

NOMBRAMIENTO Y «STATUS» DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA

Por WILHELM KARL GECK

Traducción: J. PUENTE EGIDO (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. REQUISITOS PARA EL NOMBRAMIENTO.—III. PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN: 1. *Las normas que lo regulan:* A) Los órganos que intervienen. B) La formación de listas de candidatos. C) El procedimiento establecido: a) El procedimiento de elección en el Bundestag. b) El procedimiento de elección en el Bundesrat. D) El procedimiento extraordinario en la formulación de propuestas. E) La elección del presidente y de su sustituto. F) El nombramiento. 2. *Práctica seguida en la designación, crítica y propuestas de reforma:* A) La práctica en la designación. B) La crítica. C) Propuesta de reforma.—IV. LA DURACIÓN DEL MANDATO: 1. *Argumentos en favor de la actual regulación del mandato y su crítica.* 2. *La fijación del tiempo del mandato en casos particulares, en especial la terminación anticipada.*—V. INCOMPATIBILIDADES O ACTIVIDADES SECUNDARIAS.—VI. NORMAS QUE REGULAN LA FUNCIÓN DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES FEDERALES: 1. *La imparcialidad e independencia judicial:* A) La misión especial del Tribunal Constitucional Federal y de sus magistrados. B) La imparcialidad del juez y el modo de garantizarla: a) La exclusión de un juez. b) La recusación de los jueces. C) La reserva que deben practicar los jueces. 2. *La independencia judicial.* 3. *El resto de las normas que regulan su «status».*—VII. OBSERVACIÓN FINAL.

I. INTRODUCCION

La presente exposición se realiza sobre normas de muy distinta naturaleza. En primer término están las normas de la Ley Fundamental, así como las de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal, que, por ser de

(*) En la previsión inicial habrían sido otras personas las que hubieran realizado, bajo mi supervisión, esta traducción. Al no ser posible, he asumido directamente esta tarea con algún retraso. Con tanto mayor gusto, cuanto por el fallecimiento del querido colega y amigo se me permite expresar así un pequeño homenaje a su memoria.

tanta importancia para el orden constitucional y político de la República Federal, podrían muy bien —y quizá debieran— estar en el texto constitucional. A este grupo pertenecen las normas relativas al número, tiempo de permanencia en la función y prohibición de la reelección de los magistrados, y, sobre todo, el procedimiento de su designación en el Bundestag y la exigencia de la mayoría de los dos tercios en los órganos que participan en la elección. Cuando el Consejo Parlamentario (Parlamentarischer Rat) dejó a la ley ordinaria estas decisiones fundamentales, no por eso renunciaba a la exigencia de una amplia mayoría.

Durante el debate de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal no existió la menor duda de que, en razón a su importancia, tenía que ser apoyada por todos los grupos políticos de todos los partidos y, por consiguiente, por la gran mayoría del pueblo alemán. De esta forma, esa ley, no obstante agudas controversias, fue aceptada finalmente por todos salvo por el grupo comunista (1). Incluso en las posteriores reformas se impuso el criterio de que las normas más importantes de esta ley necesitaban un amplio consenso, y con excepción de la reforma de 1963 (3. Novelle von 1963), que tuvo numerosas abstenciones, siempre hubo amplias mayorías.

II. REQUISITOS PARA EL NOMBRAMIENTO

Los requisitos formales recogidos en los §§ 3 y 2,3 (BVerfGG) son pocos: *haber cumplido los cuarenta años de edad*, lo más tarde en el momento de la designación; *ser elegibles como diputados* en el Bundestag según el artículo 38,2 y 3 LF en relación con el § 15 BWG; *declaración por escrito* de estar dispuesto a aceptar la función de magistrado, y, finalmente, *la capacidad para ser juez* según el § 5,1 o del 7 DRiG. Respecto del requisito citado en último lugar, hubo una fuerte oposición motivada por las experiencias del tiempo de la República de Weimar y del nacionalsocialismo (2). La práctica desde 1951 para acá ha acallado completamente las reclamaciones de que

(1) Respecto de detalles que lo prueban véase GECK I, pp. 13 y ss. Las referencias bibliográficas sobre autores que solamente son mencionados por el nombre se encuentran en la lista de obras. En los demás autores se hace la referencia completa en la primera cita; posteriormente nos remitimos a ésta (n. ...). En las reflexiones que siguen se hará una frecuente alusión al estudio que el autor ha publicado en diciembre de 1986, «Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter». Esto no obedece a una autosatisfacción, sino a que las cuestiones tratadas en este *Handbuch* las situó allí en la mayor actualidad y las estudió con mucho más detalle.

(2) GECK I, pp. 15 y ss.

se prescindiera de esta habilitación para poder ejercer funciones judiciales, al menos para una parte de los magistrados. El Tribunal solamente puede trabajar a través de una especie de reparto entre los ponentes, que garantice una continuidad relativa en las cuestiones de fondo y una relativa igualdad en el reparto del trabajo. Es requisito previo que todos los magistrados puedan votar en la situación de igualdad que la ley les garantiza. El § 3,2 BVerfGG de 1951 prescribía que «todos los jueces se distinguirán por conocimientos especiales en el Derecho público y deberán poseer experiencia de la vida pública». En la promulgación de la ley de la Magistratura alemana fueron suprimidos estos requisitos a propuesta de la comisión para asuntos jurídicos del Bundestag, en contra del proyecto del Gobierno. Todos los intentos posteriores para volver a introducir esas exigencias de cualificación han resultado estériles (3). Exigencias adicionales se dan para los tres magistrados de cada Sala, que, sobre la base del artículo 94,1 LF y de conformidad con el § 2,3 BVerfGG, *son elegidos de entre los magistrados que integran los Tribunales Supremos* federales. Antes de su nombramiento en ese Tribunal Superior federal, han de cumplir con los requisitos de los §§ 9 y 10 DRiG para el nombramiento de jueces vitalicios; existen normas especiales que regulan el nombramiento de los jueces en los Tribunales Superiores federales y fijan el mínimo de edad para ello (4). Con el nombramiento de esos magistrados de Tribunales Superiores federales se desea aprovechar las experiencias judiciales y el modo especial del razonamiento judicial, después de una larga actividad profesional. La vinculación del mandato de estos magistrados con la edad de jubilación de los magistrados federales (la de sesenta y ocho años) prevista en la Ordenanza del Tribunal Constitucional Federal de 1951 deberá fortalecer la continuidad en la jurisprudencia (5).

En esas exigencias modestas de elegibilidad de los jueces del Tribunal Constitucional se garantiza la calificación de éstos a través de otros requisitos. En primer lugar está la fuerza de atracción de la función judicial, los poderes del Tribunal y el *status* de éste y de los magistrados. Todo ello asegura una gran concurrencia de candidatos para un número reducido de puestos, lo que *permite* una selección adecuada.

(3) Véase para detalles GECK I, p. 17.

(4) Art. 95,2 GG, en conexión, por ejemplo, con el § 125 GVG y n. 27 más adelante.

(5) Véase, respecto de ocasionales dificultades en el nombramiento, GECK I, pp. 19 y ss., y BVerfGE 65,152.

III. PROCEDIMIENTO DE SELECCION

1. *Las normas que lo regulan*

A) *Los órganos que intervienen*

El legislador ha hecho uso de la libertad que le otorga el artículo 94 de la LF sobre la constitución del Tribunal Constitucional y la fijación del número de magistrados en orden al establecimiento de «*un Tribunal de gemelos*»: de conformidad con el § 2 BVerfGG, cada una de las Secciones es, en su competencia, fijada por ley, *el* Tribunal Constitucional. Los jueces son elegidos para una determinada Sala, no pueden cambiar de la una a la otra y hasta 1985 no podían sustituirse unos a otros. En el transcurso del tiempo se hizo necesaria una atenuación del rígido principio de Tribunal doble y tomar más en cuenta el distinto nivel de trabajo de las dos Secciones. Desde 1956 el Pleno puede *pro futuro*, en virtud del § 14,4, modificar la competencia de las Salas «cuando resulte imprescindible en virtud de una acumulación de trabajo, que no sea sólo pasajera, en una Sección». Desde 1985 los §§ 15,2 y 19,4 BVerfGG prevén posibilidades de sustitución entre jueces, bien que limitada. Además, la reforma de 1985 ha hecho de las comisiones constituidas por tres jueces, Secciones con competencias más amplias en el ámbito de los recursos de amparo, y con ello ha robustecido la independencia de los órganos decisorios (§§ 15a, 93b BVerfGG).

Se han introducido modificaciones en cuanto al *número de jueces*. De los doce que originariamente tenía cada Sección, se rebajó su número en 1956 a diez y desde 1963 se fijó en ocho. El § 15,3, 2 y 3 BVerfGG regula el problema del empate en las votaciones.

B) *La formación de listas de candidatos*

El § 8 BVerfGG prevé la formación de dos listas por el Ministerio Federal de Justicia. Estas contienen los nombres de aquellas personas que cumplan con los requisitos del § 3,1 y 2 de la BVerfGG. La primera lista contiene los nombres de los jueces federales, la segunda los nombres de personas propuestas por un grupo parlamentario del Bundestag, por el Gobierno Federal o por un Gobierno regional como idóneas para el puesto de magistrados constitucionales. Estas listas sirven a la preparación de la elección y han

de ser actualizadas constantemente y presentadas a los presidentes del Bundestag y del Bundesrat no más tarde de una semana antes de la elección.

Los órganos que realizan la elección no están limitados por ley a las personas que figuren en esas listas, y así ha sucedido desde la primera elección. Por esta razón dichas listas no han jugado papel importante en la mayor parte de las elecciones (6).

C) *El procedimiento establecido*

De acuerdo con el § 1 LF, los magistrados son elegidos por mitad por el Bundestag y por el Bundesrat. Esta designación por dos órganos supremos federales pone de relieve la importancia del magistrado constitucional federal y la voluntad del legislador constitucional de conferir a los jueces constitucionales una legitimación a través de la representación popular en la Federación o en los Länder de la República Federal de Alemania. Ambas cadenas de legitimación conducen hasta el pueblo mismo, del cual nace todo poder político, según proclama el artículo 20,2 LF. Estas líneas de legitimación tienen diferentes órganos intermedios. El § 5 BVerfGG regula la distribución de la elección tanto en el Bundestag como en el Bundesrat, así como también el momento más avanzado posible de ésta.

a) *El procedimiento de elección en el Bundestag*

El artículo 94,1,2 LF, con la expresión «del Bundestag y del Bundesrat», establece una referencia en virtud de la cual también el Bundestag debe proceder a la elección de un *modo directo* (7). En la práctica constitucional, sin embargo, se ha implantado desde 1951 la elección indirecta (8). De conformidad con el § 6 BVerfGG, el Bundestag, incluidos los diputados de Berlín, elige en total doce compromisarios, según la regla de la representación proporcional. Cada grupo parlamentario (§ 10 GOBT) tiene derecho a presentar una lista de candidatos a compromisarios; son admisibles listas comunes de distintos grupos parlamentarios. Los diputados sólo pueden votar una lista, pero no a personas concretas; según la ley D'HONDT, se computa

(6) Véase detalles en GECK I, pp. 22 y ss.

(7) En este sentido, EICHBORN, pp. 11 y ss., y KREUZER, pp. 189 y ss.

(8) Sobre la admisibilidad se manifestó ya el Pleno del Tribunal; véase LEIBHOLZ, pp. 194 y ss., 202 Anot. 26. El auto BVerfGE 40,356, que ofreció la posibilidad de tratar esta cuestión, no lo hace, y en este sentido puede ser interpretado como una confirmación del procedimiento en vigor.

después, desde la suma de los votos obtenidos por cada propuesta, el número de compromisarios que han de ser tomados de cada lista. En caso de baja o imposibilidad de un compromisario, se toma al siguiente, según la lista formada. Los compromisarios son elegidos para todo el período electoral y su mandato no decae. No están sometidos a instrucciones; el de mayor antigüedad convoca a la sesión, que por su propia naturaleza ha de ser secreta, y la dirige hasta que se haya procedido a la elección de todos los magistrados. Para ser elegido magistrado se necesitan por lo menos ocho votos y, en general, los partidos políticos tienen interés en designar para ese prestigioso grupo de compromisarios a políticos calificados, en la mayor parte de los casos a hombres relevantes (9).

