

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

**Francisco J. Campos Zamora\* (Costa Rica)**

## **Tensiones en la administración de justicia: entre la dependencia política y el Estado judicial**

### **RESUMEN**

El presente artículo analiza dos de las principales tensiones a las cuales se enfrentan los sistemas de administración de justicia, en particular aquellos encargados de realizar el control constitucional como contrapeso al poder político. De un lado, la ineficacia de la función de control derivada de la dependencia política; del otro, el surgimiento del Estado judicial. Se desarrollan también algunas líneas del realismo jurídico como perspectiva útil para analizar esas tensiones de la función judicial.

**Palabras clave:** Poder Judicial, principio de independencia judicial, Estado judicial.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Der Beitrag befasst sich mit zwei der wichtigsten Spannungsverhältnisse, denen die Systeme der Rechtspflege, vor allem diejenigen, denen die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit als Gegengewicht zur politischen Macht obliegt, ausgesetzt sind: Einerseits die fehlende Wirksamkeit der Kontrollfunktion aufgrund von politischer Abhängigkeit, andererseits das Entstehen einer unabhängigen Richterstaat. Darüber hinaus werden auf Grundlage des Rechtsrealismus einige nützliche Perspektiven für die Analyse der angesprochenen Spannungen entwickelt.

**Schlagwörter:** Rechtsprechende Gewalt, Grundsatz der Unabhängigkeit der Justiz, Richterstaat.

### **ABSTRACT**

This article analyzes two of the main tensions faced by justice administration systems, in particular those responsible for exercising constitutional review as a counterweight

---

\* Profesor de la Universidad de Costa Rica. Doctorando de la Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, República Federal de Alemania. [fcocampos@gmail.com](mailto:fcocampos@gmail.com).

to political power. On the one hand, the ineffectiveness of the review function derived from political dependence; and on the other, the emergence of the judicial State. The article also develops some lines of legal realism as a useful perspective for analyzing these tensions of the judicial function.

**Keywords:** Judicial Power, principle of judicial independence, judicial State.

¿Me dices que en muchos procesos el diablo no solo actúa  
sobre el culpable, sino también y sobre todo sobre el juez?

*El nombre de la rosa*

## 1. Entre el Escila y el Caribdis de la administración de justicia

En su camino hacia Ítaca, Odiseo se vio forzado a atravesar un peligroso paso marítimo entre dos imponentes acantilados, uno dominado por Escila, el otro por Caribdis. Escila era un monstruo con rostro y pecho de mujer, seis cabezas de perro y doce patas de can en la cintura; Caribdis, un peligroso torbellino de agua que varias veces al día se tragaba todo lo que pasaba por delante, devolviéndolo tres días después en forma de naufragio. La propia Circe recomienda al héroe homérico navegar más cerca de Escila que de Caribdis, pues vale más perder seis de sus hombres que la nave entera.

Esa alegoría refleja, como pocas, los desafíos que atañen a los sistemas actuales de administración de justicia. Así, como en el mito griego, la labor judicial debe sortear enormes peligros, si desea ajustarse realmente a los parámetros del Estado democrático de derecho. Debe evitar convertirse en un aparato judicial, que desdén su función de control y contrapeso en el marco de una verdadera división de poderes, volviéndose un apéndice informal del Ejecutivo, y dejando desprovisto al ciudadano de la debida protección ante eventuales injerencias estatales. Debe eludir, igualmente, la tentación de desbordar sus competencias, desembocando así en un Estado judicial o en aquello que Rùthers atinadamente denominara “Estado oligárquico de los jueces” (*Oligarchischer Richterstaat*),<sup>1</sup> el cual, a modo de Caribdis institucional, succiona competencias y crea normas carentes de legitimidad al usurpar funciones del Legislativo.

El problema planteado no podría ser más relevante. La discusión se enmarca, principalmente, en la relación adecuada entre los distintos poderes estatales, mas el tema soporta también una lectura desde la teoría del derecho, toda vez que aque-

---

<sup>1</sup> Bernd Rùthers, “Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?”, *Juristenzeitung*, vol. 57, núm. 8, 2002, pp. 365-371.

llo que se comprenda por resolución judicial de conflictos, así como sus alcances, dependerá de si se reconoce a los tribunales, especialmente a los constitucionales, una función de interpretación de las normas (*Auslegung*), o bien, la posibilidad de crear derecho mediante sus resoluciones (*Rechtsfortbildung*).

En este artículo se analizará, en un primer momento, el papel del juez, principalmente el constitucional, como operador estelar del sistema jurídico. Para ello se utilizará el marco referencial aportado por distintos autores del denominado realismo jurídico. Posteriormente, se estudiarán dos de los problemas más graves que suelen afectar el desarrollo del Poder Judicial y de los tribunales constitucionales: por un lado, la violación del principio de independencia judicial que desemboca en el bloqueo a la función de control y, por otro, el surgimiento y los conflictos originados por el denominado “Estado judicial”.

