Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx

Günter Hirsch (Alemania)*

La jurisdicción en el Estado de derecho: entre la sujeción a la ley y la interpretación cuasilegislativa**

Al tema lo subyace una pregunta que es central para el Estado democrático de derecho: ¿qué relación hay entre el tercer poder —el Poder Judicial— y el primero, el Poder Legislativo? ¿Dónde corre el límite entre la interpretación y la integración lícitas del derecho a través de los jueces y la indebida creación judicial de derecho?

I.

1. La discusión sobre los límites entre las funciones del legislador y las del juez es, cuando menos, tan antigua como la división de poderes. De acuerdo con Montesquieu (*El espíritu de las leyes,* 1748), el Estado debe mantenerse en un equilibrio, permanentemente amenazado, en el cual los tres poderes se controlan y se limitan mutuamente. Sin embargo, entre los tres poderes, el de los jueces es, según Montesquieu, en cierto modo nulo ("*en quelque façon nulle*"), ya que los jueces son solamente la boca que pronuncia las palabras de la ley, nada más ("*la bouche qui prononce les paroles de la loi*").

En consecuencia, se prohibió a los jueces, mediante decreto expreso, la interpretación de las leyes (así, por ejemplo, Federico II en 1780). Cesare Beccaria,

---

* Presidente del Tribunal Supremo Federal de Alemania. ‹praesident@bgh.bund.de›

** Traducción de Héctor Fix-Fierro.

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

contemporáneo de Montesquieu, opinaba que era preferible estar sometido a un gobernante absoluto a que el ciudadano quedara, como "esclavo" de los jueces y su furia interpretadora, en manos de una multitud de "pequeños tiranos y autoridades inferiores".

La quintaesencia de esta visión estrecha de la división de poderes radicaba en la idea de que no era función del tercer poder la de eliminar, a través de la interpretación, las dudas que suscitara la ley, sino asunto del primer poder mismo, puesto que estaba en juego el alcance de las leyes. El legislador tenía que estar mayormente sustraído al control y plenamente a la corrección del tercer poder. Para asegurar que así ocurriera, se marginó a la justicia. Los jueces eran, como explicaba Montesquieu, "en cierto modo seres sin alma, incapaces de moderar la fuerza o el rigor de la ley", es decir, unos autómatas de la subsunción.

Cuando la Ilustración acababa apenas de elevarla a la categoría de poder propio del Estado, se privaba a la jurisdicción, en nombre de la misma doctrina política, de su principal instrumento de actuación y de su principal recurso de poder: la interpretación de la ley.

2. Esto es algo más que historia. Las reservas que suscita una instancia que es independiente del legislador, en lo institucional y lo personal, y que tiene el poder de interpretar las leyes y, con ello, el de determinar en última instancia el contenido concreto de la regulación, siguen vigentes, especialmente en los países totalitarios. Así, por ejemplo, la Constitución de la Unión Soviética de 1977 disponía, breve y tajantemente, que la interpretación de las leyes correspondía al Presidium del Soviet Supremo de la URSS.

II.

Por el contrario, de nuestra noción de división de poderes se desprende que el legislador crea normas de contenido general abstracto, mientras que queda en manos de los jueces el destino ulterior de las leyes que aquel dicte, en particular sus efectos concretos. En la realidad jurídica, el juez insufla vida a la letra muerta de la ley. No solo aplica la ley —algo que también hace la administración— sino que le otorga una autoridad última de modo concreto e individual, contribuyendo a convertir en ser el deber ser.

Es por eso que el Tribunal Constitucional Federal alemán ha rebatido expresamente a Montesquieu con las siguientes palabras: "En Europa, el juez nunca fue meramente '*la bouche qui prononce les paroles de la loi*'; el derecho romano, el *common law* inglés, el derecho común, eran en buena medida producto de la creación judicial del derecho" (Kloppenburg).

Tampoco la Ley Fundamental alemana le otorga la autoridad suprema a la ley. Conforme al artículo 20, inciso 3, de la Ley Fundamental, el juez está sujeto a la

ley y el derecho. Esta vinculación del tercer poder a "la ley y el derecho" no es una simple tautología, sino que libera al juez de la obediencia incondicional frente al legislador, rechazando así el positivismo puro de la ley. Como lo constata el Tribunal Constitucional Federal, esta fórmula "sostiene la conciencia de que, si bien en los hechos la ley y el derecho coinciden en general, no lo hacen siempre ni de manera necesaria".

III.

1. ¿Cuáles son las consecuencias que se derivan entonces del hecho de que el orden jurídico positivo y la idea del derecho puedan no coincidir? Las discusiones en la teoría y la filosofía del derecho sobre este punto llenan bibliotecas. En última instancia, se trata de la tensión insoluble entre los fenómenos de la ley, el derecho y la justicia, de la cual se han ocupado todos los grandes filósofos de la humanidad.