Esta elección indirecta prolonga en un eslabón más la cadena legitimadora entre magistrados y pueblo; ella se introdujo por deseos del grupo parlamentario del SPD y después de largas discusiones. A pesar de que la elección indirecta se ha afianzado en la práctica constitucional, siguen subsistiendo determinadas reservas sobre su constitucionalidad. El diputado aislado, que es representante de todo el pueblo, solamente tiene derecho a formular propuestas en orden a la constitución del grupo de compromisarios, y esto además (al igual que en otros casos de importancia) únicamente a través de un grupo parlamentario. Sólo puede votar una lista, y en la elección del grupo de compromisarios, según la regla de la mayoría, únicamente se toma en cuenta, junto al grupo mayoritario, al grupo de oposición más fuertemente representado. Los partidos minoritarios solamente consiguen estar representados en ese grupo de compromisarios cuando otro más fuerte le «confiere» el derecho a proponer un nombre para un puesto de magistrado. En todo caso, la mayoría de los dos tercios (hasta 1956 fue mayoría de los tres cuartos) impone un amplio consenso entre los «grandes».

b) *El procedimiento de elección en el Bundesrat*

La línea de legitimación en la elección por el Bundesrat lleva, en virtud de lo que establece el § 7 del BVerfGG, a la elección directa de los magistrados por el pueblo desde el respectivo Parlamento regional, Gobierno regional y Bundesrat. El Pleno del Bundesrat aprueba de ordinario las propuestas de una comisión en la cual están representados todos los Länder, siempre que esas propuestas hayan sido aceptadas por los portavoces de esos grandes partidos políticos; en ocasiones, después de la aceptación de los

(9) Véase sobre su composición y sobre la calificación de sus miembros: BILLING, pp. 166 y ss.; CHRISTINE LANDFRIED, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber*, pp. 18 y ss.

hombres de confianza de esos partidos en el grupo de compromisarios. También aquí en estos acuerdos del Bundesrat los votos de cada Land pueden solamente ser emitidos en lista cerrada. La votación de ordinario es pública. En el cómputo de los dos tercios exigidos no son tomados en cuenta los de Berlín.

D) *El procedimiento extraordinario en la formulación de propuestas*

No es infrecuente que las designaciones de magistrados se efectúen con retrasos no agradables. El caso extremo tuvo lugar con ocasión de la disputa muy aguda, tanto desde el punto de vista político como constitucional, sobre el Ejército. Aquí se tardó en un caso ocho meses y en el otro dos años hasta que el Bundesrat y el grupo de compromisarios eligieron los sucesores de dos magistrados cuyo mandato había terminado a principios de 1952. En el primero de ellos jugaban también un determinado papel problemas federales; en el segundo el retraso estuvo motivado sobre todo porque ninguno de los partidos políticos representados en el Bundestag quería aceptar un candidato del que se esperaba fuera a tomar una posición contraria a él en la disputa sobre el Ejército. El bloqueo de dos años fue duramente criticado por la prensa, y el Tribunal Constitucional hubo de recordarle a los órganos de elección el cumplimiento de su deber. No obstante todo eso, el último puesto vacante fue ocupado en marzo de 1954, después de haber sido realizada la modificación constitucional en favor de la facultad de creación de un ejército federal. Por esta razón, y a la vista de esta experiencia, el proyecto del Gobierno en la reforma de 1956 previó que, después de una elección sin resultado en el grupo de compromisarios o en el Bundesrat, bastara con la mayoría simple. La propuesta encontró una fuerte crítica, y no sólo de la oposición, sino también por parte del Bundesrat, del Tribunal Constitucional y de la opinión pública. Con razón se hizo valer que la exigencia de que se consiga un acuerdo sería devaluada, aparecería el peligro de que el Tribunal fuera politizado en correspondencia con la dirección dominante del momento en los órganos de designación y los magistrados elegidos por una minoría simple quedarían marcados políticamente por dicha mayoría. El Gobierno federal, no obstante esa crítica generalizada, mantuvo su propuesta de reforma, pero no alcanzó la mayoría en el Bundestag. En la comisión del Bundesrat para asuntos jurídicos prevaleció una solución de compromiso. Un grupo consultivo formado por catedráticos de Universidad de Derecho Público y presidentes de Audiencias debería elaborar una triple alternativa; el correspondiente órgano, competente para la designación, debería hacer la de-

signación de entre los juristas propuestos en la lista por simple mayoría, mientras que lo haría por mayoría cualificada (normal) a uno que no hubiera sido previamente propuesto. Cuando esta propuesta se impuso en el Bundestag en contra del grupo parlamentario de la SPD, el Bundesrat convocó el consejo de mediación. Este propuso la adopción del § 7a BVerfGG con la reducción de la mayoría de los tres cuartos a la actual mayoría de los dos tercios en el grupo de compromisarios; ambas propuestas fueron aprobadas: en el Bundesrat unánimemente y en el Bundestag con una gran mayoría (10). A pesar de los graves problemas y la tensión generada por éstos, en la mayoría del Bundestag triunfó la tesis de que el establecimiento de la mayoría simple en la elección de los jueces pondría en peligro la justicia constitucional. De todos modos, el intento posterior de la CDU/CSU de incluir en el artículo 94,1 LF la mayoría de los dos tercios no tuvo éxito.

El § 7a BVerfGG, que no ha sido modificado desde 1956, establece un derecho del Pleno del Tribunal Constitucional a la formulación de propuestas, después de que dentro de los dos meses siguientes a la terminación del mandato de un juez, o de la terminación anticipada de su mandato, no haya sido designado sucesor y el más antiguo de los compromisarios o el presidente del Bundesrat hayan invitado al Tribunal Constitucional a formular una propuesta. El número 4 tiene una gran importancia, puesto que garantiza que la libertad de decisión del órgano elector no sea recortada. Por supuesto que el § 7a no puede impedir la aparición de una situación de bloqueo. La propuesta del Tribunal es, en todo caso, desde un punto de vista constitucional, una advertencia a los órganos de designación que no puede ser pasada por alto. Las ventajas de esta solución deben ser de mayor peso que los inconvenientes sobre que en la elaboración de la propuesta puedan aparecer corrientes encontradas en el Pleno del Tribunal Constitucional. No siempre tuvieron prisas ni el más antiguo de los compromisarios ni el presidente del Bundesrat en la invitación al Tribunal. Este, por lo demás, ha hecho un uso parsimonioso de este mandato de la ley. Probablemente las listas de propuesta para el Tribunal Constitucional desde 1971 han cobrado una significación mayor, incluso una importancia decisiva (11).

(10) Sobre detalles GECK I, pp. 26 y ss.

(11) Detalles en GECK I, p. 28, así como la crítica sobre la efectividad de esta regulación en KRÖGER, p. 89, y la detallada exposición de FRANK.

E) *La elección del presidente y de su sustituto*

Esta regulación legal tuvo lugar después de largas discusiones que se iniciaron en el Consejo Parlamentario (Parlamentarischer Rat) hasta la promulgación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. De acuerdo con los criterios que entonces predominaban, solamente los jueces que hubieran sido designados de por vida como jueces federales serían elegibles para esos cargos, y la elección debería ser hecha por los mismos magistrados constitucionales. El § 9 BVerfGG siguió en lo sustancial el proyecto del SPD, que preveía la elección del presidente por el Bundestag y la de su representante por el Bundesrat (12). Bundestag y Bundesrat eligen alternativamente el presidente y su sustituto, el que en el reglamento del Tribunal y en la terminología usual es designado como vicepresidente, si bien su función es la de presidente de una Sección. Puesto que el Bundestag tenía que designar al presidente y el Bundesrat a su sustituto, por la vía del turno y bajo la idea de la igualdad de derechos entre los órganos de designación, se ha fijado un orden definitivo. Los §§ 6 y 7 BVerfGG sobre la elección de los magistrados son aplicables análogamente.

Desde la segunda elección de presidente se estableció una especie de acuerdo tácito entre los grandes partidos políticos, de modo que la CDU/CSU, en tanto que partido más fuerte, proponga el candidato para la presidencia y el SPD para la vicepresidencia. Posteriormente, la designación de ambos cargos fue considerada siempre como una cuestión conjunta y tratada en las deliberaciones de una comisión conjunta formada por miembros de ambos órganos de designación. Cuando en 1983 el vicepresidente propuesto por el SPD, ZEIDLER, fue elegido presidente, el «derecho» de propuesta para el vicepresidente pasó a la CDU/CSU, probablemente vinculado con un acuerdo interno para la próxima elección de presidente y vicepresidente. En la mayor parte de los presidentes y vicepresidentes el círculo de sus actividades y principales méritos se situaron en los aspectos políticos. Al parecer, esto no ha sido obstáculo a su elección. Con la excepción de la designación del primer presidente y ciertas dificultades en la sucesión del presidente GEBHARD MÜLLER, los presidentes y vicepresidentes fueron elegidos sin grandes retrasos y sin aparentes luchas políticas (13).

(12) Para detalles: LAUFER, p. 88; SCHIFFERS, pp. 4 y 170 (Synopsis), así como GECK I, pp. 29 y s.

(13) Sobre particularidades, GECK I, p. 30.

F) *El nombramiento*

Según opinión mayoritaria y acertada, el artículo 60,1 LF se aplica también a los magistrados del Tribunal Constitucional. Por consiguiente, el § 10 del BVerfGG tiene un carácter meramente declarativo respecto de la facultad de nombramiento del presidente federal. Del artículo 94,1,2 se deduce que la decisión de los órganos competentes para la designación no está sometida a comprobación alguna material por parte del presidente federal. El se limita simplemente a la comprobación de la *regularidad del procedimiento* para la designación; en todo caso también al cumplimiento de los requisitos objetivamente de la edad mínima, de la aceptación por escrito, de la elegibilidad para el Bundestag, de la capacidad para ser juez y la condición de juez en un Tribunal Supremo federal (todo esto discutible). El refrendo que realiza el ministro federal de Justicia, según práctica constante de conformidad con el artículo 58 LF, es sólo parcialmente explicable. La condición de magistrado del Tribunal Constitucional se adquiere con la extensión de la credencial de conformidad con los §§ 69,17,1 DRiG, y comienza a correr el período de los doce años; debe ser prestado entonces el juramento y se produce la excedencia de aquellos cargos que sean incompatibles según lo establecido por el § 3,3 BVerfGG.

2. *Práctica seguida en la designación, crítica y propuestas de reforma*A) *La práctica en la designación*

KRÖGER ha caracterizado en 1976 esta práctica como el «*arreglo sustancial entre la CDU/CSU y el SPD*», «que en los dos últimos decenios se ha constituido notoriamente como un uso bien establecido. En virtud de él, estos partidos políticos se han garantizado recíprocamente *privilegios en el nombramiento* de determinados cargos judiciales. Si un cargo judicial queda vacante, el partido político al que se le haya garantizado este privilegio en la ocupación tiene que formular una propuesta. Si del lado del otro partido no se formulan objeciones, hay que contar con que el candidato aceptado por el correspondiente órgano de designación sea elegido como magistrado constitucional, de ordinario por unanimidad. Si surgen objeciones en contra de él, el partido político que lo ha propuesto deberá eliminarlas o presentar un nuevo candidato. El procedimiento en circunstancias normales será seguido

hasta que se consiga un acuerdo entre los partidos» (14). Esta descripción de KRÖGER sigue correspondiendo hoy sustancialmente a la práctica presente. De ordinario, los dos grandes partidos políticos presentan preferentemente candidatos que son miembros de sus respectivos partidos o que al menos están especialmente próximos a ellos en las concepciones básicas de carácter político y constitucional. Al FDP le deja el correspondiente partido coaligado, el «derecho» a designar un magistrado (15). Sólo de modo excepcional han sido elegidas personas que resultan aceptables para ambos partidos desde el punto de vista político, de modo que únicamente decida la cualificación personal (16). La circunstancia de que estos candidatos no pertenezcan a partido alguno o que no sean simpatizantes de alguno de ellos facilita que sean aceptados por ellos de modo personal y no simplemente tolerados como una propuesta admisible formulada por la otra parte. Hasta ahora estos «neutrales» no han formado nunca más de un cuarto del número de jueces.

B) *La crítica*

Las normas que regulan la elección por el Bundestag (grupo de compromisarios) y Bundesrat, con una mayoría de dos tercios en cada uno de ellos, son consideradas en general como idóneas para otorgar legitimación democrática y garantizar un amplio consenso entre los grandes partidos políticos. Completamente diferente es el juicio que merece *la práctica* introducida en el procedimiento de designación; en la crítica dirigida contra él coinciden ampliamente los pocos medios de comunicación que se han interesado y la casi totalidad de la doctrina. FRANK expresa un sentimiento general cuando afirma que la elección de los jueces es «uno de los capítulos menos agradables de la historia del Tribunal Constitucional Federal» (17). No podemos detenernos aquí en la consideración del retraso en la designación causado

(14) KRÖGER, p. 94, los subrayados están en el original. BILLING, p. 220, habla de una «especie de sistema de repartimiento de plazas sobre la base de la cuota que corresponde a cada partido en la primera ocupación de los cargos judiciales».

(15) Según HELMUTH SCHULZE-FIELITZ, doce de los dieciséis jueces pertenecían a la CDU/CSU, SPD o FDP: *Der informale Verfassungsstaat*, 1984, p. 30. En la lista establecida por LANDFRIED para 1951 y 1983, cuarenta y nueve de entre sesenta jueces aparecen como miembros de uno de estos partidos (N. 9, pp. 21 y ss.). En RICHARD LEY, «Die personellen Veränderungen des Bundesverfassungsgerichtes im Jahre 1983», *ZParl* 16 (1985), 183 y ss., aparecen doce de los dieciséis jueces como miembros del CDU/SCU, SPD o FDP.