## 2. Realismo jurídico y derecho en acción

Refiere el *Talmud* que entre el rabí Elieser Ben Hyrkanos y el rabí Joshua se suscitó una disputa respecto a la interpretación de la ley. El rabí Elieser, habiendo hecho valer todos los argumentos racionales y ante la imposibilidad de convencer a su compañero, apela a lo sobrenatural y afirma que si la ley es tal como él la interpreta, los árboles caminarían, las paredes se inclinarían y las aguas del río modificarían su cauce. Y refiere el *Talmud* que así fue, mas el rabí Joshua, sin inmutarse, responde que tales hechos no constituyen prueba de acuerdo con la ley y la tradición. Finalmente, el rabí Elieser sentencia: ¡Si la Ley es como yo la enseño, entonces el cielo hablará por mí y será mi testigo! Luego, se dejó oír una gran voz: ¡La Ley es ciertamente como él la enseña! A lo que el rabí Joshua, poniéndose de pie, respondió: ¡La Ley no se encuentra ya en el cielo! Con ello deseaba dar a entender que la *Torá* le fue dada al pueblo de Israel en el monte Sinaí, por lo que no se encontraba más en las alturas.<sup>2</sup>

El relato eleva a nivel de caso paradigmático, uno de los temas más determinantes, no sólo desde la perspectiva del análisis lingüístico, sino de las relaciones y juegos de poder que tienen lugar en el interior del Estado, y que enfrentan al juez con el legislador o con el Gobierno central. Este juego, que no es nuevo, se lleva a cabo desde la génesis de la estructura judicial, mas adopta una nueva dimensión con el nacimiento de las cortes constitucionales. El dilema se presenta bajo la forma de la dicotomía poder central o parlamento, por un lado, y órgano de control constitucional, por el otro. Del mismo modo, en el relato hebraico puede afirmarse que la ley no se encuentra ya en las alturas de los órganos legislativos ni en los estruendos del constituyente, sino en las resoluciones de tribunales que definen el verdadero

---

<sup>2</sup> Emanuel Bin Gorion, *Geschichten aus dem Talmud*, Frankfurt am Main, Insel Verlag, 1966, p. 127.

alcance de las normas y principios plasmados en la Constitución; es justo allí donde se perfilan los preceptos que rigen nuestra forma de gobierno, el espectro de libertades reconocidas e incluso los límites entre lo público y lo privado, que marcan la forma de vida de los ciudadanos.

Contrario a lo que, de sólo, se afirma en determinados discursos políticos, judiciales e incluso académicos, la ley no reconoce paternidades, y aquello que suele denominarse como espíritu de la ley o voluntad del legislador tiene, en última instancia, más relación con los deseos, temores, convicciones y precomprensiones (*Vorverständnisse*) de los jueces como operadores jurídicos, que con una pretendida esencia universal-objetiva presente en la norma y plasmada por el legislador *in secula seculorum*.<sup>3</sup> Es difícil aceptar que las leyes poseen una esencia universal proveniente del pueblo y fruto de las discusiones de la razón, cuando muchas de las mismas proceden de reuniones secretas con grupos de poder y concesiones a partidos no gubernamentales.<sup>4</sup> El juez como operador jurídico trabaja con enunciados en gran medida indeterminados y si bien es cierto que tal indeterminación ha sido ya contemplada en la elaboración normativa, a fin de que la ley pueda adaptarse a los procesos de evolución social, no es menos cierto que la ambigüedad y vaguedad de muchos términos, sumada a las lagunas normativas, confieren al juez la posibilidad de integrar e incluso crear derecho. Así las cosas, no son las reglas en el papel, sino las reglas reales las que sirven al juez en el proceso de decisión.<sup>5</sup>

Si Rodell<sup>6</sup> ya había señalado acertadamente que el nuestro no es un gobierno de hombres, sino de abogados, puede añadirse que lo es ante todo y principalmente de jueces. La afirmación anterior debería sorprender a muy pocos, si se tiene en cuenta que muchos de los autores más destacados del siglo XX e incluso del XIX ya habían llamado la atención sobre la escasa y limitada importancia del tenor literal de las normas jurídicas, y la forma en que realmente se desenvuelve el juego del derecho. Estos pensadores que suelen ser agrupados como “realismo jurídico”, pero cuyos únicos puntos en común son la negación y el escepticismo ante el derecho en el papel, reconocen en la figura del juez al actor principal del sistema jurídico. Tal idea, que se encuentra ya fuertemente sostenida en el pensamiento de Jhering, identifica la vida y la verdad del derecho con su efectiva realización; aquello que no alcanza a manifestarse en casos concretos es una “mera apariencia de derecho” (*bloßes Scheinrecht*).<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Frankfurt am Main, Athenäum Verlag, 1972, p. 100.

<sup>4</sup> Alejandro Nieto, *La balada de la justicia y la ley*, Madrid, Trotta, 2002, p. 20.

<sup>5</sup> Karl Llewellyn, “Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound”, *Harvard Law Review*, vol. XLIV, 1931, pp. 1236-1238.

<sup>6</sup> Fred Rodell, *Woe unto you, lawyers!* Littleton, Fred B. Rothman & Co., 1987, p. 11.

