgrimidos por este extraordinario jurista a favor del positivismo y la seguridad jurídica. Quien ha seguido la trayectoria de Radbruch después de la Guerra, observará una evolución que no puede ser más elocuente e instructiva. En su obra *Preparación de la filosofía del derecho* (*Vorschule der Rechtsphilosophie*) de 1947, Radbruch reconoce que el positivismo, al privar de armas al derecho natural y desacreditarlo en las universidades alemanas, dejó indefensos los espíritus ante la acometida ideológica del nazismo. En uno de sus más famosos escritos de circunstancias, en el que más radicalmente rompe su pasado relativista, titulado *Injusticia legal y derecho suprallegal* (*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*), que es un verdadero manifiesto de nueva filosofía, plantea crudamente el problema de la quiebra del positivismo, en su forma estatal (principio del Führer) como en la normativa. Situado en un terreno pragmático y neutro, en la posición ideal del juez que se ve obligado a escoger entre la noción lejana, la de la justicia (*Gerechtigkeit*) y otra inmediata, la de la seguridad jurídica (*Rechtssicherheit*), el antiguo ídolo del radbruchismo, le atribuye una obligación inexcusable de conciliación; pero al fin, en la hipótesis de una imposibilidad absoluta, en que la ley positiva se hace insoportable, la idea de justicia debe prevalecer. Un mes antes de su muerte, en el artículo “El Tribunal Supremo y la Política” (*Das Reichsgericht und die Politik*), en que se discute la reforma judicial alemana de la posguerra, Radbruch rompe con ancestrales prejuicios del formalismo kantiano y proclama que el “juez ideal” debe ser hombre (en el sentido de ser humano) y hasta hombre de Estado, en contacto con la vida humana y sus realidades, no esclavo de la norma, como pretendió el positivismo.

Otro catedrático de la época, Heinrich Mitteis,⁷ todavía bajo la impresión del régimen nazi, estigmatizó el positivismo como el

peor abuso del pensamiento jurídico que conoce la historia del derecho alemán y que el pueblo alemán ha padecido. Su aparente dogmatismo no

⁷ Mitteis, H., “Über das Naturrecht”, *Akademische Akten*, Berlín, Heft 26, 1948.

es en el fondo otra cosa que “nihilismo” de la peor especie, que al no conocer ninguna medida de valores lo reduce todo a lo formal y a la plena arbitrariedad del Estado. No es éste el gran valor supremo en lo humano, pues tal jerarquía pertenece sólo a la personalidad. La salvaguardia de dicho valor y de su externa manifestación, que es la dignidad humana, es el objetivo primordial de la justicia.

Traduciendo los precedentes conceptos al derecho, Mitteis reserva a la ley el calificativo de “derecho aparente” (*Scheinrecht*) y a la justicia el de “derecho válido” o efectivo (*geltendes Recht*). La forma de expresión del primero es el derecho positivo, y la del segundo el derecho natural. El juez, según Mitteis, no puede desconocer ni uno ni otro, sirviéndole siempre lo positivo como instrumento normal de trabajo y presunción (*Vermutung*), pero en el caso de grave y evidente colisión entre ambos es la ley la que debe prececer para que la justicia se salve.⁸

Pero la resurrección del iusnaturalismo de por sí no garantiza que el juez siempre persiga lo que realmente es justo. Las acusaciones justificadas al nazismo de haber aprovechado el tecnicismo positivista no pueden ser vistas de forma aislada, ya que se utilizaron continuamente locuciones y consignas del más puro sabor iusnaturalista, tales como “el sano sentido popular”, “el espíritu del pueblo” o “el instinto alemán de justicia” para justificar las más graves atrocidades.

Adicionalmente, ni el más puro iusnaturalismo en la realidad ha reducido al juez a la figura descrita por Montesquieu del juez como instrumento que pronuncia únicamente las palabras de la ley, de un ser inanimado que no puede moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes. En efecto, que el juez esté subordinado únicamente a la ley en la realidad social ha resultado ser una ficción. Una ficción, porque ya la interpretación de una ley es en cierto modo una “configuración personal” de la norma y en cualquier valoración del juez se refleja su propia comprensión del ordenamiento jurídico. Una ficción también, porque a pesar de la inflación legislativa no todo está regulado en una norma y existen amplias lagunas legales dentro de las cuales los jueces están llamados a ser configuradores o creadores de derecho.