El dilema que se plantea al juez —y que no fue creado por el artículo 20, inciso 3, de la Ley Fundamental, al mencionar, en un plano acumulativo de igualdad a la ley y el derecho, sino que solamente le dio expresión— puede resumirse de la siguiente manera: por un lado, no puede darse por satisfecho de que una posible violación tangible de la idea de justicia se permita o se preceptúe en una ley. Por el otro lado, no puede abandonar el sendero de la obediencia a la ley simplemente con el argumento de que su idea de la justicia exige otra solución.

2. El problema tiene que solucionarse por debajo del principio constitucional de la sujeción no absoluta del juez a la ley, a saber, en el plano de los supuestos y los límites de la interpretación y la integración del derecho. La pregunta central reza: ¿en dónde encuentra sus límites la interpretación de la ley y la integración del derecho? ¿Cuándo y hasta qué punto puede (y debe) el juez apartarse del texto unívoco de la ley y de la voluntad del legislador por la vía de la interpretación o de la integración de la norma, y cuáles son los métodos que debe emplear para tal efecto?

El método de la interpretación de la ley es la brújula de la determinación del derecho. La pregunta fundamental es si el objetivo de la interpretación es la investigación y el respeto de la voluntad real del legislador o si lo es el sentido normativo de la ley. Esta dicotomía de las llamadas teorías subjetiva y objetiva marcó la doctrina filosófico-jurídica y metodológica relevante de los siglos XIX y XX en Europa.

IV.

El método de interpretación puede determinar el resultado de una controversia jurídica. Por tanto, su elección no constituye un instrumento interno e informal de la determinación judicial del derecho, sino que tiene calidad jurídica. Su importancia

queda de manifiesto en el dicho de un juez estadounidense: "*First is the law, then is the interpretation of the law, at last the interpretation is the law*". En la jurisprudencia alemana se ha impuesto el método objetivo, conforme al cual hay que tomar en cuenta la voluntad del legislador histórico como aspecto esencial para la interpretación, pero en caso de colisión aquella tiene que ceder su sitio a los criterios objetivo-teleológicos. En última instancia, lo determinante para la interpretación de una ley es la voluntad objetivada del legislador que se manifiesta en ella, la cual por lo regular coincide con la intención del legislador respecto del problema relevante.

Cuando el legislador no ha logrado formular correctamente su voluntad; o cuando ha sido víctima de errores o concepciones fallidas; o cuando el proceso de envejecimiento de la ley ha provocado que ya no tenga correspondencia con los valores presentes o las necesidades del tráfico jurídico de la actualidad, entonces la teoría objetiva abre al juez la posibilidad de apartarse de la voluntad subjetiva del legislador histórico. Aquí resulta aplicable la famosa frase de Gustav Radbruch, en el sentido de que en ocasiones la ley puede ser más lista que el legislador.

A lo anterior se objeta que la idea de que la ley pueda ser más lista que sus creadores es en realidad el gran engaño de los jueces, porque oculta que son ellos los que se consideran más listos que el legislador.

Lo cierto es que, en efecto, el juez respalda la determinación del derecho con su personalidad, con su subjetividad plena (con su "concepción previa"). El hogar paterno, el medio social, la infancia, el entorno, la experiencia vital personal, la cosmovisión y muchas cosas más marcan a toda personalidad y, por tanto, también la del juez. Sin duda todo ello desempeña un papel en el llenado del margen de interpretación que la ley otorga al juez. Empero: el juez no debe sustituir la concepción que haya tenido el legislador de lo que es correcto o incorrecto con la suya propia; no posee libertad para interpretar e integrar el derecho. Por el contrario, tiene que averiguar el fin de la ley, el *telos* que le es inmanente; debe preguntarse cuál ha sido el propósito que perseguía la regulación del legislador respecto del problema sustantivo concreto a solucionar; tiene que orientar su resolución conforme a las decisiones valorativas de los derechos fundamentales. En breve: el juez está vinculado a ciertos métodos de la determinación del derecho, así como a los parámetros jurídico-constitucionales. El hecho de que este marco del conocimiento valorativo confiera espacio a los "elementos de la voluntad" es algo inmanente al sistema y, por tanto, no resulta objetable desde el punto de vista constitucional.

La determinación del derecho en los casos en los que no se puede deducir de la ley ninguna respuesta a la cuestión jurídica planteada ("laguna de la ley"), en los cuales tiene que actualizarse la decisión valorativa del legislador o en que esta no encontró en la ley una expresión suficiente e identificable, es la verdadera carga, y no el placer, de la existencia del juez.