<sup>7</sup> Rudolph von Jhering, “Theorie der Juristischen Technik”, en Werner Krawietz (ed.), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976, p. 11.

La esencia de la judicatura descansa en las sentencias<sup>8</sup> y es justo allí donde el texto legal adquiere su forma definitiva.<sup>9</sup> De ese modo, la ley no es derecho vigente sino sólo un plan, un proyecto del futuro ordenamiento al que se desea llegar. Un litigio jurídico representa un problema particular, para el que la ley no contiene todavía la disposición pertinente y tampoco se puede derivar de las disposiciones legales con la seguridad absoluta de una conclusión lógica vinculante. La sentencia de los jueces no es una sentencia en el sentido lógico habitual que se otorga a esta palabra.<sup>10</sup> Bajo el engañoso velo de un mismo término se esconde una multitud de posibles interpretaciones. Se le confía al juez la elección de aquella disposición que le parezca más adecuada. El derecho se desarrolla, en el día a día, en la resolución de conflictos entre los hombres, en las cortes constitucionales; su esencia es eminentemente práctica y no lógico-deductiva, es ante todo un comportamiento, un hacer dentro de las reglas del discurso práctico-jurídico.<sup>11</sup>

La norma es válida, es decir existente, si es sentida como vinculante y observada en un determinado grupo social, particularmente por las personas encargadas de la administración de justicia. Aquello que caracteriza, en última instancia, a la norma es que se encuentra destinada a surtir efectos en la realidad social, y el análisis de esos efectos es precisamente el atributo central de la jurisprudencia realista y social-tecnológica.<sup>12</sup> Se desarrolla así, sobre todo, una crítica a la llamada “ideología de la justicia”, es decir, a la concepción según la cual, con anterioridad y de forma independiente del derecho positivo, de la organización social, existe una “justicia material” que el derecho positivo estaría llamado a realizar y garantizar. Por el contrario, la única realidad concreta está constituida por la máquina del derecho, por la organización de la fuerza y por los objetivos sociales: las normas separadas del derecho no son nada, solamente términos y etiquetas vacías.

---

<sup>8</sup> Oskar von Büllow, “Gesetz und Richteramt”, en Krawietz, *ibid.*, p. 108.

<sup>9</sup> En el ámbito norteamericano fue el juez Oliver Wendell Holmes quien abrió ese camino, con su afirmación de que la vida del derecho no es la lógica, sino la experiencia, y es precisamente el estudio de esa experiencia el que conduce a la esencia del derecho y su aplicación a los casos en concreto. Para Holmes, el derecho es el conjunto de profecías de lo que los tribunales resolverán (Oliver Wendell Holmes, “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, vol. X, núm. 8, 1897, p. 460).

<sup>10</sup> Lo anterior es algo plenamente admitido más allá del realismo jurídico; así, por ejemplo, Alexy coincide con Larenz en que ya nadie puede afirmar en serio que la aplicación del derecho se lleva a cabo simplemente bajo la forma de una subsunción lógica (Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1978, p. 17).

<sup>11</sup> Hermann Kantorowicz, “Some Rationalism about Realism”, *Yale Law Journal*, vol. 43, núm. 8, 1934, p. 1243.

<sup>12</sup> Hans Albert, *La ciencia del derecho como ciencia real*, México, D. F., Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2007, *in totum*.

### 3. Ineficacia de la función de control

Un primer gran desafío de los tribunales constitucionales consiste en llevar a cabo una función de control eficaz: tutelar que los actos de los otros poderes, especialmente del Poder Ejecutivo, como gobierno central, no infrinjan el derecho de la Constitución. La resolución de tales conflictos se encuentra en las disposiciones constitucionales que institucionalizan dos mecanismos: el reconocimiento de ciertos derechos subjetivos y el establecimiento de vías de control mediante las cuales los jueces garantizan el sometimiento de todos los órganos del Estado al imperio de la Constitución.<sup>13</sup> Dicho control debe analizarse siempre en relación con el principio de independencia judicial. Sin ella, el control del poder sería impensable; cuando los encargados de controlar dependen de quienes deben ser controlados y estos pueden influenciar a los primeros, no cabe esperar ni una verdadera separación de poderes ni límites al ejercicio del poder.

Allí donde no existe independencia judicial se corre el riesgo constante de caer en una politización de la justicia constitucional, en un sistema guiado no por normas, sino por la arbitrariedad. La limitación del poder estatal por un tribunal constitucional, y que justamente por esto está en condiciones de relacionarse de igual a igual con los otros órganos constitucionales, es un elemento relevante, constitutivo e indispensable del Estado de derecho.<sup>14</sup>