⁸ Véase al respecto Quintano Ripollés, A., “Filosofía y ciencia del derecho alemanas de la trasguerra”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, febrero de 1951, pp. 10 y ss.

III. EL JUEZ COMO NÚCLEO DEL PODER JUDICIAL

Para poder determinar cuál es la función del Poder Judicial en un Estado de derecho es imprescindible analizar cuál es la visión del juez como sujeto conformador del Poder Judicial.

1. *La base constitucional*

En Alemania, el artículo clave es el artículo 92 de la Ley Fundamental: “Se confía a los jueces el Poder Judicial. Es ejercido por el Tribunal Constitucional federal, los tribunales federales previstos en la Ley Fundamental y los tribunales de los Länder”.

Ya la selección de la terminología usada refleja que la magistratura gozará de una posición de excelencia en el Estado de derecho diseñado por la Ley Fundamental. Obviamente, no se trata del juez definido por Montesquieu, sino de un juez al cual se le “confía” un poder. Un poder, que puede y debe ejercer de forma independiente e imparcial. Para ello, el artículo 97 de la Ley Fundamental determina:

1. Los jueces son independientes, estando sometidos únicamente a la ley.
2. Los jueces de carrera con mandato vitalicio no podrán ser separados, suspendidos temporal o permanentemente, trasladados o jubilados contra su voluntad, salvo decisión judicial y por las razones y en la forma determinadas por las leyes. La ley puede fijar limitaciones de edad, jubilándose los jueces de mandato vitalicio al alcanzar tal edad. En caso de reforma de la organización administrativa de los tribunales o de las demarcaciones judiciales, los jueces pueden ser trasladados a otro tribunal o separados de su función, pero continúan percibiendo íntegramente su retribución.

La imperiosa necesidad de independencia del juez y con el del Poder Judicial comporta una rigurosa separación del Poder Judicial frente a los otros dos poderes, prevista en el artículo 20, párrafo 2, de la Ley Fundamental, “todos los poderes del Estado emanan del pueblo. Estos son ejercidos por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por medio de los especiales órganos de legislación, del poder ejecutivo y de la jurisdicción”.

El artículo 20, párrafo 3, de la Ley Fundamental, al someter a los poderes del Estado al derecho, conforma lo que se ha denominado el núcleo

del Estado de derecho, “El legislador está sometido al orden constitucional, el poder ejecutivo y la jurisdicción a la ley y al derecho”.

Este sometimiento de todos los poderes al derecho, aparejada con la función de control confiada a los jueces, es lo que determina la importante posición del juez dentro del engranaje del Estado de derecho.

2. El sometimiento al derecho y las consecuencias en la búsqueda de la justicia material

Igualmente, el sometimiento del juez no sólo a la ley, sino también al derecho, conlleva exigencias especiales en muchas áreas. Un papel importante en relación a la función del juez lo desempeñan, por ejemplo, los derechos procesales y los conceptos en los cuales están basados. Naturalmente, la idea es que el derecho positivo y la justicia material vayan mano en mano. Si en algunos casos extremos puede ser necesario acudir al derecho natural para lograr la prevalencia de la justicia material, por regla general y dentro del marco del derecho positivo, siempre es necesario que el juez tome su decisión sobre hechos sobre los cuales esté bien informado y cuyos datos equivalgan a la verdad. Como es conocido, el fin del proceso penal es el esclarecimiento de la verdad. Sólo si el juez es capaz de lograr este fin, su decisión podrá ajustarse al derecho y a la justicia material. Esto es válido también en el derecho civil. El concepto del derecho procesal civil en Alemania exige un juez activo, director del procedimiento y casi tutor de las partes. La Ordenanza Procesal Civil de 1877 refleja la influencia del proceso civil francés, así como fue recibido en el Reino de Hannover en 1850. En su versión inicial, la Ordenanza estaba impregnada de una concepción liberal del Estado. Según ésta, el desarrollo del procedimiento era responsabilidad de las partes y el tribunal simplemente una instancia juzgadora pasiva y neutral. Esta concepción llevaba en la práctica a una dilación insoportable de los procesos y puede ser calificada como un fracaso en la práctica. Desde la aparición de la Ordenanza Procesal Civil Austriaca de 1895, en Alemania se hace eco la idea de que la protección judicial efectiva —también en materia civil— es una tarea común. Se traslada entonces parte de la responsabilidad para el curso formal del proceso y su finalización con una decisión adecuada al juez. En las reformas subsiguientes se reduce la libertad de disposición de las partes sobre el curso del proceso, se fortalece la dirección del proceso por