(16) Ejemplos en KRÖGER, p. 98.

(17) FRANK, p. 37.

por oportunismos de los partidos políticos o sobre los últimos casos discutibles en los que un antiguo miembro del Tribunal caracterizó un nombramiento concreto como una infracción de la Constitución (18). Nuestro propósito se encamina hacia la crítica permanente y básica en la elección de personas en general. Son típicas, por ejemplo, las fórmulas de «legítimas hereditarias» de los partidos políticos y el riesgo de que la regla razonable de los dos tercios de mayoría se transforme «en la consolidación en Bonn de dos posiciones de poder». Más plástico es aún el «chalaneo de Bonn», como una lucha desvergonzada por el poder político, sin que ni siquiera se intente guardar las formas. Mezquindad del trato o mecanismo de recluta como una repetición «un poco más esclarecida» del sistema de partidos (19). Los escasos defensores del sistema son principalmente los actores en el procedimiento de designación o miembros del Tribunal (20); de ellos no se puede esperar razonablemente un juicio objetivo sobre este procedimiento.

El primer argumento de esta crítica es el reducido número de personas que deciden *de hecho* sobre la elección. Solamente muy pocas personas tie-

(18) De acuerdo con FRANK (p. 39) solamente seis de los veintinueve jueces nombrados desde 1956 fueron designados antes de la terminación del mandato de sus antecesores; la mayor parte de las designaciones de jueces tienen lugar con varios meses de retraso y una con dos años. Véase, por ejemplo, LAUFER, pp. 213 y ss., 245 y ss., 249 y ss., y anteriormente anot. marginal 9. Sobre la designación de los jueces como infracción constitucional, véase WILLI GEIGER, *FAZ*, de 23-7-1983, núm. 168, p. 18; el mismo autor, «Über den Umgang mit dem Recht bei der Besetzung des Bundesverfassungsgerichts», *EuGRZ* 10 (1983), 397 y ss., y la réplica de BENNO ERHARD, «Über allzu schnelle Kritik an Verfassungsorganen bei der Wahl von Bundesverfassungsrichtern», *EuGRZ* 10 (1983), 473 y ss., con réplica de GEIGER, «Das Bundesverfassungsgericht im Spannungsfeld zwischen Recht und Politik», *EuGRZ* 12 (1985), 401 y ss.

(19) La fórmula de aseguramiento de dos posiciones políticas por la referencia a las legítimas hereditarias se encuentra, entre otros, en KLAUS SCHLAICH, *Das Bundesverfassungsgericht - Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 1985, p. 28, con ulteriores referencias (entre otras muchas posibles). Véase especialmente BILLING, pp. 229 y ss.; LAUFER, pp. 208 y ss.; SCHRAM, pp. 696 y ss. Una mera «selección de las posiciones críticas en BILLING, p. 292, ocupa en letra pequeña media página de un libro. KOMMERS enumera a los miembros del Bundesrat que éste designó para jueces constitucionales (p. 119), así como a los miembros del grupo de compromisarios que el mismo después eligió como jueces, y llama a esto de «manifiesta cooptación» (p. 141). Las formulaciones de «chalaneo» y «lucha abierta por el poder político» proceden de FRIEDRICH KARL FROMME, *FAZ* del 4-11-1971, núm. 256, 2. Sobre el chalaneo y su mezquindad, sobre el intento de ir al copo del Tribunal por el sistema de la proporcionalidad, escribe HANS SHUELER, *Die Zeit* de 12-11-1971, núm. 46, p. 1. El «duplicado ilustrado» es una expresión de HELMUT RIDDER, *Demokratie und Recht*, 11 (1983), 3 (8).

(20) Véase GECK I, p. 34, con referencias.

nen una influencia decisiva en favor de su partido o en general en la comisión que nombra a los jueces. La decisión, en las distintas fases del procedimiento de selección, puede estar en manos de una sola persona por cada partido y más frecuentemente recae en manos de dos. Estas están sometidas por la misma fuerza de las cosas a la influencia de distintas presiones. Pero precisamente a causa de las distintas fuerzas concurrentes y la frecuente exigencia de «meter en un paquete» la elección a realizar por el grupo de compromisarios y por el Bundesrat, gozan éstas de un amplio margen de maniobra. Ocasionalmente prevalece en los órganos de designación una influencia exterior, procedente incluso del mismo Tribunal Constitucional Federal. En la elección de algunos jueces la influencia fue ejercida por una sola persona que ni siquiera formaba parte de la comisión de selección (21). Aunque no se pone en duda aquí la capacidad del que así fue designado, la concentración de la decisión última en manos de uno o —en los casos extremos— de dos negociadores no favorece precisamente la legitimación democrática de los elegidos. Esto es válido especialmente para la comisión de designación, cuya competencia, en sustitución del Bundestag, que es el que le confiere la legitimidad, sigue siendo desde el punto de vista *constitucional* bastante problemática. De conformidad con el artículo 62,1(43) BVerfGG, según la Ley Fundamental, «la legalidad constitucional significa a la vez legitimidad democrática». Esto sólo resulta cierto bajo el presupuesto evidente de que el proceso de elección no sea desnaturalizado. Pero éste es el caso cuando en un oligopolio de decisiones detentado por dos partidos políticos, cada uno de los participantes acepta el «derecho» de designación del otro, y éste se ejerce por sólo unas pocas personas.

El elemento más importante de esta crítica generalizada reside en la evidente reducción de la elección de candidatos al círculo de miembros de los partidos o a sus simpatizantes. No se puede ciertamente decir que los jueces propuestos por los distintos partidos hayan mantenido regularmente en el Tribunal el punto de vista de éstos. Ejemplos preclaros prueban que han existido jueces que en procesos que encerraban consecuencias políticas de importancia han votado en contra de la posición mantenida por el partido al que ellos pertenecían o que los había propuesto como jueces. Pero no puede ponerse en duda que los candidatos para un puesto judicial poseen una concepción ideológica, política y constitucional básica en razón de su origen, formación y trayectoria profesional, así como por su entorno político y social, y éstas se manifiestan necesariamente en muchas de las cuestiones que tienen que ser decididas por el Tribunal Constitucional Federal. Es igual-

(21) Véase GECK I, p. 35.

mente incuestionable que la mayor parte de los magistrados constitucionales federales no son propuestos y elegidos sin que antes se les haya tomado en cuenta su vinculación política o su concepción básica conocida o presunta. Un antiguo magistrado constitucional, con una experiencia de veintiséis años, hablaba de «una lucha sorda por la ocupación del Tribunal», de «una voluntad fuerte y despiadada de las fuerzas políticas de ganar influencia sobre el Tribunal y al mismo tiempo de impedirselo a las demás». Otro antiguo magistrado constitucional lo formulaba así: «Todo juez, y en primer lugar el constitucional», tiende a «comprometerse políticamente en defensa de su toga»; «quien ocupe personalmente el Tribunal, decide en buena medida no sólo el contenido, sino también el alcance de la interpretación constitucional» (22). Si tomamos nota de la restricción que supone la expresión «en buena medida», esta última afirmación de HIRSCH es sin duda acertada en el caso de procesos importantes con un trasfondo político. Contrapesos en el *ethos* de los jueces y en el «control» recíproco que los jueces establecen, así como también el hecho de que tales procesos solamente constituyen una pequeña parte del número global, no son obstáculo a que las esperanzas que ponen los partidos políticos sobre el comportamiento de los candidatos en procesos de significación política jueguen un papel fundamental en la elección de los magistrados federales. A la larga esto tiene que afectar a la autoridad y prestigio del Tribunal.

Frente a esta crítica sobre el oligopolio en la selección ejercido por los dos grandes partidos políticos y en la relevancia grande que en la elección de los candidatos juegan los aspectos políticos, quedan en la penumbra otros argumentos (23). El argumento más usual sobre la orientación política previa de los jueces no lleva necesariamente al resultado de que el Tribunal Constitucional Federal no haya cumplido en lo esencial con su función o que algunos jueces hayan «fracasado». Es cierto que determinados candidatos, a pesar de tener un fuerte apoyo político, fracasaron al final por falta de calificación suficiente. Como tampoco se pueden poner tachas a la elección como jueces constitucionales de políticos; estos magistrados, desde su experiencia política y su contacto con el Derecho constitucional, pudieron hacer valiosas aportaciones a la jurisprudencia constitucional. Los problemas surgieron sola-

(22) Las expresiones de «lucha sorda» y «despiadada voluntad» proceden de GEIGER, *Spannungsfeld* (n. 18), p. 402; las últimas citas son de MARTIN HIRSCH, «Zum Problem der 'Grenzüberschreitungen' des Bundesverfassungsgerichts», *DRiZ* 55 (1977), 225. Con matices, BRUN-OTTO BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, 1982, pp. 177 y ss. y 182 y ss.

(23) Sobre los aspectos de la procedencia profesional de los jueces, de la religión, sexo y origen regional, GECK I, p. 37, con ulteriores referencias.

mente en aquellas, más bien raras, ocasiones en las que «políticos profesionales» siguieron siendo políticos en su actuación como magistrados constitucionales.

De todos modos, restan dos aspectos críticos importantes. En primer lugar, la elección es contraria a la razón y a la Constitución si desde el primer momento resulta claro que la mayoría de los puestos de magistrados solamente van a ser ocupados por miembros de la CDU/CSU, del SPD o —para un puesto— por el FDP o también solamente entran en el estrecho círculo de selección aquellos juristas que simpatizan con tales partidos. Este resultado se impone cuando se contrasta el resultado de los nombramientos con el de la militancia o simpatía hacia los partidos (24). No se puede admitir el argumento de que la preselección abarca a un círculo de personas que carecen de vinculación política y, por tanto, a un círculo mayor, porque desde hace treinta y cinco años lleva por pura casualidad al nombramiento casi exclusivo como jueces de militantes o simpatizantes de partidos políticos. El resultado permite llegar sobre todo a conclusiones ciertas sobre el procedimiento seguido, y concretamente, que para las tres cuartas partes, aproximadamente, de los puestos de magistrado, un gran número de personas altamente cualificadas están de entrada ya excluidas. En la valoración de este dato es perfectamente irrelevante si el procedimiento de selección utilizado infringe o no el artículo 33,2 en relación con el artículo 3,3 LF (25). Es, en todo caso, contrario al sentido de la LF que los órganos de designación hagan uso de su libertad de tal modo que las tres cuartas partes de los puestos de magistrados sean ocupados con juristas que son miembros o simpatizantes de tres partidos políticos.

Otro argumento crítico importante contra la práctica seguida en los nombramientos consiste en que la jurisprudencia constitucional a la larga tiene que aparecer como la continuación de la política por otros medios. Si bien el Tribunal Constitucional Federal tiene que influir necesariamente con bastantes de sus fallos en el ámbito político, su legitimación material reside en que él adopta sus decisiones desde la distancia respecto de las intencionalidades políticas y se funda exclusivamente en el Derecho y especialmente en la Constitución. En los espacios libres, en los que son posibles alternativas diversas, pueden actuar distintas posiciones políticas. Pero la legitimidad de la jurisprudencia constitucional se asienta en la convicción de que ella es algo distinto esencialmente a la continuación de la política con otros medios, llevada por un órgano que, fuera de los aspectos extrajurídicos,

(24) Las cifras anteriormente, n. 15.

(25) Pruebas en GECK I, p. 39.

no está mejor legitimado —tanto desde el punto de vista democrático como de su capacitación técnica— que los propios órganos de decisión política. Por esta razón es a la larga extraordinariamente peligroso para el prestigio e influencia de un Tribunal Constitucional que sea tomado como un órgano *político* más del Estado. En una perspectiva de futuro, a esto conducirá el nombramiento de los jueces practicado como se viene haciendo. Si el Tribunal sigue gozando de un gran prestigio, a pesar de esta práctica seguida en la designación —que se critica incluso con desprecio—, obedece probablemente a que no se la conoce todavía. Pero esto no va a seguir siempre así. Cuando se difunda que una circunstancia decisiva en el nombramiento de la mayor parte de los jueces es la vinculación con el partido político que lo propone, la consecuencia necesaria será la creencia de que la jurisprudencia constitucional en cuestiones políticas no es más que la continuación de la política por otros medios. Esto tendrá consecuencias graves sobre el prestigio y autoridad del Tribunal.