En la doctrina se debate si la interpretación judicial puede ir tan lejos que desatienda un mandato legal unívoco y querido (*contra legem*). Con independencia de

que este acto ya no sería de interpretación de la ley, sino su negación, en la práctica no tiene ninguna importancia. La *lex* a la que está sujeto el juez comprende no solo la norma escrita, sino también la homogeneidad y plenitud, orientada a valores, del conjunto del orden jurídico. Si bien están marcadas por las concepciones valorativas del legislador, el cual se encuentra sujeto a un horizonte de conocimiento condicionado por el tiempo y la situación, las leyes no se encuentran aisladas en el espacio jurídico, sino que son parte integral de un orden homogéneo de valores. La tarea innata del juez consiste en hacer coincidir el fin de la ley y los valores que a través de él quería realizar el legislador ("voluntad objetivada del legislador", "contenido normativo de la ley") con el orden jurídico en su conjunto. Aun cuando el juez abandone el suelo de la ley escrita, esto no quiere decir todavía que haya abandonado el suelo de la Constitución. No toda acción fuera de la ley es una acción contra la ley.

V.

1. Al concepto de *Estado de los jueces* se le confiere desde hace algún tiempo una connotación negativa. En Alemania se habla incluso de la "marcha hacia el Estado oligárquico de los jueces".

Esto es una tontería. El concepto de Estado de los jueces no merece una connotación negativa, sino que, por el contrario, se trata de la concreción del Estado de derecho. En el Estado de los jueces, el juez lleva sobre sus hombros la carga principal de la responsabilidad por la libertad del individuo y por el bien común. Nuestro Estado de derecho es ambas cosas al mismo tiempo: Estado legislativo y Estado de los jueces. Ambos se complementan.

En un Estado de derecho, la competencia que tienen los jueces para interpretar e integrar el derecho no está dirigida contra el legislador, y tampoco se trata de un poder usurpado, sino patrimonio del tercer poder y elemento constructivo en la división de poderes.

Puesto que una norma no puede permanecer petrificada en un mundo en constante transformación, su contenido regulatorio tiene que cambiar de manera permanente. Así, por ejemplo, las leyes de policía utilizan sin cambio, desde hace más de un siglo, el concepto central de "orden público". En su época, fumar en público se consideraba como una grave infracción, mientras que no se estimaba incorrecto que el ciudadano tirara su basura en la calle. Ahora que la interpretación de ese concepto se ha convertido en su opuesto, es posible que el péndulo regrese una vez más.

¿Quién más sino el juez está llamado, por razones constitucionales, a determinar el nuevo contenido de una ley, con auxilio de los métodos jurídicamente reconocidos, y a hacerlos valer en la realidad jurídica? La independencia garantizada por la Ley Fundamental y su sujeción exclusiva a la ley y el derecho predestinan al juez, en cuanto "ayudante de la justicia", a hacer valer en sus resoluciones el contenido

objetivo de la ley. "La Constitución pretende ambas cosas a la vez: el juez obediente de la ley como instrumento del gobierno del pueblo, y el correctivo, de pensamiento independiente, que contrarreste aquellos cambios que amenacen la libertad y las estructuras" (U. di Fabio, juez del Tribunal Constitucional Federal).

2. Hay que tomar conocimiento de que, en un mundo en transformación, las tareas que se le plantean al legislador cambian y, por tanto, también se modifica la relación entre el primero y el tercer poder. Las circunstancias sociales, técnicas, científicas y económicas se transforman a tal velocidad, que el legislador no siempre puede seguirlas, y en ciertos casos tampoco debe hacerlo. Resulta fácil criticar a un legislador que, expuesto al "hambre de normas de una sociedad industrial moderna", tiene que encontrar, en el marco de las coacciones que le imponen las coaliciones y el sistema políticos, compromisos (políticos) para satisfacer las complejas necesidades de regulación social, las cuales frecuentemente se encuentran en flujo.

También es cierto que toda norma se encuentra permanentemente en el contexto de las condiciones sociales y de las opiniones sociopolíticas, sobre las cuales tiene que surtir efectos; en ocasiones, su contenido puede y debe transformarse junto con ellas. Cuanto más veloz y complejo sea el cambio de esas condiciones, tanto mayor será la necesidad de la adaptación judicial de las normas. Ya sea de manera voluntaria o forzada, el legislador actual otorga mayor espacio a la integración, adaptación y desarrollo de sus leyes a través del juez, respecto de cuya competencia profesional, independencia personal y convicción a favor del Estado de derecho no se plantea ninguna duda fundamental. El derecho de creación judicial es, en nuestro Estado de derecho, el correlato sistémico-inmanente de la nueva cultura legislativa.

Permítanme citar un ejemplo tomado de la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo Federal, el cual demuestra la tarea cuasilegislativa que asume la jurisdicción en una sociedad moderna.