parte del juez o tribunal, se concentra el procedimiento, se regula la inmediatez del recibimiento de las pruebas y el deber de veracidad de las partes. La tendencia a fortalecer la dirección del proceso por parte del juez o tribunal se ve claramente reflejada también en la reciente reforma a la Ordenanza Procesal Civil. Los párrafos 139 y 142 ZPO aumentan las obligaciones del juez de adelantar opiniones y dar indicaciones a las partes durante el curso del proceso. Resumiendo se puede afirmar que, aunque no se ha dejado caer el principio de disposición de las partes, la posición del juez ha sido continuamente fortalecida. El dirige el procedimiento, conjuntamente con las partes trata de esclarecer los hechos, da indicaciones allí donde en su opinión las partes tienen que ofrecer argumentos o pruebas y adelanta opiniones para avisar a las partes en qué dirección piensa decidir. La dirección del proceso por parte del juez, ya sea en derecho civil, ya sea en otras áreas, es clave para el resultado del mismo.⁹ En Alemania, nos hemos decidido por un juez activo, imparcial pero informador en relación a la formación de su convicción dentro de un proceso. La intención es que el juez pueda tomar una decisión de fondo, y sólo en pocos casos se retire a decidir sobre la forma sin solucionar el conflicto en sí.

IV. LA FUNCIÓN DEL PODER JUDICIAL Y DEL JUEZ EN LA LEY FUNDAMENTAL DE BONN EN MATERIA DE DERECHO PÚBLICO Y EN LA RELACIÓN CIUDADANO-ESTADO

1. *Control del Ejecutivo (de la administración)*

En primer lugar, la Ley Fundamental de Bonn ha introducido un exhaustivo control judicial de la administración. El artículo 19, párrafo 4, de la Ley Fundamental contiene la garantía decisiva de los derechos fundamentales: “Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por los poderes públicos podrá recurrir a la vía judicial. De no constar otra jurisdicción competente para conocer del recurso, la vía procedente será la de los tribunales ordinarios”.

El constituyente con ello retoma por un lado la ya conocida institución de la jurisdicción contenciosa administrativa, que surgió en Alemania en la segunda mitad del siglo XIX. Por el otro lado, lo novedoso es que aho-

⁹ Lösing, Norbert, “La oralidad en el nuevo derecho procesal civil alemán”, *Revista Jurídica ABZ*, México, año 7, junio de 2002, p. 52.

ra el ciudadano tiene el derecho constitucional de acudir al Poder Judicial por cualquier violación que cometa el Ejecutivo, algo que anteriormente sólo era posible en ciertos casos concretamente enumerados en la ley. En Alemania, son especialmente los tribunales contencioso administrativos, los financieros y los sociales los que están llamados a cumplir con este derecho del ciudadano.

2. Control del Legislativo

En segundo lugar, y esto es mucho más relevante aun, la Ley Fundamental ha subordinado también al legislador al control judicial. Le ha otorgado a los jueces el control de la constitucionalidad de las leyes. Solo deben aceptar y aplicar una ley, si es formalmente y materialmente constitucional. El parámetro de control más importante para ello son los derechos fundamentales. Los antecedentes internacionales, especialmente la famosa sentencia *Marbury vs. Madison* de 1803, son suficientemente conocidos y pueden ser obviados aquí. En Alemania, existen antecedentes del control judicial de las leyes en la República de Weimar, aunque la Constitución de Weimar misma había dejado abierto este aspecto. Es a partir de 1924 que los jueces alemanes empiezan a ejercer, tímidamente, un control de constitucionalidad difuso. La Ley Fundamental de 1949 ha confirmado explícitamente el “poder” de los jueces para controlar las normas. Para ello, ha elegido un camino novedoso al reconocer la competencia de todos los tribunales de analizar la constitucionalidad de una norma, pero concentrando la competencia para declarar la inconstitucionalidad de una norma en manos de un Tribunal Constitucional y en materia de legislación de un Land (así se llaman los estados que conforman la República Federal de Alemania) en el Tribunal Constitucional del Land respectivo. Los otros tribunales deben solicitar la decisión del Tribunal Constitucional en el caso de que una ley les parezca inconstitucional. Adicionalmente, existen otros procedimientos de control de constitucionalidad de normas como es el control abstracto de normas o el amparo directo contra una norma, en ambos casos directamente ante la Corte Constitucional.