C) *Propuesta de reforma*

Desde hace tiempo existen propuestas para atenuar la pérdida de legitimación democrática que lleva aparejada la práctica de la designación, sobre todo por el decisivo peso que tiene el criterio de selección de la «coincidencia del candidato con las posiciones políticas básicas del partido que lo propone». Por vía de ejemplo, sólo mencionaremos aquí dos propuestas importantes para la reforma de estas normas; concretamente, las propuestas de BILLING y KRÖGER (26). Ninguna de las dos, como tampoco cualquiera otra, tienen posibilidad alguna de éxito en un futuro previsible. Los partidos políticos que dominan el procedimiento no se sienten inclinados a limitar sus posibilidades de ejercicio del poder mediante una reforma de las leyes o incluso de la Constitución. Cualquier modificación de las normas que regulan el procedimiento de nombramiento abriría probablemente la «caja de Pandora». Finalmente, ninguna de las propuestas hasta ahora formuladas garantiza una mejora sustancial en los puntos verdaderamente críticos; más bien existe el peligro de que los nombramientos siguen poseyendo un fuerte contenido político cualquiera que sea el procedimiento jurídico elegido.

Puesto que una mejora del procedimiento de elección utilizado no tiene posibilidades de éxito en un futuro previsible, queda sólo el recurso de

(26) BILLING, pp. 301 y ss.; KRÖGER, pp. 98 y ss. Ambas propuestas están recogidas en GECK, pp. 42 y ss.

apelar a los órganos de elección y a los partidos políticos que actúan en ellos. Estos deberán poseer un sentido del Estado y del orden constitucional y dar una mayor importancia al cuidado debido por la institución del Tribunal Constitucional que les ha sido confiada que a los intereses partidistas. Las decisiones de los órganos de designación no tienen por qué ser meras ratificaciones de actos de una reducida comisión preparatoria o incluso de personas aisladas. A pesar de la constante necesidad de coordinación entre el grupo de compromisarios y el Bundesrat, es posible extender la base interna de decisión en los respectivos órganos, sin tener necesidad de reformar las normas jurídicas. Las propuestas de un órgano podrían ser sometidas al examen del otro. Esto podría atenuar las reservas sobre los elegidos respecto de su legitimación democrática. Más importante es aún la ampliación del círculo de personas sobre las que se realiza la elección. Los grandes partidos políticos deberían en el futuro hacer un mayor uso de la posibilidad de proponer y elegir conjuntamente a candidatos que no sean miembros o simpatizantes de algún partido, sino que son idóneos desde su calificación personal. La designación de un número mayor de «neutrales» establecería un cierto equilibrio, ya que a los pequeños partidos políticos o bien le otorga el partido coaligado la posibilidad de formular una propuesta o no tienen influencia alguna. En el mismo sentido, el mayor número de «neutrales» podría contribuir a eliminar la impresión de que en las decisiones del Tribunal Constitucional Federal en cuestiones políticas de importancia y discutibles se da una continuación de la política con otros procedimientos. Tanto el Gobierno como la oposición en la Federación y en los Länder, al igual que los partidos y los grupos parlamentarios, deberán tener siempre presente que «contribuyen a enterrar a la justicia constitucional como órgano del tercer poder tanto más cuanto con mayor fuerza mezclen la designación de los jueces constitucionales en el repartimiento de cargos políticos» (27). Los intereses que obstaculizan un procedimiento mejor de elección son manifiestos. En todo caso, no se debería abandonar la esperanza de que el respeto hacia la institución que es el Tribunal Constitucional Federal, a su posición, misión y posibilidades de influencia, ante una presión de la opinión pública —que se está

(27) BETTERMANN, p. 746. Peligros semejantes se dan en la designación de los jueces federales a través de la comisión de designación de jueces (Richterwahlausschuss, según el artículo 95,2 GG, y en la que el SPD propone la introducción de la mayoría de los dos tercios. Hay que temer, desgraciadamente, que ésta no conduzca a un equilibrio, sino que llevaría a la introducción de un repartimiento proporcional entre los partidos, como el que se critica por casi todo el mundo en el Tribunal Constitucional Federal. Véanse las numerosas pruebas en GECK I, pp. 45 y ss.; véase también la referencia a circunstancias que se oponen a las esperanzas manifestadas en el texto.

haciendo verdaderamente necesaria—, sería más fuerte que la imposición miope de los intereses políticos y de los «propios» candidatos. El autocontrol que aquí se espera ejerzan los partidos políticos exige de éstos menos sacrificios de los que supondría una consecuente reforma legislativa. Ninguna de las partes «entregaría» más que la otra, y al contrario de lo que sucede en el reparto de cargos por los partidos, la reciprocidad en la renuncia se podría calcular con bastante exactitud. La pérdida de influencia en ese reparto sería pequeña, teniendo que soportar un mayor grado de incertidumbre sobre el resultado final de determinados procesos políticos. Esta autolimitación sería revisable en todo momento. Los partidos políticos podrían estar seguros de la aprobación general.

IV. LA DURACION DEL MANDATO

1. *Argumentos en favor de la actual regulación del mandato y su crítica*

De conformidad con el § 4 BVerfGG 1951, habían de ser elegidos cuatro magistrados en cada Sala (de los doce que entonces tenía) de entre los magistrados de los Tribunales Supremos federales por el tiempo que durase su vida activa, es decir, hasta los sesenta y ocho años de edad; los otros jueces eran elegidos por un período de ocho años. En los jueces nombrados por tiempo determinado era posible la reelección. Desde 1970 hay magistrados constitucionales federales por período determinado, en principio por doce años, lo más tarde hasta el cumplimiento de los sesenta y ocho años. La reforma de 1970 tendía a conferir a todos los magistrados básicamente el mismo *status* y a robustecer a la vez la independencia de los jueces nombrados por tiempo concreto. El abandono del mandato de por vida, es decir, hasta la edad de jubilación, debería impedir una esclerotización del Tribunal, como tenían determinados círculos, y fortalecer la legitimación democrática por la limitación temporal. Para los magistrados nombrados con un mandato temporal, la prolongación del período del mandato de ocho a doce años significó una mejora sustancial. La eliminación de la reelección resolvió el incómodo problema de quién tenía que decidir sobre la reelección de los magistrados constitucionales y de acuerdo con qué criterios éstos han tenido o no éxito en su función. Esta exclusión le pareció también oportuna al legislador a la vista de la introducción del voto separado: «Había que eliminar

toda posibilidad de relacionar en el caso concreto la formulación de un voto disidente y el ejercicio del derecho de nombramiento» (28).

Hay que felicitarse del abandono de las dos categorías de jueces con distintos períodos en su mandato y de la prohibición de la reelección. Hay que lamentar, sin embargo, que el legislador no se haya decidido a consagrar el mandato hasta una determinada edad, de preferencia hasta el cumplimiento de los sesenta y ocho años. Las razones por las que no lo hizo no son convincentes. La apelación a una mejora de la legitimación democrática mediante la limitación del tiempo del mandato es absurda. Fuera del Gobierno de 1970 nadie puso en duda la legitimación democrática de los jueces elegidos hasta el cumplimiento de los sesenta y ocho años. Es discutible también la consideración de la exposición del Gobierno «de dar al Tribunal nuevos impulsos con la elección de nuevos jueces, y a los que no puede renunciar la jurisprudencia constitucional, si es que ha de mantenerse en línea con las diversas necesidades, en constante crecimiento, de una sociedad competitiva en permanente cambio». Tampoco convence este argumento. La edad media de los elegidos se sitúa alrededor de los cincuenta años o un poco superior. Por tanto, los magistrados constitucionales con un mandato que durara hasta los sesenta y ocho años permanecerían seis años más que con la actual reglamentación del mandato por doce años. Por tanto, no quedan eliminados los nuevos impulsos imprescindibles para la armonización de la justicia constitucional a las nuevas exigencias. Queda igualmente poco claro en la reforma de 1970 qué es lo que significa el fin establecido de la adaptación a las nuevas exigencias de una sociedad moderna competitiva. La jurisprudencia constitucional no se puede orientar hacia cada una de las líneas sociales y políticas que se pongan de moda. Por lo demás, en modo alguno ha sido probado que el Tribunal Constitucional Federal haya comprendido peor el *necesario* progreso que el propio legislador (29). La composición del Tribunal no resulta sólo modificada por la edad de jubilación, sino por la inhabilitación por enfermedad, por la muerte o por la renuncia voluntaria, y contribuyen así a posibilitar la adaptación de la jurisprudencia a las nuevas necesidades. Si ya la argumentación del Gobierno no convence en los puntos que aquí hemos mencionado, hay todavía otros adicionales que hablan en favor de la tesis de la fijación del mandato hasta la edad de la jubilación. Es innegable que bastantes magistrados constitucionales federales, en la actual reglamentación y no obstante una plena capacidad física, solicitan la

(28) Tal es el tenor de la exposición del Gobierno (BR Drucks 678/69, p. 6). Véase sobre cuestiones fundamentales en LAUFER, pp. 215 y ss. y 249 y ss.

(29) GECK I, pp. 51 y ss.

jubilación anticipada. Ciertamente, tienen garantizada una adecuada pensión; no obstante, podrán ser empleados —en la medida en que no fueren catedráticos de Universidad o jueces en un Tribunal Supremo federal— en una actividad equivalente y en situación semejante a la anterior cuando había reelección. Si el deseo de la reelección fuera un peligro para la independencia interna del juez, según el Gobierno y el legislador de 1970 supusieron, el mismo argumento, con pequeñas atenuaciones, valdría igualmente para una nueva actividad equivalente. La terminación del mandato en magistrados con gran experiencia, en el momento álgido de su capacidad profesional, significa también una pérdida sensible para el Tribunal y para la sociedad, no en última instancia en relación con la continuidad y firmeza en la jurisprudencia. Finalmente, hay que tomar en cuenta también el largo período de aprendizaje. Los especialistas del Derecho constitucional no tienen, en general, una gran experiencia como jueces; los jueces experimentados han de ejercitarse en el Derecho constitucional; algunos jueces tienen que aprender lo uno y lo otro (30).

2. *La fijación del tiempo del mandato en casos particulares, en especial la terminación anticipada*

El día del nombramiento es el que fija el comienzo y la terminación del mandato. En el caso normal, la función judicial concluye con el paso a la jubilación (§ 98,1 BVerfGG). El límite de edad con el que termina la función judicial aun antes del transcurso de los doce años del mandato es, de conformidad con el § 4,3 BVerfGG, «el fin del mes en el que el juez haya cumplido los sesenta y ocho años». A causa del frecuente retraso de los nombramientos, de acuerdo con el § 5,4, es importante saber cómo los jueces continúan ejerciendo sus funciones hasta el nombramiento de su sucesor.

La *terminación anticipada del mandato judicial* está motivada por diversas causas y tiene lugar según determinados procedimientos. El § 12 BVerfGG ha sido aplicado varias veces; en él se prevé el derecho de los jueces a solicitar la baja. El § 98,2, en relación con el § 105,1,1 BVerfGG, prescribe en el supuesto de incapacidad permanente del juez el *pase a la jubilación*. El procedimiento está configurado de tal manera que no suponga riesgo para la independencia judicial. Lo mismo vale para una *separación del servicio de carácter disciplinario*, de conformidad con el § 105,1,2 BVerfGG. Presupuesto para ello es que un juez «realice un acto deshonesto o sea cas-

(30) Véase, sobre todo, Geck I, pp. 52 y ss., con ulteriores referencias.

tigado por sentencia firme con una pena superior a seis meses o cuando sea culpable del incumplimiento de una obligación grave de modo que resulte imposible la continuidad en la función». No han tenido aplicación todavía ni el procedimiento previsto en los §§ 98,2 y 105,1 BVerfGG ni la separación del § 105,1 n.º 2 BVerfGG. No podemos entrar aquí en detalles, como tampoco considerar la relación en que están el § 105 BVerfGG con el artículo 98,2 LF y los §§ 18, 19 y 21 de la DRiG, así como los casos no comprendidos por el § 105 BVerfGG, y según los cuales, y de conformidad con las normas de la ley alemana sobre los jueces (Ley Orgánica del Poder Judicial), causan separación del servicio, o ha de ser separado o su nombramiento tiene que ser revocado (31).

V. INCOMPATIBILIDADES O ACTIVIDADES SECUNDARIAS

La regulación de las *incompatibilidades* del artículo 94,1 LF y el § 3,3 BVerfGG es plasmación del principio constitucional de la división de poderes, según la cual un juez no puede ejercer a la vez funciones del poder legislativo o ejecutivo (§ DRiG). El *status*, el decoro, las tareas y la carga de trabajo de los jueces constitucionales federales no permite otra actividad profesional de los magistrados constitucionales federales. La excepción en el § 3,4,2 para profesores de Derecho en una Universidad alemana es aceptada solamente en la medida en que las tareas judiciales no sufran perjuicio. Actividades secundarias como una dedicación de escritor, científica o docente, conferencias en la radio o televisión son admisibles sin necesidad de autorización, pero evidentemente deben ceder el paso a la actividad principal. En el ejercicio de estas actividades secundarias se impone una especial prudencia con el fin de no poner en riesgo la confianza y la independencia, la neutralidad e imparcialidad de los jueces. De conformidad con los §§ 69 y 41 DRiG, se prohíbe a los jueces federales formular dictámenes o dar consejos jurídicos a cambio de dinero. El § 41,2 DRiG no se aplica a los catedráticos que sean jueces en el Tribunal Constitucional Federal. El § 101 especifica los casos de incompatibilidad. Mientras que los funcionarios o los jueces, bajo la reserva del § 70 de la DRiG, causan baja en su función con el nombramiento como magistrados constitucionales, no sucede así con los catedráticos de Derecho en una Universidad alemana, en la que conservan sus derechos, aunque no sus obligaciones. El § 101,3,3 BVerfGG da expre-

(31) Véase sobre ello GECK I, pp. 56 y ss.

sión a la confianza de que un juez constitucional, catedrático en una Universidad, continúe ejerciendo sus funciones en ella en la medida que lo permitan sus obligaciones como magistrado. El § 104 BVerfGG contiene normas respecto de abogados y, en conexión con el § 101,1,2 BVerfGG, también respecto de notarios.

