

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Bernd Rüthers* (Alemania)

¿Estado democrático de derecho o Estado de la oligarquía judicial?*

RESUMEN

En primer lugar, el artículo trata el tema del desbordado derecho de los jueces y sus orígenes. En segundo lugar, se refiere a un posible cambio de la mentalidad judicial, a la elección judicial del método de interpretación jurídica y, finalmente, a la cuestión tan actual de la constitucionalidad y legitimidad del método de elección de los jueces para las altas cortes.

Nuestra Constitución, la Ley Fundamental (LF), se ha convertido para la gran mayoría de los ciudadanos de la República Federal de Alemania en un elemento constitutivo de la identidad social y nacional. A pesar de las críticas individuales que puedan hacerse en diversos aspectos, vivimos en un Estado libre, lo cual debe continuar así. Por ello, todo tipo de cambio constitucional requiere la mayor atención.

Mi tema, “¿Estado democrático de derecho o Estado de la oligarquía judicial?”, está relacionado con la pregunta sobre un lento, pero drástico cambio constitucional. Mi tesis fundamental consiste, en razón a lo mencionado, en lo siguiente: la elección del método de interpretación que hagan los jueces de los tribunales federales y la elección de los jueces para tales cargos son instrumentos de poder para la conservación o para la modificación del ordenamiento jurídico.

* Profesor emérito de Derecho Civil y Teoría Jurídica de la Universidad de Konstanz. Juez retirado del Tribunal de Apelaciones en Konstanz. bernd.ruethers@uni-konstanz.de.

** Título original: “Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?”, publicado originalmente en: *Juristenzeitung*, 2002, pp. 365-371, Tübingen, Editorial Mohr Siebeck. La ponencia fue presentada ante la Sociedad Jurídica de Berlín el 10 de abril de 2002. El manuscrito conserva su estilo de ponencia. Traducción de Angélica María Arango Díaz, LL.M. (Regensburg), becaria del KAAD para estudios de doctorado en Derecho en la Universidad de Regensburg. La traductora agradece a la Dr. iur. Lina Schneider por la lectura y comentarios a la versión final de esta traducción.

Palabras clave: métodos de interpretación jurídica, Estado de derecho, creación de derecho vía judicial, procedimiento de elección de jueces, vacíos jurídicos.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag behandelt erstens das ausufernde „Richterrecht“ und seine Ursachen, zweitens einen möglichen Wandel der richterlichen Mentalität sowie die richterliche Methodenwahl und schließlich die aktuelle Frage nach der Verfassungsmäßigkeit und Legitimität des gegenwärtigen Wahlverfahrens zu den obersten Bundesgerichten. Unsere Verfassung, das Grundgesetz (GG), ist für die meisten Bundesbürger ein Kernelement unserer nationalen und gesellschaftlichen Identität geworden. Wir leben, bei aller Kritik im Einzelnen, insgesamt in einem freien Land. Das soll so bleiben. Darum verdient jede Art von Verfassungswandel sorgsame Aufmerksamkeit. Mein Thema „Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?“ betrifft die Frage nach einem schleichenden, aber einschneidenden Verfassungswandel. Meine Grundthese lautet: Die Methodenwahl der Bundesgerichte und die Richterwahl zu den Bundesgerichten sind Machtinstrumente für die Bewahrung oder Umgestaltung der Rechtsordnung.

Schlagwörter: Methoden der juristischen Interpretation; Rechtsstaat; gerichtliche Rechtssetzung; Richterwahlverfahren; Rechtslücken.

ABSTRACT

The paper begins by examining the topic of the overblown judge-made law and its origins. It goes on to analyze a possible change of judicial mentality, the judicial selection of a method of legal construction and finally, the very current issue of the constitutionality and legality of the method of selecting judges for the higher courts.

Our Constitution, the Basic Law, has become for most citizens of the Federal Republic of Germany a fundamental element of social and national identity. Despite any individual criticism which may arise in different cases, we live in a free State and so it should continue. Therefore, any changes to the constitution must be examined with great care.

My topic: “A democratic State under the rule of law or the State of the judicial oligarchy?” refers to the concern over a slow but dramatic constitutional change. In view of the above, my main thesis is that the choice of an interpretive method made by the judges of federal courts and the selection of judges for those positions are instruments of power for the preservation or modification of the legal system.

Keywords: Methods of legal interpretation, State under the rule of law, judicial creation of the law, procedure for the selection of judges, legal vacuum.

1. La proliferación del derecho de los jueces

En un Estado democrático de derecho, las normas jurídicas son promulgadas por regla general por las instancias parlamentarias de conformidad con un procedimiento previamente dispuesto por la constitución. Las facultades de tales instancias van más allá de las facultades de los órganos ejecutivos y judiciales. Estos últimos se encuentran sometidos “a la ley y al derecho”; por su parte, la legislación se encuentra solamente ligada al orden jurídico constitucional (LF, art. 20 III). Así, el establecimiento de normas jurídicas es en principio una tarea y una facultad del órgano legislativo. Sin embargo, al mismo tiempo, los juzgados y, de una forma especial e intensa, las instancias superiores –sobre todo los tribunales federales superiores– asumen funciones de establecimiento y fijación de normas jurídicas. Ellos actúan igualmente dentro del margen de su mandato constitucional. La creación de normas jurídicas por vía judicial surge por diversas razones:

El órgano legislativo no puede reglarlo todo. Esta premisa tiene validez ante todo en aquellos campos en los cuales se presentan cambios tecnológicos, económicos y sociales que llevan a la creación de “vacíos” en el orden legal.

Regular todo tampoco es el deseo particular del órgano legislativo. Hay muchos ejemplos típicos que pueden confirmarlo. El primer grupo de supuestos está compuesto por los conceptos jurídicos indeterminados y las cláusulas generales de uso cotidiano en la legislación moderna. Este tipo de normas ha sido denominado de forma apropiada como ‘campos abiertos de la legislación’ (J. W. Hedemann) o, con más exactitud, como ‘normas de delegación’ (Ph. Heck). De este grupo es importante diferenciar la renuencia total del legislativo a regular algunas materias que son vistas como especialmente explosivas. A modo de ejemplo, basta mencionar la ausencia hasta el momento de un código laboral, de una ley de contratación laboral y de un código colectivo del trabajo en la República Federal Alemana.