Ahora bien, ¿qué contenido debe asignarse al “principio de independencia judicial”? Todo análisis, respecto a este término, que pretenda alcanzar cierta seriedad debe plantearse un camino que sortee, en primer lugar, la retórica, ingenua en la teoría y útil en el discurso político, que la da por alcanzada como si esta fuese algo ya logrado para siempre por un colectivo de naturaleza heterogénea, olvidando que la misma se disputa diariamente en cada escenario, donde un juez debe resolver las disputas que le son sometidas; en segundo lugar, el *tabú de la independencia*, un concepto casi metafísico cargado de tantas connotaciones históricas, constitucionales y políticas que usualmente lo tornan inmanejable en discusiones concretas.<sup>15</sup> La carga ideológica que acompaña al término impide, como acertadamente señalara Nieto, cualquier reflexión crítica sobre ella. Se confunden los deseos con la realidad, y los objetivos se transforman en dogmas. Lo anterior impone la necesidad de precisar su contenido.<sup>16</sup>

Se entiende por independencia judicial, en su sentido más amplio, aquel sistema de garantías del cual gozan los miembros de la judicatura, en virtud del cual puede

<sup>13</sup> Alejandro Nieto, *El desgobierno judicial*, Madrid, Trotta, 2005, p. 117.

<sup>14</sup> Sybille Kessal-Wulf, “El Tribunal Constitucional Federal y los tribunales supranacionales: problemas actuales de un sistema multinivel”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, núm. 21, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2015, p. 175.

<sup>15</sup> Alejandro Nieto, *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Madrid, Trotta, 2010, p. 131.

<sup>16</sup> Nieto, *El desgobierno judicial*, op. cit., p. 118.

rechazarse y denunciarse todo intento directo o indirecto de afectar su convencimiento y decisión en torno a los asuntos que les son sometidos. Sin embargo, por independencia judicial se ha entendido también no la garantía individual, sino la condición general de los aparatos judiciales.<sup>17</sup> De acuerdo con esta concepción, de naturaleza mucho más crítica, un sistema judicial carecería de independencia no cuando en él operan influencias externas efectivas, sino simplemente cuando en él pueden operar eficazmente tales influencias, aun cuando no lo hagan de ordinario. Lo decisivo, desde esa mecánica del poder, es que el juez sepa que, si es necesario, puede ser influido en su comportamiento.<sup>18</sup>

El principio de independencia judicial es, en realidad, una denominación genérica, que comprende tres distintas relaciones: la *independencia profesional* de los jueces, que garantiza los derechos personales derivados de su condición de funcionarios en la judicatura; la *independencia funcional* de jueces y tribunales, que garantiza la libertad de criterios a la hora de decidir asuntos concretos, y, por último, la *independencia institucional* del Poder Judicial, que garantiza un funcionamiento sin fricciones con el Poder Ejecutivo. Estos tres niveles que se contemplan actualmente como inseparables en el Estado democrático de derecho han sido ponderados de muy distintas formas, según el momento histórico. Así, por ejemplo, la independencia institucional es la de más reciente aparición; no hace mucho se consideraba al juez el delegado del monarca para impartir justicia. De ese modo, el juez, vinculado hoy únicamente a la ley, se hallaba sujeto anteriormente a la voluntad del soberano. Ese triple sistema de garantías convierte a la administración de justicia en un *sistema hermético*. Su ámbito de exclusividad garantiza que nadie pueda disputarle el estudio de los casos que por ley le corresponden; su ámbito de libertad al decidir garantiza que nadie pueda presionar al juzgador. En fin, su libertad legal de decisión está garantizada desde el momento en que nadie puede tratar de influir sobre los jueces.

Las cosas, sin embargo, no funcionan en la realidad como se dispone en el ordenamiento jurídico. El *poder político* no acepta las reglas del juego constitucional y

---

<sup>17</sup> La independencia judicial se ha relacionado no sólo con elementos externos, sino también internos, a saber, aquellas condiciones personales y psicológicas que afectan la independencia del juez. Así, cabe cuestionarse: ¿las personas con temperamento temeroso pueden ser jueces independientes? ¿Una persona que no tiene la capacidad de modificar sus propias convicciones, o sea indócil, puede ser juez independiente? (Carlos Nino, "La autonomía constitucional", *Cuadernos y Debates - La Autonomía Personal*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 43).

<sup>18</sup> Existe también una amenaza de poderes alternos al Estado porque, como es evidente, el juez no juzga fuera de la realidad, sino que en gran medida la construye o modifica. Mientras que los jueces podrían no atender llamados telefónicos de altos funcionarios, es sumamente dudoso que dejen de leer diarios, escuchar noticias y ver programas de televisión. De ahí que es por la vía de la crítica social, mucho mejor que a través de sanciones jurídicas o políticas, como se ejerce el control popular sobre la justicia (cfr. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995, p. 602; Cristina Alberdi Alonso, "El Poder Judicial como garante y sujeto del derecho a la información", en *Poder Judicial*, número especial XI, Madrid, 1989, p. 175).

así, como se ha creado un instrumento de control al poder, se ha acudido también a la trampa de imponer medidas de contraorganización capaces de bloquear tales mecanismos. El poder político tiene medios para impedir que funcione el tribunal constitucional y no ha dudado en activarlos a fin de escapar de su control. El control constitucional solo sería eficaz si fuera de verdad independiente, es decir, invulnerable a maniobras externas. No basta en definitiva con que la Constitución encomiende a los jueces que controlen el poder. Es preciso además que el poder político no pueda bloquear el ejercicio del control. En resumen, no se puede ejercer un verdadero control constitucional en los casos en que el poder político ha privado de su independencia a los órganos que deben controlarle. El modelo como tal sería perfecto, si no fuera por el hecho de que, por costumbre, se disimulan sus debilidades.<sup>19</sup> Para establecerse y actuar necesita de un financiamiento que proviene de las arcas generales del Estado; para ejecutar sus decisiones necesita igualmente de la colaboración de las administraciones públicas y, en muchos casos, precisa de los resultados de las investigaciones policiales. En definitiva, carece de autonomía funcional frente al Estado central.