VI. NORMAS QUE REGULAN LA FUNCION DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES FEDERALES

Juntamente con la Ley Fundamental y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal, son de aplicación aquellos preceptos de la ley alemana sobre jueces «en la medida en que sea compatible con la situación especial de estos jueces según la Ley Fundamental y la Ley Orgánica del Tribunal» (§ 69 DRiG). Para la adecuada comprensión de las obligaciones como juez, y en especial de la imparcialidad e independencia, es esencial tener en cuenta la función especial del Tribunal Constitucional Federal y las de sus magistrados, y que aquí sólo podemos tratar de modo esquemático (32).

1. *La imparcialidad e independencia judicial*

A) *La misión especial del Tribunal Constitucional Federal y de sus magistrados*

El Tribunal Constitucional Federal se ha configurado —y no en última instancia mediante la apelación al § 1,1 BVerfGG— como uno de los órganos supremos federales y al que de modo impreciso se les denomina *órganos constitucionales* porque su existencia, *status* y competencias se asientan en la Constitución misma, dejan su impronta en la esencia misma del Estado a través de su existencia y actividad y participan de una u otra forma en la suprema dirección del Estado. Para la comprensión de los deberes de los magistrados es decisivo el *carácter judicial* del Tribunal Constitucional Federal, tal y como se manifiesta de modo especial en el artículo 92 LF y § 1,1 BVerfGG. En defensa de la tesis de que el Tribunal Constitucional Federal, no obstante esas normas, no pertenece al poder judicial ni es propiamente un Tribunal, se dan los siguientes argumentos: el Tribunal Constitucional Federal posee una

(32) Con más detalle, GECK I, pp. 61 y ss.

especial conexión con los órganos políticos de decisión del Estado; los criterios de decisión son en parte criterios políticos, o al menos muy condicionados políticamente; la Ley Fundamental, con sus numerosas cláusulas generales imprecisas, fijación de misiones y fines del Estado y exigencia de compromiso entre concepciones diversas en materias importantes, es insegura como criterio de decisión. En esta posición, los magistrados constitucionales aparecen menos como intérpretes y ejecutores del Derecho y más como libres creadores de éste, dentro de ciertos límites. Todas estas afirmaciones contienen una parte de verdad, pero no expresan el fondo de la misma.

Muchas de las sentencias del Tribunal Constitucional Federal producen un efecto mayor y más profundo en el ámbito político al que tienen las de otros Tribunales. En ese sentido existe una mayor proximidad respecto de los órganos del Estado de naturaleza política. Muchas de las normas de la Ley Fundamental, incluso las especialmente importantes, poseen un notable grado de indeterminación y, en consecuencia, ofrecen un grado correlativo de libertad al intérprete, quien las recrea al aplicarlas. Pero aun en una concepción de la interpretación constitucional como concreción y, por consiguiente, dándole un carácter creador que sea más la atribución de un contenido que la explicitación del que ya poseía (tesis de KONRAD HESSE y HANS HUBER), la interpretación de la Ley Fundamental tiene más puntos de semejanza que de disparidad con la determinación de las condiciones de validez, de interpretación y aplicación de otros textos legales. En la interpretación de leyes también otros Tribunales tienen que habérselas con cláusulas generales y tienen que armonizar escalas de valores encontradas en importantes esferas de la vida. La extensión y agudización de problemas interpretativos, que ya se dan en otros Tribunales, y la ampliación en el caso del juez constitucional de la construcción jurídica, no afecta en nada al carácter propiamente judicial del Tribunal Constitucional Federal (33). Por esta razón, él está en la obligación de decidir mediante la sola aplicación de la Ley Fundamental y las demás leyes obligatorias incluso aquellas cuestiones que posean un trasfondo político y produzcan amplios efectos en el campo político (artículos 1,3, 20,3 y 97,1 LF: [El Tribunal] «únicamente está sometido a las leyes»). Mientras el Tribunal Constitucional Federal pronuncie el Derecho sobre esta base, actúa no sólo en perfecta legalidad constitucional, sino también con plena legitimidad, incluida la democrática. Esta legitimación solamente opera en tanto que el juez constitucional no se conciba a sí mismo como una parte de las fuerzas políticas entre las demás y se sitúe así fuera

(33) Véase, en especial, KLAUS SCHLAICH, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen», *VVDStRL* 39 (1981), pp. 99 y ss. (106). Véase también pp. 114, 132.

de la Constitución. En asuntos de carácter político no está el Tribunal ni mejor legitimado ni más capacitado que los propios titulares del poder. El exclusivo sometimiento a la ley es al mismo tiempo la única legitimación jurídica de la posición de los jueces en el sistema de la división de poderes y del *status* especial de los jueces independientes. Una mayor o menor legitimación desde la politología o la sociología no puede suplantar a la legitimación por el Derecho. El juez no está legitimado en tanto que cuasi legislador o como «ingeniero social» a traducir en la realidad sus propias concepciones políticas. El inevitable y ocasional influjo de las preferencias políticas de los jueces en sus fallos no puede ser utilizado como argumento para justificar la legalidad y legitimidad de tales comportamientos judiciales; no se puede hacer de la necesidad virtud. No se puede admitir que se emplee como justificación de jueces que utilizan su toga como si fueran políticos la aceptación generalizada hoy de que hay una toma de posición previa en muchos problemas y que condiciona muchas decisiones en el ámbito del Derecho constitucional o en la tan discutida cuestión de la elección del método. Son, por el contrario, los propios jueces constitucionales quienes en los casos difíciles, que son los menos, aunque especialmente importantes, deberán examinarse sobre sus propios prejuicios, en especial sobre sus preferencias políticas, en la medida en que esto sea posible. Ellos deberán esforzarse por conseguir una justa interpretación —en caso necesario por una interpretación creadora de la Ley Fundamental— utilizando los medios reconocidos y distanciándose de las propias preferencias políticas. La Ley Fundamental no exige lo imposible cuando no tolera la utilización de la justicia como continuación de la política por otros medios; ella toma en cuenta al juez constitucional, como hombre que es, con todas sus particularidades, incluidas sus imperfecciones. Pero los fines políticos que éste tenga no deben situarse al principio de la interpretación o concreción, sino solamente aparecer al final en los casos del *paribus ceteris*. El margen de discrecionalidad en la interpretación y concreción, en el cual pueden penetrar las preferencias políticas del juez, deben seguir siendo responsabilidad del juez y no puede transformarse en juego político. Puesto que no es posible controlar el cumplimiento de este deber, sigue siendo decisivo el concepto que el juez tenga de su función, su autocontrol y su *ethos*.

De este esquema de ideas se derivan consecuencias esenciales para la imparcialidad e independencia judicial.

B) *La imparcialidad del juez y el modo de garantizarla*

La imparcialidad judicial pertenece a los caracteres esenciales de la judicatura y al modelo ideal de todos los jueces alemanes. El juramento del cargo, según el § 11,1 BVerfGG, incluye el deber de imparcialidad, si bien no está incluido de modo expreso en él el juicio «sin acepción de personas» del § 38,1 DRiG. La imparcialidad significa que en el tratamiento y en la decisión de los casos concretos no pueden tener relevancia cuestiones ajenas a ellos. En esta fórmula general se esconden ciertamente muchos problemas, y no podemos entrar aquí en concreciones respecto del Tribunal Constitucional Federal (34). Cuestión ajena es especialmente la decisión según las opciones políticas del juez. La exclusión o recusación de un juez según los §§ 18 y 19 BVerfGG protegen, de un lado, a las partes en el proceso frente a la parcialidad; del otro, a una de las notas esenciales de la justicia y a la confianza en el Tribunal. De conformidad con la BVerfGG, arts. 21, 139 (145 y ss.), es fundamental para la función judicial que ésta sea ejercida de modo neutral e independiente respecto de las partes en el proceso. La BVerfGG, arts. 46, 34 (35 y ss.), presupone la relación en que están la recusación del juez con el *derecho al juez natural*, según el artículo 101,1 de la LF, cuyo cumplimiento deberá comprobar el juez de oficio. En las observaciones que siguen no podemos entrar en el examen de casos concretos; nos limitaremos a mencionar brevemente de qué modo el procedimiento constitucional trata de garantizar la independencia de los magistrados constitucionales, y en este punto es decisiva la interpretación que el Tribunal Constitucional Federal ha hecho de los §§ 18 y 19 de la BVerfGG.

a) *La exclusión de un juez*

La exclusión prevista en el § 18,1 de la BVerfGG tiene lugar en virtud de la ley. Se procede de oficio a la comprobación de si existen causas de exclusión, sin que tenga relevancia la posición de las partes en el proceso. El acuerdo de exclusión tiene carácter declarativo. Ocasionalmente pueden surgir problemas en la cuestión de si el juez afectado puede, de conformidad con el § 18,1 número 1 BVerfGG, participar en la deliberación. Según la BVerfGG, 47, 105 (108: comisión de tres), la ley establece como causa de exclusión «la relación particularmente estrecha y particular del juez con alguna de las partes o con la cuestión litigiosa». No basta, por tanto, un interés

(34) Véase la investigación meticulosa de RIEDEL, con gran abundancia de referencias incluso sobre la justicia constitucional.

mediato con el objeto, en el sentido, por ejemplo, de que sea contribuyente o accionista o que la sentencia produzca efectos generales sobre ese grupo de personas (35). En los fallos BVerfGE 47,105 se trataba únicamente de la aplicación del § 18,1, número 2, de la BVerfGG. No obstante, el auto de la Sala BvL 19/84, de 14 de mayo de 1986, BVerfGE ha aplicado el principio de la estricta conexión con el proceso al supuesto del § 18,1, número 1, con la exclusión de un juez que había adoptado un acto administrativo en relación con el objeto del proceso. El § 18,2 BVerfGG declara expresamente que no puede tomar parte «quien a causa de su situación familiar, de su profesión, de su origen, de su pertenencia a algún partido político o a causa de un motivo equivalente tenga interés en el proceso». Los dos últimos puntos son los más importantes.

Al contrario de lo que sucede en los demás jueces, se le permite a los jueces constitucionales pertenecer a un partido político; en todo caso, la norma tiene efecto declarativo. Al margen del interés genérico en una determinada solución en un proceso, en determinadas circunstancias pueden aparecer casos particulares; son ejemplo de éstos una estrecha vinculación con las partes en el procedimiento sin que exista una relación de parentesco próximo o de agnación, según el § 18,1 número 1 BVerfGG, o la posesión de un fuerte paquete de acciones de una empresa que está afectada por el resultado del proceso. Circunstancias especiales del caso concreto pueden ser también causa de exclusión, o de recusación según el § 19 BVerfGG (36).

No tan infrecuente como la exclusión sobre la base del § 18,1 BVerfGG es la causa prevista en el número 2 por razón de una anterior actividad como funcionario o como profesional en el asunto litigioso (37). Pero también aquí las exigencias son fuertes. Según el § 18,3 BVerfGG, no son causas bastante de exclusión la anterior «participación en el proceso legislativo» o «la manifestación de una opinión científica sobre un problema jurídico» que pueda ser relevante en la solución del caso. Se entiende como participación en el proceso legislativo según la BVerfGE 2,298 y 299 no sólo la actividad de los miembros del Bundestag y del Bundesrat, sino también la de los funcio-

(35) Sobre detalles véase FRANZ KLEIN en *BVerfGG Komm.*, números marginales 2, 7 y ss. al § 18 (año 1979). Según KNÖPFLE (pp. 149 y ss.), el § 18,1 necesita «el complemento a través de VwGO y el ZPO».

(36) En este sentido, KLEIN (n. 35), números marginales 4, 6 y ss. al § 19 (año 1979); RIEDEL, pp. 60 y ss. y 70 y ss. Véase, sobre los esfuerzos del Tribunal de hacer más difíciles las causas de recusación con la apelación al § 18,3 BVerfGG, el epígrafe *b*).