Por último, debe considerarse que casi todas las leyes son incompletas desde el comienzo. Adicionalmente surgen vacíos legales, incluso en las materias reguladas, originados por las transformaciones sociales. En suma puede decirse que tiene validez el siguiente enunciado: *Todo orden jurídico tiene vacíos y por ello es incompleto.*

Los jueces, dentro de su ámbito de competencias, tienen la obligación de decidir sobre todos los conflictos que les hayan sido presentados. El deber de decisión del juez tiene vigencia aun en aquellos casos en los cuales falte la reglamentación correspondiente. En todo caso rige el principio de “prohibición de denegación de justicia”.¹

En los casos en los que el órgano legislativo guarde silencio o incurra en contradicciones –en las “lagunas de colisión” (Ph. Heck)–, el juez se convierte en un

¹ Ekkehard Schumann, “Das Rechtsverweigerungsverbot”, *Zeitschrift für Zivilprozess*, núm. 81, 1968, p. 79; Bernd Rüthers, *Rechtstheorie*, Múnich, Editorial CH. Beck, 1999, pp. 823 y ss.

legislador sustituto.² El Código Civil suizo contiene para estos casos una regulación específica que como tal no existe en Alemania. Sin embargo, en la misma dirección apuntan tanto el párrafo 132, párrafo IV, del estatuto jurídico de los jueces como la obligación de plantear cuestiones prejudiciales en asuntos de casación, establecida en la normatividad nacional sobre procedimientos nacionales, para los jueces de las diversas ramas.

El Tribunal Constitucional Federal ha reconocido de manera continua en su jurisprudencia la facultad de perfeccionamiento del derecho que poseen los tribunales.³ El perfeccionamiento de la norma jurídica –el Tribunal Constitucional Federal habla también de un “hallazgo creador de derecho”– es considerado un componente fundamental de la función judicial constitucional. La terminología merece especial atención. El término ‘hallazgo creador de derecho’ reúne dos conceptos antagónicos, incompatibles, al mismo tiempo que esconde el núcleo esencial de la creación de normas por vía judicial. En estos casos se trata de un acto de política jurídica. En el momento en que el juez esté frente a una laguna jurídica, su dilema consiste justamente en que no puede *encontrar* una valoración legal vinculante que pueda aplicarse al caso. Entonces, el juez debe establecer una norma aplicable a la situación no regulada jurídicamente. Justamente en esos casos sin regulación, para los cuales el juez no puede *encontrar* derecho, debe crearlo como un legislador sabio (Código Civil suizo, art. 1 II). El juez toma una decisión de política jurídica, la cual debe ser expuesta con claridad y materialmente fundamentada.

Existe, sin embargo, tanto en la jurisprudencia como en parte de la ciencia jurídica, una tendencia acentuada a sustituir o encubrir conceptualmente el carácter decisionista y de creación de derecho de las sentencias judiciales en casos de vacíos jurídicos y en aquellos en los que el juez se aparta de la norma. Se habla preferiblemente de *interpretación objetiva*, de *criterios de interpretación objetivo-teleológicos*, se habla de consecuencias jurídicas derivadas de la *naturaleza de las cosas*, de la *esencia* de las instituciones o incluso se habla de un estadio intermedio entre el reconocimiento puro del derecho (carácter cognitivo) y la decisión de política jurídica.

La constatación de lagunas jurídicas se constituye también en un medio efectivo a través del cual el juez se separa del principio de vinculación del juez 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.⁴

² Arthur Meier-Hayoz, *Der Richter als Gesetzgeber*, Zürich, Editorial Juris, 1951; del mismo autor, *Berner Kommentar zum ZGB*, Bd. I, art. I, pp. 312.

³ Cf. solamente Decisión del Tribunal Constitucional Alemán (BVerfGE), 34, pp. 269, 286 y ss.; 75, pp. 223, 243 y ss.; Fritz Ossenbühl, *Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat*, Bonn, Editorial Bouvier, 1988.

⁴ BVerfGE 82, 6, *JuristenZeitung*, núm. 45, 1990, pp. 811 y ss.

La aplicación de una norma debe ser estrictamente diferenciada de su creación judicial. Se trata de dos funciones diferentes en cabeza de los órganos judiciales. Según la Constitución, siempre que existan valoraciones legales, el juez es un servidor de la ley obligado al ejercicio de una obediencia pensante. Pero, cuando ese mismo juez crea derecho, se convierte en un legislador sustituto; se convierte parcialmente en el amo del ordenamiento jurídico. La principal tarea de una metodología de la interpretación jurídica con aspiraciones de racionalidad consiste precisamente en mostrarle claramente al operador jurídico cuándo él está *aplicando* una ley, cuándo *perfecciona el derecho creando normas* al servicio de la legislación y cuándo *corrige una norma con la finalidad de establecer su propia intención legislativa*; es decir, cuándo niega su obligación legítima de obediencia de la norma. Ello requiere una diferenciación clara de dichas funciones judiciales, mas no que los límites entre aquellas sean difuminados.

No existe, por lo tanto, ninguna duda razonable sobre la existencia y el constante aumento del derecho de los jueces en todas las ramas del derecho.

2. Los detonantes políticos y sociales del derecho de los jueces

Hasta ahora he hecho alusión a las causas técnicas y funcionales, a la necesidad y a los riesgos del derecho de los jueces en Alemania; esto es, a los vacíos legales en el orden jurídico, la no muy esporádica inclinación del poder judicial a apartarse de las valoraciones previamente establecidas por el legislador, amparándose en sus propias concepciones de justicia y con ayuda de métodos de interpretación adecuados para tal fin –o más bien de métodos de interposición–, negando de esta forma la obediencia debida a la norma. El importante proceso de cambio político-constitucional desde una primacía de la disposición legislativa hasta un derecho de los jueces, que avanza con fuerza en casi todos los ámbitos jurídicos, puede entenderse sólo cuando se analiza el trasfondo de la reciente historia jurídica, constitucional y social en Alemania.

El pasado siglo XX estuvo caracterizado por una serie de cambios drásticos de los sistemas políticos, de las constituciones y de las ideologías consagradas en ellas. En los 70 años comprendidos entre 1919 y 1989 Alemania ha experimentado, según el parámetro que se elija para contarlos, entre seis y siete sistemas sociales, jurídicos y constitucionales: 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. Durante varias generaciones hemos cambiado ordenamientos jurídicos como quien cambia prendas de vestir usadas por poco tiempo.

Cada uno de esos nuevos ordenamientos contó con la aprobación imparcial de las cabezas en ejercicio del poder público, fue aceptado y practicado como un orden justo y correcto. Nos hemos convertido de manera inesperada en algo así como campeones mundiales en la disciplina especial de “cambio rápido del sistema político”. Estas experiencias constituyen el factor más importante, si bien por lo general de manera inconsciente, para determinar la conciencia nacional y jurídica actual en Alemania –y esto no solamente para los juristas–. Este factor determina, por lo menos de forma oculta, también la autognosis de los jueces. ¿Por qué?