3. La resolución del conflicto de órganos constitucionales

En tercer lugar, la Ley Fundamental ha puesto en manos del juez, en este caso exclusivamente en manos del juez constitucional, la resolución

de conflictos entre otros órganos constitucionales (el Parlamento Federal, el Consejo Federal, el gobierno, el presidente de la República) y entre la Federación y los Länder. Aunque la decisión que en estos casos debe tomar el juez es una decisión jurídica, muchas veces las consecuencias políticas son importantes.

4. Otras competencias en el marco del derecho público

Sin querer agotar la enumeración de competencias de los jueces en materia de derecho público, especialmente de derecho constitucional, cabe mencionar al menos las competencias del Tribunal Constitucional Federal de suspender ciertos derechos fundamentales de determinada persona (por ejemplo limitar la libertad de expresión o de reunión por abusar de estas libertades para conspirar contra el orden constitucional) o de prohibir un partido político si persigue fines inconstitucionales.

5. Protección judicial de la libertad del individuo

Según el artículo 104 de la Ley Fundamental, sólo un juez (en el caso concreto suele ser el juez penal) puede resolver sobre la procedencia de una privación de libertad y su duración. Por propia facultad discrecional la policía o la fiscalía penal no puede retener a nadie en su custodia más allá del fin del día siguiente a su captura o detención. Si hasta entonces no se ha producido una resolución judicial, el afectado debe ser puesto en libertad.

V. LA FUNCIÓN DEL PODER JUDICIAL Y DEL JUEZ EN LA LEY FUNDAMENTAL DE BONN EN CONFLICTOS ENTRE PARTICULARES

El acceso a los tribunales también está constitucionalmente garantizado cuando se trata de la garantía no frente a acciones del poder público sino entre particulares. Esta garantía no está basada en el artículo 19, párrafo 4, de la Ley Fundamental ya mencionado (ya que este habla de poderes públicos), sino en el postulado mismo del Estado de derecho que garantiza una protección eficaz en sentido material para los litigios civiles. En efecto, la idea del Estado de derecho se refiere en sus inicios a la

exigencia y la garantía de la paz y de la seguridad.¹⁰ Esto va acompañado con la prohibición de la imposición violenta por propia mano de pretensiones jurídicas entre particulares y con la obligación de remitirlas a los tribunales. Allí deben, en un procedimiento judicial ordenado y libre de violencia, dirimir su disputa y obtener una decisión vinculante y si fuera necesario, ejecutable. El Poder Judicial y el juez en concreto tienen en un Estado de derecho la función de proporcionar rápidamente paz jurídica allí donde ha surgido una controversia. Si los jueces, debido al diseño inadecuado de las leyes procesales, a la falta de medios, a la falta de independencia o por otras causas no son capaces de cumplir con esta función, es poco probable que la sociedad logre una convivencia pacífica. Se puede afirmar en términos genéricos que los ciudadanos esperan algún tipo de respuesta del Estado a la solución de los conflictos que surgen como consecuencia de la convivencia en sociedad y por los que los individuos acceden al Estado-Poder Judicial para su resolución.