(37) BVerfGE 11,1 (3); 25,336 (343); 30,149 (153 y ss.); 31,314 (321); 51,356 (361); 53,313 (323); 55,114 (125). No hubo exclusión alguna en los casos BVerfGE 1, 66 (67); 47,105 (107); 58,177 (188).

narios en la Presidencia del Gobierno federal o como secretario de la comisión jurídica del Bundesrat. La expresa excepción en favor de la manifestación de opiniones científicas de entre las actividades anteriores que generan la exclusión fue introducida por la reforma de 1970 y tiene su origen en la exclusión producida en el caso Leibholz (BVerfG1 20,1 y 20,9). El § 18 materializa la voluntad del legislador de garantizar la contribución de la experiencia en el Tribunal Constitucional Federal de ministros, parlamentarios y científicos, no obstante la actividad profesional anterior de éstos en el caso concreto, mientras la imparcialidad de los mismos no resulte amenazada por circunstancias *especiales*. El riesgo suplementario que ello conlleva no es demasiado alto para garantizar esta deseada participación de diputados, ministros y catedráticos en la justicia constitucional. En todo caso queda abierta la posibilidad de la recusación en circunstancias especiales, según el § 19 de la BVerfGG (38).

b) *La recusación de los jueces*

De acuerdo con el § 19,1,3 BVerfGG, cualquiera que sea parte en el procedimiento puede recusar a un juez o el mismo juez declararse a sí mismo incompatible. Según la jurisprudencia, no son partes procesales en ese sentido ni el órgano que sentencia, su presidente o sus miembros, ni, de conformidad con el § 77 BVerfGG, los portavoces en los recursos de nulidad por inconstitucionalidad o las partes en las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por jueces o Tribunales (39). Es discutible esta interpretación restrictiva en los dos procedimientos sobre control normativo (40). Precisamente por eso deberá tener lugar en tales casos un autocontrol meticuloso bajo la perspectiva del § 19,3 BVerfGG (41). A pesar de que la petición de

(38) Véanse las tres decisiones bajo los números de registro 1 BvR 344/51; BVerfGE 2,295-300; KLEIN (n. 36), números marginales 8 y ss. sobre el § 19, pero también la última frase de la n. 36. En el caso de los parlamentarios y de los políticos, que en tanto que ministros participan en la legislación, los órganos de designación tienen una responsabilidad especial para establecer una cuidadosa previsión sobre si un político comprometido puede llegar a ser un juez constitucional que sepa guardar las distancias.

(39) BVerfGE 1,66 (68); 46,43 (40,34); 42,90 y ss.

(40) Véase GERD SÄLZER und REINHARD RUPPRECHT, *NJW* 24 (1971), 1204 y 2249, así como la crítica de WASSERMANN, pp. 471 y ss., y KLEIN (n. 36), nota marginal 10.

(41) BVerfGE 46,34 (42) establece que «la negativa a declararse a sí mismo incompatible, a pesar de que exista claramente un caso de incompatibilidad legal», es «una falta grave en el desempeño de la función»; en todo caso, ésta sólo puede ser castigada por el procedimiento previsto en el § 105 BVerfGG, con lo que tal obligación es prácticamente no sancionable.

recusación de una parte en el procedimiento, según lo que prevé el § 19,2 BVerfGG, solamente parece admisible *hasta* el comienzo de la fase oral, debería ser posible la exclusión inmediata *en* la fase oral cuando las causas para ello se han producido entonces o son entonces conocidas. También aquí se trata de la garantía del juez natural. La Sala Segunda, con ocasión del conflicto de competencias entre órganos de «los verdes», no rechazó de plano, con razón, una recusación planteada en la fase oral, sino que, juzgándola en el fondo, la desestimó como infundada. En el apartado A.VI del fallo se dice: «Una petición de recusación formulada *al principio* del debate... y basada en la falta de imparcialidad fue rechazada en la fase oral por una decisión unánime de la Sala» (42). Esta desestimación deberá ser fundamentada. El afectado deberá ser oído (43). La decisión será tomada por el Tribunal con exclusión de la persona afectada. En caso de empate decide el voto del presidente. Tribunal, en el sentido del § 19,1,3 BVerfGG, es la Sala que está conociendo, constituida, por tanto, según el § 15a BVerfGG (44). En el caso de que un juez plantee su propia exclusión, será igualmente la Sala quien resuelva.

Según BVerfGE 20, 26 (29 y ss.), es suficiente para la autoexclusión «que el juez ponga de manifiesto que se dan circunstancias que pudieran motivar una duda acerca de la imparcialidad» y que, por consiguiente, él estaría «dispuesto» a renunciar a participar en el procedimiento. De acuerdo con el auto 1 BvR 1046/85, de 4 de junio de 1986 (EuGRZ, 13 [1986] 436), el presidente de la Sala «expuso la existencia de circunstancias que podrían justificar dudas sobre su imparcialidad». La Sala aceptó la autoexclusión; desde el punto de vista razonable del recurrente —que es aquí lo decisivo—, la participación como ministro en la decisión del Gobierno puede suscitar dudas sobre la independencia de juicio del juez.

(42) Sentencia de 14 de julio de 1986; EuGRZ 13 (1986), 393 (399). El subrayado no está en el original.

(43) BVerfGE 11,1 (3) establece una excepción en la obligación de manifestación en los casos de clara inadmisibilidad de la petición de recusación. Véase también BVerfGE 11,343 (348). En el procedimiento previsto en la n. 42, tanto la motivación de la recusación como la desestimación de ésta no se deducen ni de la sentencia ni de la unánime decisión que según ésta tuvo lugar. Por no estar debidamente documentada, no puede ser tenida en cuenta en las observaciones que siguen ni la recusación ni de su desestimación. El autor agradece al director del Tribunal Constitucional Federal la comunicación de que la *motivación* de la recusación, que fue planteada por primera vez en la fase oral, fue debatida en la sesión de 17-3-1986 y recogida en acta.

(44) En este sentido, BVerfGE 11,1 (3); 18,37 y ss.; 47,105 y ss.; sobre las comisiones formadas por tres miembros y el auto de la primera sección de la Sala Segunda del 1-10-1986 (2 BvR 508/86) sobre las secciones.

Las decisiones sobre una exclusión tienen carácter constitutivo y hasta la reforma de 1985 originaron una reducción de los magistrados componentes de la Sala y con ello suscitaban dudas sobre el *quorum* establecido en el § 15 BVerfGG, fijado desde 1956 en seis jueces. Desde la nueva redacción del § 15,2 BVerfGG hay una *regla especial* de sustitución que prevé también el caso de la recusación o de la autoexclusión: «De conformidad con el § 19,4 BVerfGG, se designará por insaculación al magistrado de la otra Sala que haya de hacer la sustitución». Esto no es aplicable para el presidente de Sala. Mediante modificación del reglamento interno son regulados los detalles (BGBl, 1986 I 1031). El mencionado auto de la Sala Primera, de 4 de junio de 1986, cree que con él, el aludido peligro de la anterior jurisprudencia de carecer de *quorum* «ha sido eliminado en gran medida».

Los *criterios sobre las dudas respecto de la imparcialidad* plantean numerosos problemas. El Tribunal Constitucional Federal ha partido, con acierto, constantemente en su jurisprudencia de los *principios generales del proceso*, que se han ido configurando al filo de otras leyes procesales por la doctrina y por la jurisprudencia. Desde el caso Leibholz, por ejemplo, BVerfGE 20,1 (5) y 20,9 (14), el § 19 BVerfGG conecta con «el tradicionalmente bien asentado principio en el Derecho procesal alemán de la preocupación por la imparcialidad», y la recusación por esta causa está justificada «cuando exista un motivo que sea bastante a justificar la recusación de un juez por esta razón» (véase § 24 StPO, § 42 ZPO). No se trata, por tanto, de que el juez en la realidad sea parcial o pueda serlo, o que él mismo estime que carece de esa imparcialidad. En última instancia, lo que decide es que alguna de las partes en el proceso, en una razonable ponderación de todas las circunstancias, tenga motivos para dudar de la libertad de juicio y objetividad de un juez. De acuerdo con esa jurisprudencia constante, generalmente aceptada y, ciertamente, acertada, puede producirse la exclusión de un juez no porque se dé objetivamente una causa de recusación, sino porque en una razonable valoración de todas las circunstancias que concurren haya motivos para dudar de la objetividad de éste (45). Se trata, en primer lugar, de la duda subjetiva de alguna de las partes en el proceso sobre la independencia de juicio y objetividad del juez, y puesto que ese rechazo puede estar muy

(45) Jurisprudencia constante: BVerfGE 20,1 (5); 20,9 (14); 32,288 (290); 35, 171 y ss.; 35,246 (251); 43,126 y ss.; últimamente, el caso Simon, de la Sala Primera, de 12-7-1986, *EuGRZ* 13 (1986), 436 y ss. Véase, como ejemplo sobre las reglas fundamentales del Derecho procesal alemán, por ejemplo, PETER HARTMANN, § 42, en BAUMBACH y otros, *ZPO*, 44, edic. 1986; GERD PFEIFFER, § 24 STPO, en *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, editado por PFEIFFER, 1982, así como RIEDEL, en especial pp. 5 y ss.

determinado por la posición personal de la parte, hay que proceder a juzgar objetivamente el planteamiento que ésta haga desde una valoración razonable de todas las circunstancias. La falta de libertad de juicio de un juez por razones personales respecto de alguno de los litigantes será caso muy raro; más importante es esa misma falta de libertad respecto del asunto litigioso. En aquellos casos en los que no fueran suficientes para una exclusión de oficio, la existencia de circunstancias adicionales podrían motivar una recusación (46). En la fijación de los casos concretos desde esos principios tradicionales se plantean problemas en los cuales no podemos entrar aquí.

Problemas fundamentales aparecen, en cambio, en la doctrina sentada por la Sala Segunda en 1972, que ha hecho muy difícil la recusación por la aplicación de las particularidades del procedimiento constitucional. En primer término está el fallo en el caso Schlabrendorff (BVerfGE 32,288 [291 y ss.]). En él, el juez afectado se había manifestado en favor de las dudas expresadas por los reclamantes; otros dos magistrados, en contra del criterio de la mayoría, fueron de la misma opinión. La doctrina sentada en el caso Schlabrendorff fue confirmada y ampliada. La Sala, a la frase ya mencionada «de la razonable valoración de todas las circunstancias», añadió los siguientes puntos: la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal ha establecido para la exclusión de sus magistrados unas causas especialmente exigentes (§ 18,2 y 3) que han de tener su influencia en la recusación por falta de independencia; al contrario de lo que ocurre en otras instancias, el éxito de una recusación determina la exclusión de una posible influencia sobre la solución final y la autoridad de la propia decisión; la Sala podría ser colocada en situación difícil, siendo manipulada o incluso haciéndola incapaz de adoptar una decisión a través de la presentación intencionada de recursos precisos de recusación; en un Tribunal de la categoría del Tribunal Constitucional Federal y en un procedimiento especial de nulidad con mayoría cualificada y de ordinario por unanimidad, formada por jueces elegidos por el Bundestag y el Bundesrat, hay razones básicas para presuponer la independencia personal y distancia respecto de las partes en el recurso y, por tanto, la independencia y objetividad de las partes procesales en un «proceso público»; esto especialmente de los órganos constitucionales de los Länder y del Bund, de los que se puede esperar tengan confianza en los jueces del Tribunal y no abriguen dudas sobre su independencia. En base a estos argumentos fue desestimada la solicitud de exclusión por seis votos contra el del magistrado WAND (47). De acuerdo con el voto disidente de WAND, hay que re-

(46) Véase anteriormente ns. 36 y 38.

(47) Voto separado de WAND, BVerfGE 35,175 y ss., dirigido únicamente contra la *motivación* del auto. Más tarde profundizado en el trabajo «Zum Begriff 'Besorgnis

chazar de plano los obstáculos suplementarios a la exclusión. El agravamiento de las causas generalmente aceptadas de recusación de jueces mediante la apelación a las causas de exclusión de oficio no convence. Recusación y exclusión tienen distintos supuestos, con diferentes consecuencias jurídicas. La exclusión por obra de la ley impone mayores exigencias a la que necesita la recusación por obra de las partes en el proceso (tal ha sido la tesis mantenida unánimemente por la Sala Primera en BVerfGE 46,34 [37] con una laudable claridad). De esta forma, de las limitaciones sobre las causas de exclusión no puede deducirse consecuencia alguna para el otro supuesto de la recusación de los jueces ante la existencia de circunstancias especiales. El argumento aducido por la Sala sobre la modificación de la mayoría con sus posibles consecuencias sobre el resultado del pleito puede tener lugar también en otros Tribunales, sin que se hayan sacado conclusiones que produzcan consecuencias de tanto alcance. El peligro de una pérdida de autoridad del fallo a causa de la reducción del número de jueces que participan en la decisión como consecuencia de esa recusación no es mayor que el peligro que implica la pérdida de autoridad a causa de la participación de un juez sobre cuya falta de independencia se hayan manifestado serias dudas. El peligro de que se dé una manipulación, en el cual se apoya el fallo, no ha sido demostrado ni antes del primer caso Rottmann ni nunca después. Quizá fuera comprensible antes de 1972 el temor del Tribunal sobre la falta de *quorum*, pero de hecho ésta no se ha producido nunca, ni antes ni después. A partir de la reforma de 1985 ha quedado completamente eliminada. A la vista de la crítica, casi unánime, a la que hemos hecho alusión anteriormente en el apartado III.2 B) y siguientes sobre la práctica seguida en el nombramiento, la referencia que hace el fallo al procedimiento especial de nulidad con una mayoría cualificada y hasta frecuente unanimidad no tiene la menor fuerza de convicción. La práctica seguida en los nombramientos no ofrece garantía alguna especial sobre la independencia interior y distancia respecto de las partes en el proceso, precisamente en asuntos de naturaleza política. La pretensión de que las partes en un procedimiento, y especialmente los de naturaleza política, tengan una mayor confianza en los jueces se aparta de la realidad, y la insinuación del auto de que la preocupación por la falta de independencia sea una ligereza, no es precisamente expresión de objetividad. El primer auto en el caso Rottmann, en el que para fundamentar el agravamiento de las causas de recusación se hizo alusión «al rango del Tribunal

der Befangenheit' im § 19 des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht». Véase WASSERMANN, pp. 479, 486 y ss., sobre las causas para la «inflexión» desde el caso Leibholz a los casos Schlabrendorff y Rottmann.