La rivalidad entre el Poder Ejecutivo y el sistema de administración de justicia no debe pasarse por alto, enemigos potenciales y adversarios en la cotidianidad se disputan el poder real en asuntos que van desde el análisis de las más elevadas cuestiones constitucionales hasta conflictos prácticos que abordan las costumbres de las administraciones públicas. En el plano político-jurídico, el Ejecutivo considera ser el ocupante legítimo del poder; en el plano práctico cuenta, además, con la fuerza suficiente para imponer su voluntad.<sup>20</sup> No obstante, la función de control llevada a cabo por el Poder Judicial, y específicamente por la sede constitucional, tiene por objetivo principal el control de cualquier exceso.<sup>21</sup> Los jueces están funcionalmente obligados a hacer eficaces los límites que la ley impone. Una función que inevitablemente ha de crear tensiones, más cuando se tiene en cuenta que si los políticos tienden a excederse, lo mismo sucede con los jueces. Así, la historia de la independencia judicial resulta ser la historia de una lucha interminable en la que, por cierto, en la mayoría de los casos los jueces siempre han sido los vencidos, y allí donde los jueces no pueden ejercer la función de control se produce una politización de la justicia constitucional.

La politización de la justicia constitucional es un rótulo amplio en el que se cobijan elementos diferentes; comprende desde las interferencias políticas en asuntos en los cuales se discute el tema de la constitucionalidad hasta las maniobras tácticas individuales que se realizan en la operación estratégica de las instituciones que manejan el Poder Judicial y que se disfrazan de autogobierno. La función judicial

---

<sup>19</sup> Nieto, *El desgobierno judicial*, op. cit., p. 247.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 121.

<sup>21</sup> Roberto Gargarella, *La justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.



se refiere, en primer término, a los conflictos entre particulares, un ámbito en que el Ejecutivo no suele intervenir, pues como centro de poder no se encuentra interesado en procesos de esa naturaleza. El gran juego de los intereses en conflicto no se desarrolla ahí, y el poder no pierde su tiempo en asuntos menores.

Muy distinto es el caso cuando se encomienda a los jueces la solución de los conflictos surgidos entre los ciudadanos y el poder político, o entre este último y determinados principios constitucionales, que se ven afectados por políticas de Estado o medidas administrativas. Alcanzado este punto, es evidente que lo importante no es el sometimiento del poder al derecho, sino la existencia de un aparato de garantía de tal sometimiento, un sistema que presente medidas efectivas de control más allá de las “reglas en el papel”. En esto se distingue esencialmente un verdadero régimen constitucional democrático de aquellos que simplemente afirman serlo. La diferencia capital estriba en que en el último, las violaciones constitucionales no podían remediarse institucionalmente, por lo que los derechos se quedaban en letra muerta; mientras que ahora vigilan los jueces, el ordinario y el constitucional, para restablecer inmediatamente el equilibrio.

#### **4. Exceso en el control constitucional: surgimiento del Estado judicial**

En un Estado democrático de derecho, las normas jurídicas son promulgadas, por regla general, por la autoridad parlamentaria. Esa facultad va más allá de lo asignado por la Constitución al Poder Judicial. Sin embargo, al mismo tiempo, algunos tribunales constitucionales asumen funciones de establecimiento de normas jurídicas. La creación judicial del derecho (*Rechtsfortbildung*) encuentra su origen en situaciones en que el órgano legislativo no puede regularlo todo o no desea hacerlo por una cuestión de política jurídica. Esta premisa es particularmente visible en los vacíos legales, conceptos jurídicos indeterminados, y los campos abiertos de la legislación. Todo orden jurídico es incompleto, pero los jueces, dentro de su ámbito de competencias, tienen la obligación de decidir sobre todos los conflictos que les hayan sido presentados, aun ante la inexistencia de norma. En los casos en los que el órgano legislativo guarde silencio o incurra en contradicciones, el juez se convierte en un legislador sustituto.