VI. ¿GOBIERNO DE LOS JUECES?

Las competencias hasta ahora mencionadas reflejan el enorme poder que ha sido depositado en manos de los jueces por los constituyentes alemanes. Ningún otro país del mundo le ha otorgado tanto poder a sus jueces y a sus tribunales, especialmente a la Corte Constitucional Federal. Ningún otro país ha reducido tanto el espacio político por vía de la jurisprudencia. La pregunta ahora es: ¿Ha hecho bien el constituyente alemán en depositar tanto poder en manos de los jueces? Sin duda, el poder de los jueces es una respuesta alemana a una época sin derecho. Pero esta experiencia no es la única explicación. Ya en 1959, Otto Bachof analiza en su ensayo titulado “Ley Fundamental y el poder de los jueces” (*Grundgesetz und Richtermacht*)¹¹ cuál es la razón por la que el constituyente ha depositado tanto poder en los jueces. El resultado de su análisis es el siguiente: “El poder de los jueces ha aumentado porque la función de la ley ha cambiado”.

En efecto, en la dialéctica de Montesquieu “la ley era razón humana redactada”, una convicción que ha prevalecido, con cierta razón, hasta fi-

¹⁰ Robbers, G., “El Estado de derecho y sus bases éticas”, en Thesing J. (comp.), *Estado de derecho y democracia*, Buenos Aires, 1997, p. 32.

¹¹ Bachof, O., “Grundgesetz und Richtermacht”, *Wege zum Rechtsstaat*, Königstein, Taunus, 1979, pp. 172 y ss.

nales del siglo XIX. Por un lado, porque la ley era efectivamente una regla general y abstracta para el comportamiento humano hecha a largo plazo. Por el otro lado, porque el traspaso del poder legislativo de monarcas absolutistas a un cuerpo electo, muchas veces dividido en dos cámaras y en algunos casos todavía con la participación del monarca, parecía garantizar de la mejor forma que una ley realmente fuera justa y equitativa. Después de las dos guerras mundiales, la ley ha sufrido un cambio en su función. La ley ya no es tanto un acto de regulación abstracta del comportamiento humano hecha a largo plazo, sino más bien un acto de orientación política que persigue un fin concreto y en muchos casos cortoplazista. ¿Qué tiene que ver una ley de fomento de la pesca del arenque mediante la subvención del gasoleo con una ley en el sentido clásico? Aunque también estos actos legislativos no están libres de valores, no son estos los que se encuentran en el primer plano. En el primer plano está el deseo de realizar un fin político. La ley se utiliza para fomentar o para restringir intereses especiales.

Adicionalmente parece, que el ritmo cada vez más rápido de cambios legislativos tiene consecuencias en parte nefastas sobre la calidad de la legislación. Por ejemplo, entre 1977 y 1986 se modificaron 6,800 disposiciones de la ley sobre los seguros médicos (SGB V). A pesar de ello, esta ley sigue siendo constante objeto de discusión política y debates de reforma. La ley de fomento de trabajo fue novelada nada más y nada menos que 45 veces en los primeros cinco años de su vigencia (entre 1997 y 2002). La ya existente inflación legislativa conlleva a otros problemas, que hacen perder la orientación no sólo al mismo legislador, sino también a los otros operadores de la justicia. Así, el deseo del legislador actual de igualar las condiciones de las parejas de hecho del mismo sexo al del matrimonio ha hecho necesaria la modificación de 61 leyes y decretos, entre ellos no sólo disposiciones del código civil en materia de derecho de familia o de sucesiones o las leyes de nacionalidad y extranjería sino leyes tan remotas como la ley federal de pequeños jardines (*Bundesklingartengesetz*), la ley de leche y margarina y la ley de profesores de autoescuelas.¹² Como medio en broma manifiesta Udo Steiner, magistrado de la Corte Constitucional Federal, la Corte está a la espera de que al-

¹² Ejemplos en Steiner, U., "Regieren Richter die Deutschen?", *Anwaltsblatt*, diciembre de 2004, pp. 673 y ss.

guien acuda a ella con el argumento de que el legislador tenía que haber modificado 62 y no sólo 61 leyes.¹³

En este panorama, no parece extraño que también el ciudadano alemán haya perdido su tradicional confianza en la ley.

Esta pérdida de confianza se ve reforzada por los cambios que ha sufrido el Parlamento en su propia posición y estructura. Cuando en los inicios del parlamentarismo los representantes del pueblo eran personalidades sobresalientes e independientes, ahora el mandato (curul) del diputado depende de su vinculación a cierto partido. La desaparición de elementos de contrapeso (en algunos casos de la segunda cámara), puede llegar hasta un absolutismo de la mayoría parlamentaria (en Alemania amortiguada por el sistema federal y la participación en algunos casos casi asfixiante del Consejo Federal en la legislación federal).