Constitucional Federal», llevaría más bien a esforzarse por establecer una mayor exigencia en la imparcialidad de los jueces y no a un endurecimiento de las causas de recusación. Por este motivo, la doctrina jurídica es prácticamente unánime en el apoyo al voto disidente de WAND en su crítica respecto de esas mayores exigencias (48).

El *segundo fallo en el caso Rottmann* (BVerfGE 35,246 [251]) confirmó ciertamente los puntos básicos que aquí hemos criticado, pero en el caso concreto estimó la recusación planteada por cuatro votos contra tres dando relevancia a nuevos hechos. De conformidad con el voto disidente conjunto de los jueces SCHEUFFERT, RUPP y HIRSCH, «no se puede retirar a un magistrado la libertad de manifestar su opinión sobre situaciones políticas establecidas en un momento en el que él no podía imaginar que iban a ser objeto de un proceso en su propia Sala»; de otro modo, «no podría un magistrado constitucional tomar posición de palabra o por escrito sobre problemas políticos sin correr el peligro de que un día pudiera ser recusado por falta de imparcialidad». Prescindiendo de los detalles de este voto separado, tampoco esto termina convenciendo en lo esencial. El magistrado recusado había exteriorizado en el centro regional del partido al que él pertenecía opiniones fundamentales sobre el asunto que después sería objeto de un importante proceso político (Grundlagen-Vertrag). Que tales manifestaciones den base de recusación no significa que las opiniones científicas en general sobre proble-

(48) Ciertamente, PETER HÄBERLE ha celebrado la decisión como un nuevo rumbo en el camino hacia una mejor comprensión del Derecho constitucional procesal en un sentido político y específico más intenso: *JZ* 1973, 451 (453). Pero se ha quedado prácticamente solo en la defensa de esta opinión, y que inmediatamente después atenuó: *ibid.*, p. 454. Véase, respecto de la crítica ejercida, sobre todo WAND y WASSERMANN, *passim*. WASSERMANN expresamente afirma que el Tribunal Constitucional Federal toma la vía contraria precisamente en el momento en el que la doctrina del Derecho procesal civil y penal sobre la recusación propugna la disminución de las peticiones de recusación (p. 481). Véase igualmente EKKEHARD SCHUMANN, *JZ* 1973, 484 (488; sólo plácemes merece la vuelta a los principios ensalzados por el juez WAND, que están en armonía con la tradición jurídica alemana de la imparcialidad y neutralidad del juez). En contra del establecimiento de un criterio especial para el Tribunal Constitucional Federal se ha pronunciado también HELMUT RIDDER, «Vom Verfassungsort der richterlichen 'Befangenheit'», *Demokratie und Recht* 1 (1973), 239 y ss.; LUDWIG SCHÄFER, «Das Bundesverfassungsgericht und die Richterablehnung», *BayVBl*, 19 N.F. (1973), 477 y ss.; CHRISTIAN STEMMLER, *Befangenheit im Richteramt*, Tübinger Diss. 1975, p. 107; KARL HERMANN SCHÜTZ, *Die Ablehnung von Bundesverfassungsrichtern wegen Besorgnis der Befangenheit*, Heidelberger Diss. 1974, p. 42; MAX J. STADLER, *Die richterliche Neutralität in den Verfahren nach dem Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Regensburger Diss. (s.f. ¿1977?), p. 36. Fundamentalmente crítico es también KNÖPFLE, pp. 157 y ss. Es de notar la coincidencia entre los juristas «más bien tradicionales» y los «más bien liberales».

mas jurídicos o políticos puedan ser eliminadas por la vía torcida de las propuestas de recusación. La cuestión debatida sobre el segundo fallo en el caso Rottmann, a pesar de la confirmación teórica de los principios, quedó modificada de hecho en la práctica y debe quedar aquí abierta (49). Desde julio de 1986 ha quedado establecido en todo caso que se han instituido para la recusación «criterios estrictos», que claramente sobrepasan los que se aplican en otros Tribunales. La Sala Primera, que hasta ese momento apenas había participado en la jurisprudencia en materia de recusaciones, confirmó la autoexclusión de un magistrado en la ya mencionada resolución de 4 de junio de 1986 (EuGRZ 13 [1986] 436; Rn 32) y colocado en la línea de jurisprudencia general y constante de los demás Tribunales alemanes, según la cual únicamente es decisivo «que una parte en el proceso tenga motivos para dudar de la libertad de juicio de un magistrado, según una razonable valoración de todas las circunstancias». El actual «criterio de mayor rigor» del Tribunal Constitucional Federal ha estado fundamentalmente basado en la reducida posibilidad de sustitución y en el peligro de la falta de *quorum* en la Sala; este peligro ha quedado «en buena parte eliminado» con la reforma de 1985 de la BVerfGG. De este modo resulta hoy «discutible que se pueda seguir manteniendo la jurisprudencia presente, criticada por tantos sectores». En todo caso, en la *decisión sobre el asunto Simon*, de 12 de

(49) Referencias en KLEIN (n. 36), nota marginal 1 sobre el § 19, y los trabajos mencionados en n. 48. Los autos BVerfGE 37,265 y ss.; 40,6 y ss.; 42,88 y 90; 46,34 y 200, no hacen alusión siquiera a los principios restrictivos de la primera decisión en el caso Rottmann. La BVerfGE alude «al criterio más estricto» para las recusaciones en los procesos ante el Tribunal Constitucional Federal mediante la referencia a las BVerfGE, 32,288 (290) y ss., 35,171 (173), pero retiene sólo como argumento la reducción del número de jueces y el peligro de la falta de *quorum*. La remisión al § 18,2 y 3 BVerfGG tiene aquí lugar exclusivamente bajo la apelación a la BVerfGE 32,288 (292), pero no a la decisión en el caso Rottmann. El fallo en el caso Hirsch, BVerfGE 46,14 (16), alude a las decisiones en el caso Rottmann. Estas son utilizadas, en primer lugar, como confirmación de la posibilidad de que una modificación de la composición de la Sala como consecuencia de una recusación planteada con éxito puede llevar a una decisión distinta. Además, esta exigencia, establecida por primera vez en el caso Hirsch, ilustra cómo favorece «la misión especial del Tribunal, particularmente la garantía y eficacia del orden constitucional». Por esta razón, el criterio al que hay que ajustar la pretensión de la falta de independencia de juicio «ha de ser establecido con el correspondiente rigor». Sobre este último motivo hay que anotar críticamente que el fin evidente del procedimiento y las funciones del Tribunal no pueden justificar la implantación de un criterio especialmente exigente sobre la falta de independencia del juez. En la medida en que los recursos de recusación no fueran inadmisibles, los fallos desestimatorios aludidos se orientaron exclusiva o principalmente sobre las circunstancias del caso concreto.

julio de 1986 (EuGRZ 13 [1986] 436 y ss.), fue desestimada la recusación de este magistrado en la cuestión tan discutible desde el punto de vista constitucional y político sobre la constitucionalidad de una condena por coacciones a los participantes en una sentada. La Sala Primera confirmó la exigencia de un criterio de mayor rigor respecto de las dudas sobre la imparcialidad e hizo una referencia genérica a la decisión en el caso Schlabrendorff, a los dos autos del caso Rottmann y a la BVerfGE 43,126 (127 y ss.). También haremos aquí referencia a esta reciente decisión sobre recusación en sus líneas principales.

Según el fallo en el caso Simon, el peligro de la falta de *quorum* no existe ya; sin embargo, la regulación de la recusación de magistrados en el § 18 BVerfGG sigue propugnando el mantenimiento del actual criterio. «Una recusación más fácil» podría conducir «a que se hiciera... un uso mayor de ella del que hasta ahora se ha hecho y que, en consecuencia, en procesos de gran importancia las Salas no puedan decidir con el número de magistrados establecidos por ley y que de esta forma se fije como regla lo que el legislador ha previsto para casos de necesidad». El criterio riguroso es necesario en aquellos casos en los que la recusación se funda en manifestaciones hechas en público por el juez afectado. Fundamentalmente hay que partir de la libertad de opinión sobre acontecimientos políticos y de la independencia personal del juez a la que le obliga su función. Únicamente en casos especiales la manifestación pública de una opinión puede justificar dudas sobre la imparcialidad, en especial si hay una proximidad temporal en un procedimiento pendiente, «cuando por la íntima relación la opinión jurídica esté condicionada por las convicciones políticas». Atendiendo a estos criterios rigurosos, la línea hacia la pérdida de imparcialidad, en el caso concreto, «no ha sido traspasada». No son perceptibles aquí circunstancias especiales que hagan planear la duda sobre la objetividad. La simpatía manifestada por el magistrado respecto de determinados ciudadanos afectados por el proceso debe ser considerada como irrelevante. La proximidad en el tiempo de las manifestaciones alegadas en conexión con el recurso constitucional pendiente y el indiscutible compromiso del juez no son decisivos, ya que éste no ha sostenido unilateralmente una posición única.

El fallo del «todavía no» no especifica si fue adoptado por unanimidad. Da la impresión de ser resultado de un compromiso. A la vista de la crítica, anteriormente aludida, de la primera decisión en el caso Rottmann, sólo vamos a aludir aquí a sus argumentos adicionales. Es muy de lamentar que la Sala Primera, a pesar de haber establecido en BVerfGG 46,34 (37) unánimemente y con claridad las diferencias entre los requisitos de la exclusión y de la recusación, argumente ahora con amplias consecuencias con normas re-

lativas a la exclusión en normas referentes a la recusación (50). Los peligros mencionados en el auto relativos a una «más fácil recusación» no están probados. El antiguo temor respecto de que una «más fácil recusación» puede llevar a una mayor utilización de ésta no es más convincente con la simple repetición, después que una experiencia de treinta y cinco años prueba lo contrario. El argumento de que las Salas no podrían sentenciar en los casos de mayor importancia con todos sus miembros, según lo que la ley establece, y que se transformaría así en regla lo que el legislador ha previsto como solución de urgencia, es débil. La composición de las Salas, establecida por ley, se orienta en primer lugar por la designación de un juez para una determinada Sala, pero siempre bajo el presupuesto de que se respete el precepto constitucional del juez natural, porque ningún juez tiene afectada su imparcialidad. Es completamente confuso por qué razón habría que aplicar un mayor rigor a aquellos casos en los que la recusación se funde en las manifestaciones públicas de un juez. Por supuesto que el magistrado tiene libertad de juicio sobre acontecimientos políticos y que también hay que partir de su imparcialidad personal, conforme a sus obligaciones, pero ambas cosas juntas no justifican en modo alguno la fuerte presunción, sentada por la Sala como regla básica, no obstante la reserva en favor de circunstancias especiales y particularmente por la proximidad temporal al asunto pendiente.

Los obstáculos que se oponen al éxito de una recusación son ya difíciles de salvar, según las normas generales del Derecho procesal alemán. El excelente conocedor del Derecho procesal penal que es KARL PETERS ha criticado la inserción en 1979 del § 29,2 StPO en los siguientes términos: «Por motivaciones de psicología judicial, las posibilidades de éxito de una petición de recusación se han hecho más duras *de lo que ya lo eran*» (51). También en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal pueden haber tenido una gran influencia estas motivaciones de psicología de los jueces. No podemos aquí detenernos en ellas (52). En todo caso, queda un resultado altamente insatisfactorio: el derecho garantizado por el artículo 101,1 GG del

(50) Ya WASSERMANN había rechazado esa argumentación en 1981 como «poco sólida», p. 485. FRIEDRICH KARL FROMME comentó la decisión en el caso Simon bajo el título irónico «Von der Schwierigkeit, befangen zu sein» («Sobre la dificultad de incurrir en una causa de recusación»): FAZ de 11-8-1986, núm. 183, p. 8. En sentido positivo, en cambio, RÜDIGER ZUCK, MDR 40 (1986), 894 (896), con argumentos que aquí serán ahora rebatidos en el texto. ZUCK desea que el Tribunal abandone la ficción de que «aplica reglas generales en materia de recusación»; en cambio, debe quedarse con las reglas especiales. En este sentido, la anotación de ZUCK, EuGRZ 13 (1986), 571.