El perfeccionamiento de la norma jurídica es considerado un componente fundamental de la función constitucional. Los conceptos, obligaciones y derechos plasmados en la Constitución cobran vida no solo mediante la interpretación, sino también a través de la creación judicial del derecho. Se reúnen aquí dos conceptos antagónicos, incompatibles, al mismo tiempo que se esconde el núcleo esencial de la creación de normas por vía judicial. El problema radica en que al enfrentarse el juez a una laguna jurídica, no puede encontrar una valoración legal aplicable al caso. Entonces, debe establecer una norma para la situación no regulada jurídicamente. En

esos casos sin regulación, cuando el juez no encuentra el derecho, debe crearlo como un legislador sustituto. Se trata, en última instancia, de un acto de política jurídica, pero, en algunos casos, se constituye también en un medio efectivo para separarse del principio de vinculación a la ley. Esto sucede cuando el juez, en desacuerdo con una valoración legal vinculante y previamente existente, intenta invalidarla, haciendo uso de una “búsqueda” ya encauzada a encontrar vacíos jurídicos.

La aplicación de una norma debe ser estrictamente diferenciada de su creación judicial. De acuerdo con la Constitución, el juez es un servidor obligado a obedecer la ley, pero, cuando ese mismo juez crea derecho, se convierte en un legislador sustituto; se convierte parcialmente en el amo del ordenamiento jurídico. Una de las principales tareas de una metodología de la interpretación jurídica debe consistir en mostrarle al operador jurídico las diferencias y los efectos de aplicar una ley, perfeccionar una regla y corregir una norma con la finalidad de establecer su propia intención legislativa; cuando, en lugar de cumplir la norma, se erige en legislador. Lo anterior precisa diferenciar claramente esas funciones, así como sus límites. No hay, por lo tanto, ninguna duda razonable sobre la existencia y el constante aumento del derecho de los jueces en todas las ramas del derecho, particularmente en materia constitucional.

Esa creación del derecho por vía judicial, y muy específicamente por los tribunales constitucionales, encuentra su origen, no siempre reconocido ni admitido, en la tensión entre los cambios sociohistóricos y el principio de seguridad jurídica, en el anhelo de verse compelido a realizar reformas completas al ordenamiento jurídico. Los tribunales constitucionales se ven tentados a apartarse de las valoraciones previamente establecidas por el legislador, haciendo uso de sus propias concepciones de justicia y con la ayuda de métodos de aplicación del derecho, que facilitan separarse de la ley. El importante proceso de cambio político-constitucional, que desplaza al legislador en favor del juez constitucional, puede entenderse mejor al estudiar, por ejemplo, la evolución del derecho de los jueces en Alemania.

Rüthers señala que durante los 70 años comprendidos entre 1919 y 1989, Alemania experimentó siete distintos sistemas jurídicos.<sup>22</sup> Cada uno de esos nuevos ordenamientos contó con la aprobación de un sector mayoritario tanto de autoridades como de académicos, fue aceptado y practicado, convirtiendo a Alemania en el campeón en la disciplina de “cambio rápido del sistema político”. Los cambios de sistema significan, por lo general, cambios de ideología. Esto supone, al mismo tiempo, un cambio de los valores jurídicos fundamentales, de los principios dogmáticos esenciales; esto es, de los principios superiores del derecho. Los cambios del sistema representan un

---

<sup>22</sup> El imperio, Weimar, el Estado nacionalsocialista, los regímenes de ocupación, la República Federal Alemana original, la República Democrática de Alemania (RDA), la nueva República Federal unificada dentro del ensamblaje de la europeización de los ordenamientos jurídicos nacionales en la Unión Europea (Rüthers, “Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?”, *op. cit.*, p. 368).

nuevo orden de convicciones jurídicas e incluso cambios de lo considerado como verdad. Sin embargo, no se trata de un proceso automático. Por lo general, el nuevo legislador no está en condiciones de transformar el orden jurídico heredado del viejo sistema en conformidad con sus nuevos objetivos y deseos político-jurídicos. El legislador solo puede desarrollar, de manera regular, unas reglamentaciones muy limitadas. La carga principal de efectuar completamente las renovaciones jurídicas necesarias la tienen, en principio, según las experiencias de las últimas décadas, los órganos judiciales. En todas las formas de Estado, la jurisprudencia práctica tiene una función esencial de afirmación y estabilización del nuevo sistema.<sup>23</sup>

Los cambios radicales aquí mencionados, que se dieron más o menos de forma simultánea, sobrevinieron al ordenamiento jurídico tradicional y a sus intérpretes, generando en poco tiempo una gran necesidad de modificación jurídica; ya que el derecho es la respuesta humana a nuevos problemas de regulación, era imprescindible una adaptación inmediata del sistema de valores a los nuevos supuestos de hecho. Al no encontrarse el legislador en capacidad de efectuar tal adaptación del orden jurídico, dicha tarea correspondió de facto al Poder Judicial. Cuando se consideró indispensable, se renunció al principio de vinculación del juez a la ley, dando lugar a nuevas figuras en el derecho civil,<sup>24</sup> así como al desarrollo de nuevas construcciones por parte del tribunal constitucional.