Los cambios de sistema significan por lo general cambios de ideología. Existe conciencia sobre la serie de sistemas ideológicos contrarios que debieron legitimar cada uno de los sistemas de poder en Alemania. 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 (Coing). Con ello, los cambios del sistema representan para cada una de las cabezas del nuevo orden cambios de las convicciones jurídicas e incluso cambios de lo considerado como verdad. Después del derrumbamiento de estos sistemas injustos, tales convicciones y verdades suscitan crisis jurídicas y crisis de los juristas, siempre que la ciencia jurídica y la justicia hayan participado de las perversiones jurídicas de los regímenes revocados.

Por lo general, después de un cambio de sistema, el ordenamiento jurídico sufre una modificación radical en la medida en que se le atribuyen nuevos contenidos materiales. No se trata de un proceso automático, sino más bien del resultado del seguimiento de unas estrategias sistemáticas y con fines determinados. Por lo general, el nuevo legislador no está en las condiciones ni temporales ni concepcionales de transformar –por completo y rápidamente– el orden jurídico heredado del viejo sistema en conformidad con sus nuevos objetivos y deseos político-jurídicos. El legislador sólo 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 y la doctrina jurídica “*escribiente*”, que no es nada diferente de la literatura jurídica con sus recomendaciones político-jurídicas al poder judicial fundamentadas en la ideología dominante en el momento. Esta repartición de las tareas jurídicas tiene una clase de correspondencia con cada una de las profesiones. Siendo realistas, la jurisprudencia práctica tiene en todas las formas de Estado una función esencial de afirmación y estabilización del nuevo sistema.

Esta referencia a las experiencias históricas forma parte del tema aquí expuesto porque una parte sustancial de las renovaciones del orden jurídico realizadas en atención a los cambios constitucionales y del sistema del siglo XX fueron efectuadas a través del derecho de los jueces. Adicionalmente, es importante hacer referencia a las situaciones excepcionales en ámbitos tanto sociales como políticos, en los cuales tuvo lugar la renovación del orden jurídico a través del derecho de los jueces. El colapso de los sistemas políticos estuvo acompañado de derrotas militares y/o de desastres financieros, monetarios o sociales. Con ello, el mundo jurídico en su totalidad cayó

en un caos apenas imaginable para el mundo actual que afectó a todas las esferas de la actividad humana. Por lo menos en cuatro ocasiones esos cambios constitucionales fueron de tal radicalidad que los llamados “nuevos sistemas” pretendieron invertir totalmente y de manera consciente las valoraciones vigentes hasta ese momento, proclamando de tal forma la existencia de un mundo contrapuesto al ordenamiento jurídico tradicional. Los cambios políticos fueron, sin embargo, tan sólo una de las causas de estos cambios incisivos del ordenamiento jurídico, los cuales fueron en gran parte logrados a través del derecho creado por los jueces. Adicionalmente, otros factores pusieron en marcha diversos procesos de desarrollo que acentuaron la velocidad de modificación en todos los aspectos de la vida humana.

Los cambios radicales que aquí han sido 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. Desde el punto de vista de los “contemporáneos” era imprescindible una adaptación inmediata del sistema de valores a los nuevos supuestos de hecho. Como se mencionó anteriormente, el legislador no se encontraba en la capacidad de efectuar tal adaptación del orden jurídico, por lo que consecuentemente le correspondió dicha tarea al poder judicial. La justicia hizo frente a la tarea de reforma del ordenamiento jurídico ininterrumpidamente. Para tal fin hizo uso de los aportes y propuestas reformatorias de la política y de la ciencia jurídica, incluso en muchas oportunidades se adelantó obedientemente. “Hacer frente” es la expresión indicada para denominar la actividad de la justicia, pues el establecimiento de nuevos sistemas valorativos, especialmente en sistemas totalitarios (dictatoriales) como los que hemos vivido en dos oportunidades seguidas, implican necesariamente una intervención frontal en los valores fundamentales del orden jurídico tradicional.

Con lo anterior se puso de presente el característico y propiamente nacional origen del derecho de los jueces en Alemania desarrollado de forma rasante. Hasta finales de la Primera Guerra Mundial, la judicatura, la ciencia del derecho y, en general, la aplicación del derecho eran actividades consideradas por la mayoría de los juristas alemanes como profesiones no políticas. Las consecuencias de la pérdida de la guerra y el cambio del sistema político generaron una transformación bastante notable. La catástrofe generada tanto en el ámbito financiero como en el económico, en el mercado y en la conciencia general causaron un cambio en el comportamiento del poder judicial.

La justicia se sintió llamada y en ocasiones obligada a efectuar cambios incisivos al ordenamiento jurídico ante la falta de acción del legislativo que se hizo cada vez más frecuente. En los casos en los que lo consideraba indispensable renunció a la vinculación del juez a la ley, principio que hasta ese momento había sido considerado de estricto cumplimiento. Aparecieron nuevas figuras jurídicas promulgadas por la jurisprudencia en el campo del derecho civil (bases del negocio jurídico, caducidad). 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.⁵

Los constantes cambios de sistema político y de constituciones se basaron evidentemente en valoraciones conceptuales (ideologías de Estado) básicamente diferentes, incluso hasta contrarias: del derecho divino del imperio, pasando por la democracia ilimitada de la mayoría en el sentido de la Constitución de Weimar, la ideología de la raza defendida en el nacionalsocialismo, el marxismo-leninismo de la RDA hasta la democracia de los derechos fundamentales y la vinculación con la Unión Europea de la Alemania reunificada. Las filas de sistemas y constituciones fue al mismo tiempo una fila de diversas ideologías de Estado, siempre que este último término sea imparcial y se entienda como un concepto que abarque todos los sistemas. La conexión indisoluble entre ordenamiento jurídico e ideología se hizo clara para todos con los estados de excepción presentados junto con cada uno de los cambios de sistema. El ordenamiento jurídico fue reconocido y predominantemente admitido como una manifestación de la ideología estatal en cada caso establecida y sancionada; no solamente por los juristas, sino también por los pensadores del momento.

El siglo XX se convirtió, desde un punto de vista jurídico, en una época en la cual Alemania se desencantaría del idealismo jurídico. Cinco o seis concepciones diferentes del derecho y de la justicia se presentaron de manera sucesiva en el mismo país, fueron prescritas por el Estado y reproducidas y legitimadas en la cátedra, por la ciencia jurídica y, en el plano práctico, por el Poder Judicial. Todo ello afectó de manera permanente la creencia en una justicia eterna e inquebrantable. Después de 1949 en el Oeste y después de 1990 en el Este, los alemanes –incluyendo a los operadores jurídicos– han ido reconociendo paulatinamente que conceptos como el de *la* idea del derecho y *la* justicia en la realidad de la trayectoria histórica y en el proceso de formación del derecho en los ordenamientos de Estados liberales y democráticos, así como en los ordenamientos sociales, solamente pueden existir en *plural*.