Esta evolución, en parte irremediable, llama a la creación de un contrapeso, de un poder que al menos esté en condiciones de hacer cumplir los valores superiores del derecho y de la Constitución y así reordenar en cierto modo el laberinto legislativo. Este contrapeso sólo puede ser el juez. El ya citado Udo Steiner se atreve a formular la tesis de que el fortalecimiento del Poder Judicial en Alemania es correlativo al descenso de la calidad legislativa, a pesar de que dicha calidad siempre ha sido criticada. A Otto von Bismarck, por ejemplo, se le atribuye la recomendación a aquel que ame las salchichas y las leyes alemanas, que mejor nunca observe como se hacen.

Podemos concluir que la creciente desconfianza en la ley tiene como contrapeso el recurso a un Poder Judicial fortalecido y dotado con amplias facultades de control. No parece extraño que en Alemania el Poder Judicial, en especial el Tribunal Constitucional, ha “corregido” más de 500 leyes y ordenanzas desde 1951 hasta la fecha (sin contar aquellas leyes a las cuales les ha sido aplicado el boca a boca, es decir los “primeros auxilios” en forma de la así denominada interpretación conforme a la constitución, una interpretación que hace aparecer una ley todavía conforme a la constitución). Parece entonces justificado hablar hasta cierto punto de un co-gobierno de los jueces, especialmente de los magistrados del Tribunal Constitucional.

En su famosa controversia con Hans Kelsen, Carl Schmitt sostuvo la tesis de que el jefe de Estado es más idóneo que un tribunal para la de-

¹³ *Ibidem*, p. 675.

fensa de la Constitución. Carl Schmitt retomaba así las reservas expresadas en Francia después de la Revolución contra “un gobierno de los jueces” al afirmar que “una expansión sin inhibiciones del poder judicial no transformaría el Estado en administración de justicia, sino que, a la inversa, convertiría los tribunales en instancias políticas. No se juridificaría la política, sino que se politizaría la justicia. justicia constitucional sería, pues, una contradicción en si misma”.¹⁴ La misma experiencia durante la República de Weimar, donde el jefe de Estado era, según el concepto constitucional “el guardián de la constitución” y en la realidad resultó ser el “sepulturero de la constitución” parece desarticular la argumentación de Carl Schmitt. También Wilhelm Wengler ha analizado de forma contundente, porqué el carácter político de un acto no excluye la posibilidad de un escrutinio o análisis jurídico del mismo y porqué los efectos políticos de una resolución judicial no despojan a esta de su carácter jurídico.¹⁵ Tampoco es concebible, como bien indica Francisco Fernández Segado, una justicia constitucional apartada de la realidad social y del dinamismo político dentro del Estado.¹⁶ Helmut Simón incluso habla de que “pierde sentido el dudoso intento de separar tajantemente derecho y política”.¹⁷ Habiendo aceptado que el derecho político de la Constitución es accesible a una interpretación jurídica, la lógica consecuencia es que dichas resoluciones son necesariamente “políticas” en el sentido de que tienen efectos políticos. Corresponde al derecho constitucional una doble función, primero como pauta para una continua aproximación a la justicia y la libertad y, a la vez, como protección contra la vulnerabilidad del individuo en una época de cambio. Siendo el parámetro de control de la justicia constitucional la Constitución, interpretada en el tiempo, no es de extrañar que el Tribunal Constitucional sea identificado como una institución política en el seno de un régimen de división de poderes.¹⁸ Siendo la misma Constitución la que prevé el control de constitucionalidad por

¹⁴ Schmitt, C., “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung”, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, 1973, p. 98.

¹⁵ Wengler, W., *Der Begriff des Politischen im Internationalen Recht*, 1956, pp. 40 y ss.

¹⁶ Opinión de Lucas Verdú compartida y citada por Fernández Segado, F., *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, p. 1053.