Actualmente, los tribunales reconocen, tanto los comunes como los constitucionales, el valor de la teoría objetiva de la interpretación. La voluntad real del legislador presentaría, desde esta perspectiva, un papel secundario; y funcionaría como verdadera hoja de ruta sólo en aquellos casos en que el tenor literal de la norma no aporte conclusiones definitivas sobre su sentido. Lo determinante, en muchos casos, es el presunto sentido objetivo de la norma, y dado que este es uno de los métodos más utilizados por el operador jurídico, cuestiones como la finalidad perseguida con la norma no llegan a discutirse en muchos casos. En este método de interpretación se renuncia a investigar los fines de la regulación efectuada por el legislador. No obstante, contrario a lo anterior, el primer objetivo del juez debe ser un análisis crítico de la norma. La tan sólo aparente interpretación objetiva reemplaza en realidad la subjetividad del legislador por aquella del juez y hace de la interpretación objetiva un globo a merced de los vientos del momento histórico. La voluntad del legislador podría ser variada de forma discrecional por los órganos judiciales e incluso tergiversada hasta obtener lo contrario a lo querido por el legislador. El método objetivo de interpretación le otorga a la concepción jurídica subjetiva del juez un margen de

---

<sup>23</sup> Bernd Rüthers, *Die heimliche Revolution von Rechtsstaat zum Richterstaat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, p. 9.

<sup>24</sup> El fallo sobre la revalorización de una hipoteca del tribunal del Imperio en 1923 significó una sublevación, hasta ese momento inimaginable, de los tribunales supremos contra la normatividad vigente, la cual había sido incluso anunciada por parte de la Asociación de Jueces frente al tribunal del Imperio (Rüthers, "Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?", *op. cit.*, p. 369).

libertad incompatible con el principio de vinculación del juez a la ley y el principio del Estado de derecho. Nos enfrentamos aquí al instrumento que ha facilitado el surgimiento del Estado judicial.<sup>25</sup>

Esa transformación del juez, de servidor de la ley a señor del ordenamiento jurídico, se ve propiciada por el método objetivo de interpretación, y así ha sido admitido por muchos tribunales constitucionales, cuya labor inicial consistía en la custodia y defensa de la Constitución frente a intervenciones inconstitucionales de los titulares del poder tanto estatales como privados. Ya no se conforman con declarar la inconstitucionalidad, hoy en día prescriben al legislador, hasta el último detalle, la forma de regular determinados ámbitos, aquello admisible y lo inadmisibile. Lo fundamental pasa a ser lo que la mayoría del tribunal estime como razonable. El problema esencial de tal concepción radica en que deja desprovista a la norma de su naturaleza histórica. Cada constitución representa, usualmente, la respuesta de sus creadores a experiencias de dolor, que obligaron a modificar la idea del Estado y el derecho. Las decisiones del juez, que van más allá, se apartan de esa configuración inicial y constituyen actos político-jurídicos del intérprete, que varían o complementan la Constitución. No se trata de una casualidad que, entre tanto, todos los jueces ordinarios se declaren partidarios del método objetivo de interpretación.

La instancia creada para la tutela de la Constitución se ha transformado en un parlamento sustituto, que adopta decisiones políticas no ya para casos particulares, sino para toda la comunidad. La consecuencia perversa de tal actuación consiste en que las decisiones del tribunal constitucional pueden decretar cambios materiales de la Constitución.<sup>26</sup> Mientras las reformas constitucionales a iniciativa del Poder Legislativo requieren mayorías previamente determinadas, la magistratura requiere, únicamente, el cambio de un voto para provocar una reforma constitucional. El principio de representación se ve vulnerado y la soberanía del pueblo trastocada por la soberanía de la judicatura (*Richteramt*). Se produce una legislación superpuesta, carente de legitimidad político-democrática.

## 5. Conclusiones

En este trabajo se han pretendido analizar las tensiones entre el Poder Judicial y otros órganos estatales, a la luz, principalmente, de nociones como control e independencia. Esas tensiones pueden expresarse, por un lado, si se llegara a presentar una politización de la “justicia”, en la cual el sistema judicial se reduce a

---

<sup>25</sup> Ernst Wolfgang Böckenförde, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, München, Carl Friedrich von Siemens-Stiftung, 1989, p. 61; y *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, Berlin, Dunker & Humblot, 1981, p. 402.

<sup>26</sup> Cabe señalar que no todos los autores observan el Estado judicial; así, es contemplado por Hirsch como una concretización del Estado de derecho (Günter Hirsch, “Auf dem Weg zum Richterstaat?”, *Juristenzeitung*, vol. 72, núm. 18, 2007).

una dependencia del Ejecutivo y acata sus dictados; por el otro, de ocurrir una judicialización de la política, donde las discusiones entre distintos partidos –cada uno representativo del espectro político y legitimado mediante el sufragio– se ven reemplazadas por discusiones en el interior de un tribunal.

Se ha omitido, conscientemente, el papel de los medios de información, aun cuando estos han venido a modificar las relaciones descritas. El más independiente de los jueces puede salvaguardar su criterio ante las presiones, mas no podrá aislarse por completo de un entorno estructurado por la opinión mediática. No en pocas ocasiones, la patología descrita del Estado judicial hace eco del pensamiento mediático, que pretende canalizar la “voluntad popular”, produciéndose así la paradójica figura de la judicialización de los procesos mediáticos en lugar de la hoy tan extendida idea de la mediatización de los procesos jurídicos.