3. El cambio de mentalidad de los operadores jurídicos: de servidor a vencedor de la ley

La superación de estas experiencias dramáticas y con frecuencia también traumáticas ha influenciado de manera especial el ejercicio de las profesiones jurídicas. Los operadores jurídicos se convirtieron, de forma consciente o inconsciente y a través del ejercicio de sus actividades en la respectiva situación constitucional

⁵ Más concreto en Bernd Rütters, *Die unbegrenzte Auslegung*, 5ª ed., Heidelberg, Editorial C.F. Müller, 1997, pp. 66 y ss.

antes, durante y después de los cambios del sistema político, en unos experimentados “expertos del cambio”.⁶

Los diferentes “estados de excepción” presentados en materia social, económica y política llevaron de manera casi continua a una relación de tensión entre las leyes “viejas” y las ahora vistas como nuevas “concepciones jurídicas del presente”. Los operadores jurídicos fueron convirtiéndose cada vez más en reformadores de la ley. Se sintieron llamados, facultados e incluso encargados de llenar con nuevos contenidos las consideradas en ese momento como leyes “viejas” o en casos extremos a declararlas como obsoletas.

4. El significado constitucional y político del método de elección de los jueces

De los sucesos y experiencias mencionadas anteriormente se desprende una pregunta central: ¿Cómo fue posible que tanto la justicia como la ciencia jurídica durante las décadas del siglo XX y durante los sistemas políticos contrapuestos que se presentaron en ellas pudieran derivar de códigos “clásicos” del siglo XIX (Código Civil [BGB], Código de Comercio [HGB], Código Industrial [GewO], Código Penal [StGB], Código Procesal Penal [StPO], Código de Procedimiento Civil [ZPO]), los cuales permanecieron en su gran parte inalterados, las respuestas apropiadas y con frecuencia también contradictorias a los problemas presentados en cada una de las situaciones de poder y de conformidad con la ideología de Estado vigente en tales situaciones? Puede decirse que se trató de un siglo de interpretación de normas y de imposición de contenidos a las normas, se trató de un siglo con un nuevo modelo del juez y de sus extensas funciones políticas. Todo ello requirió métodos e instrumentos lo suficientemente flexibles para la aplicación del derecho. En este punto se confirma también el adagio popular: el que busca encuentra.

Después de estas experiencias con la elasticidad o, mejor dicho, con la reversibilidad de los contenidos de las normas jurídicas a través de los elementos de interpretación, era de esperarse una reflexión sobre el significado de los métodos de interpretación jurídica en la práctica de todas las profesiones jurídicas. La ciencia jurídica y la jurisprudencia habrían tenido motivos para exponer con toda claridad y para analizar las técnicas de reinterpretación de su propia profesión y práctica a más tardar después de 1945-1949. La función político-jurídica de la elección del método y de los instrumentos de interpretación como respuesta a las perversiones jurídicas

⁶ Bernd Rüthers, *Die Wende-Experten. Zur Ideologiefälligkeit geistiger Berufe am Beispiel der Juristen*, Múnich, Editorial Beck, 1995; del mismo autor, *Geschönte Geschichten – geschönte Biographien. Sozialisationskohorten in Wendeliteraturen*, Tübinga, Editorial Mohr Siebeck, 2001.

en el Estado del nacionalsocialismo, en el Estado del Partido Socialista Unificado de Alemania y en otros sistemas totalitarios debería haber sido valorada debidamente como un canon irrenunciable de la formación jurídica. Sin embargo, esto no sucedió.

La doctrina jurídica de las universidades de la parte occidental se movió en los caminos tradicionales como si nada hubiese sucedido. La perversión del derecho en el nacionalsocialismo fue atribuida –de manera errónea y engañosa– a un positivismo jurídico supuestamente practicado por quienes ostentaban el poder. Por lo demás, el tema “ciencia jurídica y jurisprudencia en el nacionalsocialismo” se convirtió en un tabú en la mayoría de las universidades de Alemania occidental. La gran mayoría tanto de profesores como de jueces de la época de la posguerra había ocupado sus cargos también antes de 1945. La metodología de la interpretación apenas si estuvo presente antes de los años sesenta en los planes de estudio. Los planteamientos sobre un análisis crítico de la historia de la propia disciplina fueron reservados para una minoría vista con recelo y hasta de forma hostil. Predominó, de manera especial en los profesores implicados en el nacionalsocialismo, una fobia a la discusión sobre aquella época.

En 1960 se publicó la primera edición de la *Metodología de la investigación jurídica* de Larenz, la cual muy a pesar de una extensa parte dedicada a la evolución histórica de la metodología, no contenía una sola palabra sobre la reinterpretación del derecho efectuada por juristas y profesores en el tiempo del nacionalsocialismo. En las cinco ediciones siguientes, el libro continuó igual. Lo mismo aplica a la *Historia del derecho privado en la edad moderna* de Wieacker, que igualmente fue publicado en más de una edición. Este tipo de exposición se volvió un modelo seguido por muchos otros libros y manuales de metodología de la interpretación jurídica. Tales textos guardan silencio sobre los caminos equivocados y sobre los problemas heredados de su disciplina en los Estados injustos que tuvieron lugar en el siglo XX, algunas veces de forma irreflexiva, otras con perfección y rutina.⁷

Tales libros han sido hasta ahora citados de forma constante y en todas las cuestiones tratadas por los altos tribunales como una especie de literatura básica y determinante, incluso son citados como “clásicos de la literatura”. Ellos reflejan el estado actual de irreflexión y sin labrar de la metodología de la interpretación en su teoría y práctica, incluso cuando se trata de reinterpretaciones efectuadas por los altos tribunales, así como cuando se apartan de leyes vigentes.

Aquellos jueces que después de 1945/1949 siguieron en ejercicio de sus funciones sintieron rara vez la necesidad de confrontarse de manera crítica con la práctica de sus juzgados antes de 1945. Por ello, la representación del problema de la metodología como presuntamente apolítico, en realidad sin conciencia histórica, fue bien recibida. En correspondencia con ello se encuentra gran parte de las declaraciones

⁷ Ver el artículo dedicado a la historia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Leipzig en el suplemento a la redacción de la *Neue Juristische Wochenschrift* con ocasión del día de los juristas alemanes en 2000.

metodológicas de los altos tribunales del Estado federal, a excepción de dos destacados fallos sobre funcionarios públicos del Tribunal Constitucional Federal de los años 1953 y 1957,⁸ los cuales marcaron un conflicto dramático entre este y el Tribunal Supremo Federal.