Conforme al derecho alemán, el niño que nace dentro de un matrimonio o poco tiempo después de su terminación se considera hijo legítimo del varón con el cual está casada la mujer. Aunque el padre legal puede impugnar la paternidad legítima, la acción correspondiente resulta admisible solo si puede alegar razones que sean objetivamente adecuadas para cuestionar su paternidad. En algunos casos, un hombre que se consideraba padre legal ("padre pagador") logró llevar a cabo una prueba secreta de ADN, con ayuda de los cabellos o la goma de mascar del niño, lo que dio por resultado que no podía ser el progenitor del menor. El tribunal tenía que resolver la cuestión de si ello implicaba un hecho que permitía la impugnación de la paternidad. El Tribunal Supremo Federal lo negó, diciendo que una prueba de ADN sin contar con el consentimiento del hijo o de la madre constituía una violación del derecho fundamental del menor a ser protegido contra la investigación de su carga genética, y por ello el tribunal no podía utilizar el resultado de la prueba.

Esta solución judicial desencadenó fuertes controversias. Puesto que el legislador guarda silencio al respecto, fue el tribunal el que tuvo que resolver la cuestión, aunque se tratara de una clásica tarea del legislador.

En breve, el Tribunal Constitucional Federal examinará el asunto desde el ángulo del derecho constitucional; además, hay un proyecto de ley que, si bien mantiene la inadmisibilidad de las pruebas secretas de ADN, también aligera considerablemente la impugnación de la paternidad.

VI.

El reproche de que a través de la interpretación y la integración extensivas del derecho el juez pone en cuestión la prerrogativa del legislador resulta inoperante por varias razones. En primer lugar, el juez está obligado a resolver, aun cuando la ley guarde silencio o no ofrezca una respuesta adecuada. Por el otro lado, el derecho de creación judicial deja intocada la primacía regulatoria del legislador, pues este conserva la facultad de privar de fundamento a cualquier interpretación o integración del derecho que hagan los tribunales, mediante la modificación de la ley.

VII.

Por lo demás, en Europa hay que tomar en cuenta, respecto del ámbito de la interpretación judicial de las leyes, que junto con la Comunidad Europea ha surgido un orden jurídico supranacional autónomo. El derecho de la Comunidad Europa tiene vigencia directa en los estados miembros y, en caso de colisión, tiene primacía sobre el derecho nacional. El derecho comunitario tiene que ser aplicado por los jueces, en ocasiones de manera directa, pero en otras de modo indirecto, por ejemplo, en la transformación de las directivas de la Comunidad.

Puesto que cada vez son más los campos jurídicos que están regulados por el derecho comunitario europeo, los jueces nacionales tienen que aplicar cada vez más el derecho europeo o tomarlo en consideración para la interpretación del derecho nacional. Por ello, a los métodos clásicos de la interpretación se ha agregado la interpretación conforme con el derecho europeo. La europeización del legislador va entonces de la mano con la europeización de la interpretación y la integración de la ley.

VIII.

Recientemente he explicado en una contribución a una revista que la relación entre el juez y el legislador ya no puede describirse, como se hacía hace cien años, como si fuera la relación de un sirviente con su señor. Si buscáramos una imagen, la más apropiada sería la de la relación entre el pianista y el compositor; el juez inter-

preta los datos vinculantes que le proporciona el legislador, pero si bien cuenta con márgenes de interpretación, no debe falsificar la pieza. Por lo demás, los medios de comunicación apuntarían al pianista, cuando en realidad su objetivo tendría que ser el compositor.

Algunos profesores atacaron fuertemente esta imagen. Uno consideró que se amenazaban los cimientos del Estado y escribió: "En un país en que un juez pretendiera ser Horowitz y otro Rubinstein… los jueces serían una amenaza para la libertad".

Los jueces son servidores del pueblo, en cuyo nombre dictan sus sentencias. Sirven a nuestro Estado de derecho al insuflar vida a la letra muerta de la ley en la realidad jurídica; contribuyen a que el deber ser se convierta en ser. ¿Qué más podría desear el legislador, ya sea el nacional o el europeo, sino que haya jueces que interpreten sus leyes con el arte con que Horowitz o Rubinstein interpretaban a Chopin? ¿Acaso no señalaba ya Savigny que la interpretación de las leyes era un arte que, como todo arte, en última instancia no podía ser transmitido o adquirido mediante reglas? ¿Y acaso no se aplica bien a un buen juez la descripción de los atributos de un buen pianista que hizo Horowitz?: "La interpretación del piano consta de razón, corazón y medios técnicos. Todos tienen que estar desarrollados en igual medida. Sin razón es usted un engaño, sin técnica un aficionado, y sin corazón una máquina".