La función judicial, y especialmente la constitucional, se ven enfrentadas así al problema de hallar un punto de equilibrio: cumplir su labor de manera independiente del Estado central, al tiempo que se respeta la competencia del Poder Legislativo. Ese triángulo de tensiones entre los distintos poderes es, quizás, uno de los más grandes dilemas a resolver por parte de los Estados contemporáneos, que han decidido dirigir su actuar por el derecho de la Constitución. Mas el equilibrio es siempre inestable, implica sostenerse frente a fuerzas que luchan por imponerse. Esa es la dinámica del poder, pero, como señaló Foucault, va más allá de la concepción clásica de unos actores que dominan a otros, el poder atraviesa a cada sujeto. Todos los intervinientes se desempeñan en el juego del poder; es imposible no jugarlo. Y la política es ante todo el juego del poder. Desde esa perspectiva, es una noción sumamente ingenua estimar al juez como una figura apolítica. La nueva concepción de la política judicial determina conscientemente la elección del método y la aplicación de todos los instrumentos de interpretación, los cuales sirven para que la idea subjetiva del derecho que tengan los órganos judiciales se imponga a la finalidad desarrollada por el legislador con la expedición de la norma y considerada obsoleta por el intérprete.

Las tensiones naturales entre poderes del Estado no pueden superarse; ellas no son más que el resultado natural de la división ya hace mucho proclamada por Montesquieu. Ese es el precio que hay que pagar por la siempre sana delimitación del poder. Allí donde el poder se centraliza no existen tensiones ni contradicciones; sin embargo, ninguna sociedad que se precie de moderna, democrática y de guiarse por el derecho renunciaría al modelo de pesos y contrapesos en aras de liberarse de las tensiones entre los actores políticos. El sistema, a pesar de las críticas que puedan oponérsele, es demasiado valioso como para perder lo que tanta sangre costó.

La superación de patologías surgidas con ocasión de esas tensiones sí es superable, mas lo anterior requiere renunciar a dogmas y actos de fe muy preciados por el sistema jurídico. La concepción de la independencia judicial y la de una judicatura apolítica necesitan ser replanteadas. Solo de ese modo se podrá sacar a la luz y con-

trolar aquello que ya ocurre en las sombras, a espaldas de lo que la ley y la Constitución dictan. Solo así es posible desarrollar un sistema que garantice, en cierta medida, el acatamiento de las funciones encomendadas constitucionalmente a cada poder estatal. Si existe alguna manera de evadir a Escila y Caribdis, es precisamente esa.

## Bibliografía

- ALBERDI ALONSO, Cristina, “El Poder Judicial como garante y sujeto del derecho a la información”, *Poder Judicial*, núm. especial XI, Madrid, 1989.
- ALEXY, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1978.
- BIN GORION, Emanuel, *Geschichten aus dem Talmud*, Frankfurt am Main, Insel Verlag, 1966.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, Berlin, Dunker & Humblot, 1981.
- \_\_\_\_\_, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, München, Carl Friedrich von Siemens-Stiftung, 1989.
- BÜLLOW, Oskar von, “Gesetz und Richteramt”, en Werner KRAWIETZ (ed.), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976.
- ESSER, Josef, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Frankfurt am Main, Athenäum Verlag, 1972.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995.
- GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.
- HANS, Albert, *La ciencia del derecho como ciencia real*, México, D. F., Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2007.
- HIRSCH, Günter, “Auf dem Weg zu Richterstaat?”, *Juristenzeitung*, vol. 72, núm. 18, 2007.
- JHERING, Rudolph von, “Theorie der Juristischen Technik”, en Werner KRAWIETZ (ed.), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976.
- KANTOROWICZ, Hermann, “Some Rationalism about Realism”, *Yale Law Journal*, vol. 43, núm. 8, 1934.
- KESSAL-WULF, Sybille, “El Tribunal Constitucional Federal y los tribunales supranacionales: problemas actuales de un sistema multinivel”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, núm. 21, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2015.
- LLEWELLYN, Karl, “Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound”, *Harvard Law Review*, vol. XLIV, 1931.
- NIETO, Alejandro, *La balada de la justicia y la ley*, Madrid, Trotta, 2002.

- \_\_\_\_\_, *El desgobierno judicial*, Madrid, Trotta, 2005.
- \_\_\_\_\_, *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Madrid, Trotta, 2010.
- NINO, Carlos, “La autonomía constitucional”, *Cuadernos y Debates - La Autonomía Personal*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- RODELL, Fred, *Woe unto you, lawyers!* Littleton, Fred B. Rothman & Co., 1987.
- RÜTHERS, Bernd, “Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?”, *Juristenzeitung*, vol. 57, núm. 8, 2002.
- \_\_\_\_\_, *Die heimliche Revolution von Rechtstaat zum Richterstaat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014.
- WENDEL HOLMES, Oliver, “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, vol. X, núm. 8, 1897.