Hasta hoy los altos tribunales reconocen de una forma completamente natural ser seguidores de la llamada teoría “objetiva” de la interpretación jurídica. Según tal teoría, la voluntad real del legislador juega apenas un papel secundario, a saber, sólo en el caso en el cual la interpretación gramatical o la sistemática de la norma no lleve a resultados claros. Determinante debe ser el presunto sentido objetivo-razonable de la norma, entendido desde el punto de vista del intérprete en el momento de su aplicación. Dado que el poder judicial aplica este método de interpretación, los operadores jurídicos no están en la obligación de hacerse preguntas sobre qué perseguía la legislación con la norma que debe ser aplicada, qué intereses y con qué finalidades pretendía regular. Con ese sistema de trabajo, los jueces no pueden (¿no quieren?) reconocer ni por un momento que se están apartando de los motivos de regulación del legislador, como tampoco pueden reconocer las razones de tal distanciamiento. Este método de interpretación es especialmente atractivo para aquellos jueces que poseen una idea propia de la regulación marcada por su concepción jurídico-política, la cual consideran a su vez objetiva y razonable. Tales jueces renuncian placenteramente a investigar el objetivo primario de la norma, a investigar los fines de la regulación efectuada por el legislador.

En casos de distanciamiento del objeto primario de la norma, los jueces deberían efectuar un análisis crítico del mismo. Philipp Heck, el más importante representante de la metodología jurídica del siglo XX, ya había hecho en 1914 críticas rigurosas a la tan solo aparentemente interpretación “objetiva” de acuerdo con la razón subjetiva de los jueces, al considerarla incompatible con la Constitución (vinculación del juez a la ley). Según la crítica planteada por Heck, la interpretación objetiva hace de la ley un globo a merced del viento que se mueve por el espíritu de la época correspondiente.⁹ 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.

En efecto, el método objetivo de interpretación le otorga a la concepción jurídica subjetiva del juez un margen de libertad incompatible con el principio de vinculación del juez a la ley y el principio del Estado de derecho. Teniendo en cuenta que según este método los jueces por regla general no están en la obligación de estudiar e investigar ni los fines de la regulación ni el objeto normativo de la legislación, tampoco tienen conocimiento del momento en el cual la interpretación, considerada por ellos como razonable, se aparta de la voluntad del legislador. El derecho, en ese

⁸ BVerGE 3, pp. 58 y ss.; 6, 132 y ss., *JuristenZeitung*, núm. 12, 1957, p. 250.

⁹ Philipp Heck, “Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz”, *Archiv für die civilistische Praxis* (AcP), núm. 112, 1914, pp. 1 y 62.

sentido, no es nada diferente a aquello que los jueces en el momento concreto de aplicación de la norma consideren subjetivamente como razonable. De una forma muy conveniente se le denomina a este proceder interpretativo como método “objetivo”. Puede concluirse que lo anterior no significa nada diferente a un vuelo sin visibilidad del intérprete en los vientos de la metodología, un vuelo continuo por encima de los límites de sus competencias constitucionales, la arrogación oculta de la función de establecer derecho en contra de la ley y la Constitución.

El método objetivo de interpretación propicia la transformación de los jueces de servidores de la ley en amos y señores del ordenamiento jurídico. Tal hecho puede observarse claramente en el nuevo rol del Tribunal Constitucional Federal, cuyo encargo consiste en la custodia y defensa de la Constitución frente a intervenciones inconstitucionales de los titulares del poder tanto estatales como privados. Esa función defensiva se ha convertido, en no pocos ámbitos de competencia, en una función ofensiva. Ambas salas del Tribunal Constitucional se sienten llamadas a actuar como “comisiones permanentes para la actualización de la Constitución”. Ocasionalmente, en su afán de competencia para el establecimiento constitucional y político de normas constitucionales, se generan enfrentamientos públicos entre ellos. Ya no se conforman con declarar la inconstitucionalidad de normas contrarias a la Constitución. Mucho más allá de ello, prescriben y ordenan en aumento al legislador hasta el último detalle la forma de regular determinados ámbitos. Con estas limitadas indicaciones puede observarse claramente el margen de libertad que se les abre a las concepciones del intérprete. La finalidad de los padres de la Constitución pierde importancia. Determinante es, por el contrario, la idea de derecho que sea considerada como la más “razonable” por la mayoría de la sala correspondiente. Lo anterior parece aún más cuestionable si se tiene en cuenta que las constituciones por norma general representan la respuesta de sus creadores a experiencias de dolor y conmociones en la conciencia que se tiene del concepto de Estado y del derecho. La presunta “voluntad de la constitución” puede desprenderse solamente de la intención de configuración que tenían sus creadores. Aquellas decisiones que van más allá, o que se aparten de esa intención de configuración, constituyen actos político-jurídicos del intérprete que varían o complementan la constitución. El método objetivo de interpretación sigue el siguiente principio: en caso de duda, *el intérprete tiene todo el poder*.

Si se continúa con esta tendencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el poder para la elaboración de normas en cabeza del Parlamento va a ser asumido por el tribunal. Un tribunal creado para la conservación de la Constitución se ha venido convirtiendo en una instancia de directrices para la toma de decisiones político-jurídicas destinadas a la legislación. Justo en este punto es importante reflexionar sobre las consecuencias de tal jurisprudencia, pues las decisiones del Tribunal Constitucional, y no solamente cuando se trata de variaciones en su propia jurisprudencia, también pueden decretar cambios materiales de la Constitución. Tal cambio puede ocurrir con una mayoría de cinco contra tres votos. Mientras las re-

formas constitucionales en cabeza del órgano parlamentario y competente requieren una mayoría de dos tercios, es suficiente el cambio de voto de uno de los magistrados en una sala para provocar un cambio constitucional. Desde un punto de vista funcional, el método de interpretación objetivo sirve para hacer una redistribución del poder legislativo, a saber, de los órganos legislativos a los altos tribunales. Lo anterior cobra validez no sólo en el caso del Tribunal Constitucional Federal, sino también en los juzgados de todas las ramas. Por ello, puede decirse que no se trata de una casualidad que, entre tanto, todos los jueces ordinarios se declaren partidarios del método objetivo de interpretación.

Esta evolución puede ser entendida únicamente en la medida en que los innumerables cambios sociales, económicos y políticos de la historia reciente también sean tenidos en cuenta. En el último siglo, los jueces alemanes se vieron una y otra vez llamados a considerar en su jurisprudencia las transformaciones de las estructuras fácticas y de las valoraciones sociales, incluso en aquellas relaciones de poder preconstituidas. Para ello desarrollaron un detallado *know-how* encaminado a reinterpretar leyes y sistemas jurídicos sin o con muy pocas intervenciones legislativas. Muchos jueces, en su mayoría de los altos tribunales, consideraron en principio que tal función era una carga política inoportuna y ajena, casi contraria a su autognosis. Sin embargo, debe reconocerse que a más tardar a finales de los años sesenta no pocos de los jueces de los altos tribunales ya no veían el aumento de su poder regulador como una carga, sino más bien como la oportunidad político-jurídica de sus profesiones; muchos incluso se sintieron complacidos ante las oportunidades de diseño político-jurídico.