¹⁷ Simón, H., “La jurisdicción constitucional”, en Benda *et al.* (coords.), *op. cit.*, nota 5, p. 849.

¹⁸ Häberle, Peter, “Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft”, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, Königsstein/Ts, 1980, pp. 56 y ss.; Simón, H., *ibidem*, p. 849.

parte de un Tribunal Constitucional, no se justifica hablar de una posible falta de legitimidad del Tribunal Constitucional ni de efectos políticos inaceptables de sus resoluciones.

VII. CONCLUSIONES

Podemos constatar, con las palabras de Tomás y Valiente, que hemos pasado de una administración de justicia a un auténtico Poder Judicial.¹⁹ Roman Herzog incluso argumenta que el Poder Judicial hoy en día es la única garantía de la idea de la separación de poderes, si bien lo cierto es que el menoscabo del Estado de derecho que ha traído consigo el allanamiento de la relación de tensión entre el legislativo y el ejecutivo a través de los partidos políticos, no ha sido soldado totalmente a través del reforzamiento del control jurisdiccional de estos dos poderes.²⁰ A pesar de ello, la justicia, y en medida especial la justicia constitucional,²¹ han contribuido a fortalecer el Estado de derecho cumpliendo con la exigencia de la Ley Fundamental de Bonn de ser un ordenamiento de valores directamente aplicable a las relaciones entre el Estado y el ciudadano y entre los particulares mismos. La Constitución ha facilitado en Alemania el cauteloso alejamiento del iuspositivismo al positivizar muchos de los valores del derecho natural y ayudado de esta forma a los jueces a cumplir con su tarea de aplicar la ley y el derecho. Con ello contribuye a la pacificación de la sociedad, también en tanto que señala los límites de decisiones mayoritarias dentro de una democracia constitucional.²²

En Alemania, el Poder Judicial a contribuido, con todos los déficits que también se observan en dicho país, de forma contundente en el fortalecimiento del Estado de derecho. El prestigio de los jueces es muy alto,

¹⁹ Tomás y Valiente, F., “De la administración de justicia al Poder Judicial”, *Jornadas sobre el Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución francesa*, Madrid, Ministerio de Justicia-Centro de Publicaciones, Colección “Cursos”, vol. 5, 1990, p. 22.

²⁰ Maunz-Dürig-Herzog, R., “Kommentar zum Grundgesetz”, p. 152; citado en castellano en: Martínez Alarcón, María L., *La independencia judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 45.

²¹ Lösing, Norbert, “La jurisdicción constitucional como contribución al Estado de derecho”, en Fernández Segado, F. (comp.), *La Constitución Española en el contexto constitucional Europeo*, Madrid, 2003, pp. 1003 y ss.

²² En este sentido véase Hassemer, W., “Konstitutionelle Demokratie”, en Fernández Segado (comp.), *ibidem*, pp. 1311 y ss.

especialmente de los magistrados del Tribunal Constitucional. La Ley Fundamental de Bonn ha hecho posible que la confianza depositada en los jueces por lo general no ha sido decepcionada.²³ Es tal el prestigio, que incluso en caso de un ataque armado contra Alemania el gobierno tenía previsto en su plan de emergencia el traslado de los magistrados constitucionales al búnker del gobierno (desde la caída del telón de acero fuera de servicio). Así, en caso del hundimiento de Alemania, los magistrados hubieran podido velar que al menos hubiera sido un hundimiento conforme a la Constitución.

²³ Debe mencionarse que la posición del juez alemán en el proceso penal es muy poderosa. Esto se debe al hecho de que en el proceso penal no se hace una grabación de las actuaciones en el proceso y no existen protocolos completos de las exposiciones de los testigos o los otros participantes del proceso. Esto impide un control efectivo de ciertos aspectos del juicio, ya que los hechos probados son determinados por el juez en base a su interpretación de las pruebas y los testimonios presentados en la audiencia. Es sumamente difícil examinar o revisar si la interpretación hecha por el juez de los testimonios está basada en algo que realmente se dijo en la audiencia, o si acaso al juez se le ha pasado alguna parte importante de un testimonio. No son pocos los casos en los cuales las convicciones del juez por un lado y del abogado defensor por el otro, sobre lo que realmente dijo un testigo, no son compatibles.