El tiempo de la ingenuidad metodológica en el que se creía en un modelo de juez apolítico ya expiró. Ahora la nueva preconcepción de las tareas políticas de la justicia determina de manera consciente 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 por el intérprete como obsoleta. Menciono unos cuantos: la declaración de vacíos jurídicos inexistentes (Tribunal Constitucional Federal: “búsqueda de vacíos jurídicos”), el argumento de la esencia del derecho,¹⁰ las fórmulas mágicas de la “naturaleza de las cosas”, del “orden concreto”, “concepto general-concreto”, “hallazgo del derecho de acuerdo con conceptos tipológicos”, “criterios teleológicos de la interpretación más allá de la ley” y similares fundamentaciones.¹¹ Todos ellos permiten como regla general que los actos subjetivos de creación de derecho por parte del intérprete se vean como el resultado de deducciones objetivas y científicas, todo esto con la ayuda de argumentaciones que solamente aparentan ser científicas. Las adaptaciones de normas vigentes al es-

¹⁰ Cf. Wilhelm Scheuerle, “Das Wesen des Wesens”, *Archiv für die civilistische Praxis*, núm. 163, 1963, pp. 431 y ss.

¹¹ Sobre fundamentaciones aparentes, ver Rùthers, *Rechtstheorie*, op. cit., pp. 913 y ss.

píritu de la época se muestran como un método objetivo de interpretación y como supuestos contenidos vinculantes del ordenamiento jurídico.

La validez de este tipo de derecho de los jueces, el cual no tiene soporte en ninguna ley, se basa únicamente en las normas de validez legal de la ley de procedimiento. Los jueces de los altos tribunales también pueden equivocarse; sin embargo, cuando se equivocan, lo hacen con fuerza vinculante. Este es el fundamento del poder de creación de derecho de los jueces.

5. La elección de los jueces para los altos tribunales federales

El constituyente, habiendo reconocido el gran poder político de las altas instancias judiciales, previó un procedimiento especial para el nombramiento de los jueces. Su nombramiento es decidido por el ministro del ramo y por una agrupación denominada Comisión de Elección Judicial. Esta última está conformada por los ministros competentes para el tema respectivo provenientes de los Estados federados y por una misma cantidad de miembros designados por la Cámara Baja del parlamento alemán (LF, art. 95 II 1). Con ello la Constitución deja claro que los jueces de los tribunales superiores requieren una legitimación democrática especial dada a través del procedimiento de nombramiento, en atención a la influencia política y jurídica que tienen sobre el desarrollo del ordenamiento jurídico. No obstante, constitucionalmente hablando, esta influencia política sobre el nombramiento de los jueces no es ilimitada. La Ley Fundamental en el artículo 30 II establece de forma vinculante los criterios de selección aplicables a toda clase de cargos públicos. La selección de los jueces de los altos tribunales federales debe efectuarse de conformidad con los criterios de *idoneidad*, *capacidad* y *rendimiento profesional*. Los ministros competentes y los miembros de la Comisión de Elección Judicial están sujetos a tales principios.

Según la legislación, el cumplimiento de los mencionados principios debe ser acompañado por el tribunal en cuestión a través de la intervención del Consejo Presidencial. Según el parágrafo 56 de la Ley Alemana de la Magistratura (DRiG), el ministro está obligado a solicitar una opinión fundamentada sobre las candidaturas al Consejo Presidencial. Este consejo clasifica cada uno de los candidatos en una escala de puntuación que va desde “profesional y personalmente especialmente idóneo” (1) hasta “profesionalmente no idóneo” (6). El consejo decide según los criterios del artículo 33 II LF en una sesión privada presidida por el ministro. El sentido de tal evaluación radica particularmente en el hecho de que, junto a los aspectos políticos (legítimos) de la selección de los jueces, la cualificación profesional de los candidatos tiene también un carácter prioritario.

En el pasado, la práctica de este procedimiento llevó una y otra vez a diversos conflictos, a veces incluso a bloqueos en el nombramiento de los jueces. Miembros de uno de los partidos más grandes llegaron incluso a abandonar la sesión para im-

pedir el nombramiento de candidatos que, desde su perspectiva, no eran idóneos. Recientemente se produjo un verdadero escándalo en la Comisión de Elección Judicial, acontecido el 15 de febrero de 2001. En el Tribunal Federal Supremo se encontraban 14 vacantes por cubrir, para las cuales fueron propuestos 37 candidatos. Entre los miembros de la Comisión de Elección Judicial tuvieron lugar algunas *conversaciones previas*, las cuales llevaron a que el día de la elección sólo fueran presentados 14 candidatos para cubrir las 14 vacantes. Los 23 candidatos sobrantes fueron “descartados” por los facultados para efectuar la recomendación (ministro federal y Comisión de Elección Judicial) sin fundamentación alguna. Así, fueron elegidos los otros 14 candidatos.

La forma minuciosa y organizada hasta el último detalle en la que los partidos políticos involucrados efectuaron la “selección” de los 14 jueces federales tuvo en el público un eco poco común. Al grupo de los 14 jueces elegidos pertenecían dos candidatos que fueron calificados por el Consejo Presidencial como “profesionalmente no idóneos”, es decir, obtuvieron la peor calificación dentro de la escala de valoración. La mayoría de la Comisión de Elección Judicial pasó por alto, como ya es costumbre sin argumentación alguna, el voto del Consejo Presidencial. Dentro de los candidatos dejados de lado se encontraban colegas calificados por el Consejo Presidencial como “profesional y personalmente especialmente idóneos”, es decir, valorados con la mejor calificación posible. El resultado de la selección desató una tormenta de controversias. El presidente de la sección de Baden-Württemberg de la Asociación Alemana de Jueces se refirió al episodio como el “más grave desacato a las disposiciones de la Constitución en las últimas décadas”. Uno de los candidatos con mejor calificación, pero igualmente descartado, consiguió la suspensión temporal de la decisión por intermedio de una reclamación administrativa ante el Tribunal Administrativo de Schleswig. A la ministra de justicia, quien había participado en la selección como ministra competente, le fue prohibido nombrar como juez a uno de los candidatos que había sido calificado como “profesionalmente no idóneo”.

Entre tanto, las reclamaciones administrativas en casos de selección de jueces han dejado de ser algo poco común. En 1987, en Colonia, a través de una reclamación administrativa, se impidió que una candidata prevista por su partido político se convirtiera en presidente del Tribunal Laboral Superior de Colonia. Tal candidata carecía de todos los requisitos y cualificaciones especiales exigidos en la convocatoria. A raíz de la reclamación de uno de sus colegas, la candidata retiró su aspiración, nuevamente a petición de su partido.¹² Últimamente, la práctica de interponer reclamaciones administrativas está aumentando también al nivel de la selección de jueces para los tribunales federales a causa de las sospechas sobre manipulaciones abusivas. Según informaciones recientes de los medios, una de esas reclamaciones

¹² Cf. Bernd Rüthers, “Richterämter als Parteibeute”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 23 de diciembre de 1987; y del mismo autor, “Ein Lehrstück für den Rechtsstaat”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 19 de enero de 1988.

administrativas en contra de la selección de jueces para el Tribunal Laboral Superior se encuentra pendiente. Una segunda reclamación, que se anunció en contra del nombramiento de uno de los presidentes de uno de los senados del Tribunal Laboral Federal, parece haber sido impedida porque el juez listo para demandar obtuvo la garantía de ser nombrado muy pronto.

Volviendo al caso del Tribunal Supremo Federal, a la tragedia en la Comisión de Elección Judicial le siguió una sátira no premeditada por los directores de la pieza teatral. Los jefes del CDU/CSU [Unión Social de Partidos Cristianos] y del SPD [Partido Socialdemócrata] en la Comisión de Elección Judicial, Scholz y Stiegler, se pronunciaron el 1º de agosto de 2001 sobre la decisión del Tribunal Administrativo Federal relacionada con la reclamación administrativa en una conferencia de prensa conjunta. La declaración fue textualmente en los siguientes términos: “La decisión y fundamentación del tribunal muestran que los jueces no entendieron correctamente ni la esencia de la selección de los jueces de los altos tribunales según la constitución ni el procedimiento”. Así, la indicación del alto tribunal según la cual el procedimiento no se habría efectuado de forma adecuada porque –como es habitual en el proceso legislativo– las fracciones parlamentarias hicieron consultas entre sí, “muestra un desconocimiento alarmante sobre el proceso de toma de decisiones para un juez adulto (!)”. Acto seguido, la decisión es catalogada como una ley básica del estado federado de Schleswig-Holstein. Literalmente: “Frente a tales argumentos no queda otra opción que sacudir la cabeza”. A esto le siguió una amenaza notable: “En caso de que un tribunal superior confirme una sentencia equivocada de forma tan extrema, tendríamos que adoptar las medidas legislativas para proporcionarle a la situación legal, de la forma como es prevista por nuestra Constitución, la validez necesaria”. Sobre la evaluación hecha por el Consejo Presidencial a los dos jueces nombrados, ninguno de los representantes de los partidos se pronunció.

La furiosa exaltación que puede notarse en las citas anteriores merece un poco de atención. La erupción del descontento salvaje de ambos representantes de los partidos pone en evidencia las verdaderas causas del conflicto: con un perceptible apasionamiento, acompañado de discriminación tanto personal como profesional de los tribunales judiciales independientes, debe defenderse la práctica según la cual el nombramiento de los jueces de altos tribunales de Alemania es negociado por los dos grandes partidos políticos en un procedimiento turbio y determinado por pocas personas y ejercido bajo criterios que no se pueden controlar.

Los estrategias de los partidos persiguen un fin claro, apoyados obviamente por los miembros del partido que se encuentran detrás de ellos. Ellos les niegan a los colegas excluidos del procedimiento su derecho al ejercicio de una acción, y a los tribunales su derecho de decisión. Con ello quieren ver el procedimiento de elección de los jueces para los altos tribunales como un “acto de soberanía libre de revisión judicial”, según la tradición consolidada del Estado autoritario. Esto, sin embargo, es difícilmente compatible con la Ley Fundamental.

Entre tanto, el Tribunal Administrativo Superior de Schleswig ya confirmó la decisión tomada en primera instancia.¹³ Según él, en el procedimiento de selección de jueces para los altos tribunales rige el “principio de selección del mejor”. El proceso de selección en cuestión carecería, según el tribunal, de una decisión de selección acorde con la Constitución. En este caso, el tribunal habla “de una práctica inconstitucional de la Comisión de Elección Judicial”.¹⁴

En estos casos se trata, desde un punto de vista constitucional, de la relación entre los artículos 95 y 33 II de la Ley Fundamental; desde una perspectiva política, se trata de un monopolio de poder de los partidos políticos grandes sin consideración de la primacía de la idoneidad profesional. Cabe preguntarse lo siguiente: ¿los constituyentes querían eximir a los miembros de la Comisión de Elección Judicial de la observancia de los principios de idoneidad, capacidad y rendimiento profesional? ¿Los miembros de tal comisión y los ministros competentes tienen la facultad de pasar por alto a su gusto, sin ninguna argumentación e incluso abusivamente, la opinión del Consejo Presidencial de uno de los tribunales superiores, la cual se encuentra prevista en la ley? ¿Es tan amplia su competencia de selección que puede incluir a sus candidatos (aun cuando hayan sido calificados como no idóneos) en la lista ya reducida de aspirantes, gracias a conversaciones previas no sometidas a control, mientras que candidatos que superan a sus contrincantes con creces quedan –como se dice coloquialmente de una forma nada equivocada– “retrasados”, pues finalmente son puestos en un nivel inferior al de colegas con debilidades profesionales manifiestas?

La ministra federal a cargo de las selecciones tiene amplios conocimientos sobre esta clase de procedimientos. Como ministra en ejercicio ha participado de manera determinante en todas las elecciones de jueces para el Tribunal Federal Supremo. En periodos anteriores ya había influenciado a su fracción política en las preselecciones de candidatos para ocupar cargos en el alto tribunal. Una vez, ella misma quiso ser juez en el Tribunal Constitucional Federal; incluso antes de la elección, hizo, según los medios, una “visita de cortesía” muy poco común al Tribunal Constitucional Federal. Su candidatura, sin embargo, fracasó después por el veto de la Unión Social de Partidos Cristianos (CDU/CSU).¹⁵

¹³ OVG Schleswig-Holstein, *JuristenZeitung*, núm. 57, 2002, p. 140, con comentario de Schulze-Fielitz.

¹⁴ Entre tanto se continuó con una segunda grotesca votación en la Comisión de Elección Judicial. Esta eligió por segunda vez a finales de marzo un candidato que ya había seleccionado en febrero de 2001 y que no podía ser nombrado. Esta vez, los estrategas políticos habían tomado nuevamente la lista incluyendo al candidato demandante, quien pese a estar recomendado con la mejor calificación fracasó nuevamente. Los ministros competentes, tanto del Estado Federal como del federado no vieron ningún problema, de acuerdo con los miembros del partido, en imponer nuevamente a su candidato, calificado como profesionalmente no idóneo. De esta forma se logró una verdadera “elección de segunda”.

¹⁵ Cf. Dietmar Hipp, *Der Spiegel*, núm. 43, 22 de octubre de 2001, p. 66, y Reinhard Müller, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 21 de enero de 2001, p. 1.

Los dirigentes de los dos partidos políticos más grandes en la práctica de una rutina sincronizada, que también es utilizada para la selección de los jueces del Tribunal Constitucional Federal, se han convertido en unos “hacedores de reyes” en este campo. Ellos deciden en conversaciones de círculos pequeños y anónimos cuáles de sus recomendados deben estar en las listas y cuáles deben ser descartados. La ministra federal en ejercicio es una compañera de juego importante en los procesos de selección y nombramiento de jueces de los altos tribunales –dado que los acuerdos entre la ministra y los partidos son impuestos y ejecutados en la Comisión de Elección Judicial con la conocida disciplina de partido–.

El presidente del gobierno del estado federado de Nordrhein-Westfalen se pronunció sobre el tema de la provisión de cargos públicos importantes. Según su pronunciamiento, los “trueques a puerta cerrada” no podrían ser aceptados como un proceso de selección.¹⁶ Esto mismo debería ser tomado seriamente para el caso de nombramientos de los jueces de tribunales federales. En el caso de los políticos de los diversos partidos existe el peligro evidente de que la práctica actual pueda solidificarse en sus cabezas como una forma de costumbre antijurídica. Por ello debe tenerse en cuenta la sensibilidad del asunto que se está tratando. Tratar de “elección” a un proceso en el cual, desde el preludio, unos pocos miembros de los dos grandes partidos ya le están sustrayendo intencionalmente al gremio electoral la posibilidad de elección, no hace otra cosa que deteriorar la confianza en la imparcialidad y la competencia profesional de los más altos tribunales.

La propuesta de los jefes de los partidos en la Comisión de Elección Judicial relacionada con la posibilidad de adoptar las medidas legislativas necesarias para mejorar el procedimiento de elección de los jueces de altos tribunales ya fue retomada por el ministro de justicia del estado federado de Nordrhein-Westfalen y materializada en una iniciativa legislativa de la cámara alta. La razón de ello fueron los acontecimientos en la Comisión de Elección Judicial del 15 de febrero de 2001 arriba expuestos. La propuesta legislativa prevé una *convocatoria pública* para cubrir todas las plazas vacantes en los tribunales federales, así como también un perfil del candidato en el que se concreten los principios consagrados en el artículo 33 II de la Ley Fundamental (idoneidad, capacidad y rendimiento profesional). Dado el caso de que la Comisión de Elección Judicial elija a un candidato que haya sido calificado como “no idóneo profesionalmente”, el Consejo Presidencial podría llamar al ministro competente a una declaración pública. Sin embargo, según la propuesta legislativa, el ministro *no* estaría vinculado al veto del Consejo Presidencial.

Retomé aquí como ejemplo los acontecimientos *en y alrededor* de la Comisión de Elección Judicial de febrero de 2001 porque ellos muestran algo con claridad: desde ya hace tiempo, los partidos políticos han comprendido e interiorizado la concentración del poder estatal presente en los altos tribunales; naturalmente se trata de una concentración mayor en el Tribunal Constitucional Federal. La obsti-

¹⁶ *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 19 de octubre de 2001.

nada lucha por el poder de los jefes de los partidos políticos encaminada a obtener el monopolio en la Comisión de Elección Judicial es una prueba adicional e infalible de la mutación de la República Federal de Alemania de un Estado de legislación parlamentaria a un Estado de los jueces. La tesis de esta exposición partió justamente de este cuestionamiento. La respuesta es obvia. El derecho de los jueces y el Estado judicial son nuestro inevitable destino. Traté igualmente de señalar las zonas de riesgo y la posibilidad de abusos de poder que esto acarrea. Tales se encuentran, en el caso del derecho de los jueces, en la metodología de la interpretación y, en el caso del Estado judicial, en el proceso de selección de los jueces. En ambos campos, y esto es para mí especialmente importante, no se trata de cuestiones simplemente formales: se trata por el contrario de cuestiones constitucionales. Decisiones equivocadas generan graves peligros para el Estado de derecho, para la transparencia y el control del actuar estatal. Quien quiera cambiar el orden jurídico sin ayuda de la ley puede utilizar dos instrumentos útiles para ello, siendo estos, por un lado, los métodos adecuados de aplicación de la norma y, por otro, la elección de jueces para altos tribunales que sean “más aptos” según el punto de vista político e ideológico.

Tanto la práctica actual de la elección del método de interpretación (método objetivo de interpretación) como la elección de jueces (amenazante dominio de los criterios políticos frente a las competencias profesionales) allanan el camino hacia un Estado oligárquico de los jueces. Cabe recordar que los jueces del Tribunal Federal Supremo son elegidos de forma vitalicia, y los jueces del Tribunal Constitucional Federal por un periodo de 12 años. Ante estas nuevas funciones y riesgos de un Estado en proceso de convertirse en un Estado de los jueces, es necesario que los aseguramientos jurídico-estatales de nuestro sistema sean *repensados* y, de ser preciso, *reformados*.

Bibliografía

BVerGE 3, 58.

BverfGE 6, 132.

BVerfGE 34, 269.

BVerfGE 75, 223.

BVerfGE 82, 6.

HECK, Philipp, “Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz”, *Archiv für die civilistische Praxis* (ACP), núm 112, 1914.

HIPP, Dietmar, *Der Spiegel*, núm. 43, 22 de octubre de 2001.

MEIER-HAYOZ, Arthur, *Der Richter als Gesetzgeber*, Zúrich, Editorial Juris, 1951.

_____, *Berner Kommentar zum ZGB*, Bd. I, art. I.

MÜLLER, Reinhard, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 21 de enero de 2001.

OSSENBÜHL, Fritz, *Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat*, Bonn, Editorial Bouvier, 1988.

OVG Schleswig-Holstein, *JuristenZeitung*, núm. 57, 2002, p. 140.

RÜTHERS, Bernd, “Richterämter als Parteibeute”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 23 de diciembre de 1987.

_____, “Ein Lehrstück für den Rechtsstaat”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 19 de enero de 1988.

_____, *Die Wende-Experten. Zur Ideologieanfälligkeit geistiger Berufe am Beispiel der Juristen*, Múnich, Editorial Beck, 1995.

_____, *Die unbegrenzte Auslegung*, 5ª ed., Heidelberg, Editorial C.F. Müller, 1997.

_____, *Rechtstheorie*, Múnich, Editorial CH. Beck, 1999.

_____, *Geschönte Geschichten – geschonte Biographien. Sozialisationskohorten in Wendeliteraturen*, Tubinga, Editorial Mohr Siebeck, 2001.

SCHEUERLE, Wilhelm, “Das Wesen des Wesens”, *Archiv für die civilistische Praxis*, núm. 163, 1963.

SCHUMANN, Ekkehard, “Das Rechtsverweigerungsverbot”, *Zeitschrift für Zivilprozess*, núm. 81, 1968.