(51) *Strafprozess*, 4.ª edic., 1985, p. 151. El subrayado no está en el original.

(52) Sobre ello, GECK I, pp. 88 y ss.

juez natural, que ha de ser juez imparcial, se da según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre recusación de jueces en dos formas. De un lado están los criterios especiales que sin fuerza convincente ha elaborado el Tribunal Constitucional Federal para la recusación de estos magistrados; del otro lado, los criterios generales para la recusación de los demás jueces. Desde esta perspectiva de la recusación, todos los jueces son ciertamente iguales en cuanto a la noción del juez natural, pero ciertamente, los jueces del Tribunal Constitucional Federal son más iguales que los demás (53). Quien acuda al Tribunal Constitucional Federal en demanda de justicia puede encontrar que esto es una reducción de categoría como sujeto de derechos de segunda clase.

La doctrina jurisprudencial, confirmada en julio de 1986, sobre esos criterios de mayor rigidez en la recusación de magistrados constitucionales federales no permite esperar una pronta mejora; acaso quepa esperarla en los nombramientos de 1987. Mientras tanto, los que participan en el proceso de nombramiento deben de tomar nota de la casi unanimidad en la crítica formulada en la doctrina, que tiene criterios más rigurosos que los del Tribunal, sobre todo respecto de aquellas opiniones que no sean de carácter científico, en relación con las manifestaciones hechas por los jueces después de haber sido nombrados magistrados en el Tribunal Constitucional Federal. Se trata sobre todo de ayudar a poner en toda su vigencia el mandato del juez natural, que es uno de los principios fundamentales del Derecho constitucional alemán, y de eliminar al mismo tiempo «un pecado que genera graves consecuencias contra el espíritu y la capacidad de trabajo de la justicia constitucional» (54). La renuncia de los recurrentes a aceptar esa doctrina jurisprudencial tan criticada puede producir en todo caso determinados efectos mediatos. Peticiones razonables bien fundadas de recusación de determinados jueces puede hacerles recordar a éstos la obligación de la reserva especialmente en el ámbito político [véase apartado C)].

(53) WASSERMANN recuerda (p. 482) «la impasible autosuficiencia con la que el Tribunal se confiere a sí mismo su independencia interior, que no confía tengan otros jueces...», y «el conocido fenómeno de la denominada falta de independencia de juicio ingenua» como una entrega inconsciente en favor de los propios pre-juicios, y el correlativo aprisionamiento por ocultas simpatías o antipatías, prejuicios o hábitos.

(54) WAND, p. 531. Véase también WASSERMANN, *passim*. Precisamente en el proceso constitucional el instituto de la recusación judicial por falta de independencia es particularmente necesario y útil (p. 469); un debilitamiento del rigor de la norma sobre la imparcialidad del juez es aquí particularmente ilógico, contrario al sistema y al criterio de la calidad (p. 468).

C) *La reserva que deben practicar los jueces*

De acuerdo con el § 39 DRiG, el juez, «tanto dentro como fuera del ejercicio de sus funciones, incluso respecto de las actividades políticas, tiene que comportarse de modo que no amenace su independencia». Por la vía del § 69, el § 39 se aplica también a los jueces constitucionales federales. En el caso de la independencia, en realidad de verdad, se trata en concreto de la imparcialidad. La obligación del juez de no poner en peligro su imparcialidad es obligación de evitar las apariencias de parcialidad. Esto significa reserva en todos los modos de comportarse que pudieran inducir a pensar en la falta de independencia de juicio y en la parcialidad.

Esta *obligación de reserva* es considerada como parte de las normas materiales que obligan a todos los jueces. En el modo de ponerlas en práctica existen, sin embargo, grandes diferencias entre los jueces constitucionales y todos los demás. La única posibilidad de sancionar su incumplimiento en el caso de los jueces constitucionales federales está contenida en el § 105,1 número 2 BVerfGG, que en la práctica apenas será aplicado. Puesto que la jurisprudencia, ya criticada, apenas hace casi inviable una recusación, queda como «sanción» ordinaria respecto del juez recusado la deliberación, en sí misma nada agradable, de la Sala sobre su comportamiento; en «el peor de los casos», una advertencia más o menos clara sobre la necesidad de una mayor reserva en el futuro (55). Existen también diferencias entre los jueces constitucionales federales y los demás jueces en los modos de comportamiento que pudieran poner en peligro la imparcialidad de un juez (56). En el caso de los magistrados constitucionales se trata de ordinario de manifestaciones públicas sobre cuestiones de política legislativa o de política general. En este sentido, las *manifestaciones de opiniones científicas* que pudieran poner en peligro la reserva judicial pueden quedar al margen de esta consideración desde un punto de vista práctico. Con la excepción del discutido caso Leibholz (57), manifestaciones científicas claras no han llevado a recusaciones judiciales. Esto no solamente está motivado por la inclusión realizada en 1970 del § 18,3 número 2 BVerfGG (véase anteriormente número marginal 31), sino también por la tendencia normal en las manifestaciones científicas de hacerlo con equilibrio y con una cierta reserva. Ciertamente

(55) BVerfGE 46,14 (16; caso Hirsch) y EuGRZ 13 (1986), 436 (438; asunto Simon).

(56) Véase GECK I, pp. 95 y ss., con ejemplos.

(57) BVerfGE 20,1 (5); 20,9 (14). Sobre la autoexclusión, E 20,26. Véase sobre la discusión de antaño y la renovada en 1986, GECK I, p. 97, nota 168.

que en ocasiones resulta problemática la distinción entre opiniones científicas y las que no lo son (58). Pero es indiscutible que los verdaderos problemas en la concreción de la obligación de reserva del magistrado constitucional federal se plantean por la manifestación de opiniones no científicas sobre problemas constitucionales, de política constitucional o puramente políticas.

La crítica sobre la falta de reserva de un juez en la mayor parte de las ocasiones supone la demasiada proximidad a un determinado partido político. Por esta razón, son oportunas algunas observaciones sobre *la militancia política de los jueces constitucionales* federales. *No se trata*, por tanto, de la *obligación jurídica* que imponen a los jueces los §§ 39 y 69 DRiG, sino de la cuestión de si hay o debería haber un *ethos* específico para magistrados constitucionales. El problema se centra en una especial reserva de los jueces de este Tribunal, que ellos constituyen en su globalidad y de cuyo prestigio ellos son responsables en su comportamiento individual, de un modo especial en tanto que *nobile officium*. Es indiscutible que todo juez puede ser miembro de un partido y puede realizar actividades que se deriven de esta pertenencia. Al contrario de lo que hicieron los distintos proyectos de la ley alemana sobre la judicatura, que hasta el proyecto del Gobierno de 1958 tendieron invariablemente a limitar la actividad política de los jueces, para los magistrados constitucionales federales se declaró ya en el § 18,2 BVerfGG desde 1951 que podían pertenecer a partidos políticos. Es indiscutible igualmente que hay límites en la actividad dentro del partido que por la vía de un sopesamiento de los bienes jurídicos han de ser precisados en el caso concreto, y sobre la base del artículo 5,2 LF (leyes generales, incluido el § 39 DRiG sobre el trasfondo del art. 33,5 LF). Independientemente de su posibilidad jurídica, la militancia y la actividad dentro de un partido político pueden suscitar dudas sobre la imparcialidad de un juez y con ella la del propio Tribunal. La crítica masiva (anteriormente mencionada) al procedimiento seguido para el nombramiento de los jueces constitucionales prueba bien que la proximidad de determinados jueces constitucionales a los partidos políticos no favorece precisamente el prestigio del Tribunal en los círculos especializados, porque crea recelos sobre la excesiva influencia de los distintos partidos en la configuración de la jurisprudencia constitucional. Porque favorece al prestigio del Tribunal una cierta distancia de los jueces respecto de los partidos políticos, parece oportuna la referencia a la práctica constante de otro órgano supremo federal. Desde 1949 para acá todos los presidentes federales han sido elegidos en un procedimiento político y bajo crite-

(58) Véase GECK I, pp. 97 y ss.

rios políticos; todos fueron miembros destacados de un partido político. Un presidente causó baja en su partido desde el momento del nombramiento; otro siguió siendo mero militante de base; todos los demás mantuvieron en estado de latencia su militancia (59). Los jueces constitucionales federales que sean miembros de partidos políticos tendrían que meditar si acaso no debieran hibernar su militancia y marcar así por el tiempo de su mandato una cierta distancia respecto de su partido. Por supuesto que no tienen obligación jurídica alguna de hacerlo. Sin embargo, la idea de Órgano Federal Supremo y Alto Tribunal con un *status* especial, jurídicamente establecido, para los jueces imparciales que lo forman, debería permitir tomar ejemplo del otro órgano supremo federal que al igual que él, y según el sentir general, debe estar por encima de los partidos políticos.

Desde la perspectiva de una especial reserva del juez constitucional federal como *nobile officium* se plantea el problema aún mayor de las manifestaciones públicas de los jueces *sobre cuestiones constitucionales, de política constitucional o de política general*, sobre todo, dentro de marcos políticos. Después de la decisión en el caso Simon, esquematizada anteriormente, los jueces constitucionales federales poseen un margen mayor de libertad en sus manifestaciones políticas. La argumentación de esa decisión debe ser analizada, al margen de los problemas de la recusación de jueces, desde la perspectiva de la reserva judicial.

La autoridad del Tribunal Constitucional Federal depende precisamente de que en las cuestiones de gran significación política con consecuencias de largo alcance, el Tribunal juzgue imparcialmente con estricta sujeción a la Ley y al Derecho. Presupuesto de todo ello es que ningún magistrado constitucional considere su función como la continuación de la política por otros medios. La autoridad y el prestigio del Tribunal, que está inerme frente a los otros poderes políticos, así como sus jueces, se comportan de tal modo que esa actitud y el correspondiente comportamiento es así reconocida por la generalidad o por la mayoría. Hay que preguntar si determinadas manifestaciones públicas de algunos jueces favorecen precisamente esa credibilidad (60). Por el modo y el contenido, las manifestaciones sobre problemas constitucionales, problemas de política constitucional y cuestiones de política general pueden aminorar la creencia de la opinión pública sobre la independencia de juicio o imparcialidad de un juez cuando se pronuncia en una asamblea pública que no sea organizada por partidos políticos [por

(59) El autor da las gracias al Bundespräsidialamt por la contestación recogida en el texto en consecuencia a la correspondiente pregunta.

(60) Véase sobre ello GECK I, pp. 101 y ss.

ejemplo, Kirchentage (días de las Iglesias) y otras manifestaciones no partidistas de carácter asambleario, o de la prensa, radio o televisión]. Aun en el caso de que los jueces constitucionales pudieran desdoblarse su personalidad y se manifestaran en una parte como persona privada, políticamente comprometida, pero, de retorno en el Tribunal, volvieran a su objetividad como jueces, quedaría siempre en entredicho su credibilidad. A la opinión pública le interesa el magistrado en cuanto tal, y así es él presentado. Al contrario de lo que sucede con otros jueces, el grado de confianza que se le otorga por el cargo es imprevisible. De este modo no sólo importa que no haya una manifestación de opinión que suponga una vinculación en el fondo de la misma, y con ello posiblemente una infracción del deber jurídico de reserva judicial según el § 39 DRiG, de modo que fundamente la recusación en un procedimiento ulterior. El prestigio del Tribunal resulta también afectado por la impresión de un marcado compromiso político público aunque el comportamiento del juez constitucional no llegue a producir tales consecuencias jurídicas. Esto se evidencia cuando manifestaciones comprometidas de un juez constitucional llevan a discusiones públicas que se prolongan durante semanas o a tomas de posición de círculos interesados o a cartas al director que se publican en la prensa; manifestaciones estas que apenas hubieran tenido eco y habrían sido olvidadas en seguida si no vinieran de estas personas, que son precisamente por su procedencia y que en cierto sentido se atribuyen al Tribunal o al menos tienen influencia sobre la imagen de éste (61). Precisamente el hecho de que apenas se pueda imponer jurídicamente una determinada reserva, plantea la cuestión de si, más allá del § 39 DRiG, no existe un *nobile officium*, aplicable especialmente a jueces constitucionales federales, que aconseja una prudencia especial en opiniones sobre problemas constitucionales, de política constitucional o política, manifestadas fuera del Tribunal cuando dichas cuestiones pueden llegar a ser materia de un proceso ante él. Tal reserva atenuaría enormemente la recusación de los jueces. No es necesario salir aquí en defensa de la gazmoñería, precisamente en favor de los magistrados constitucionales cuando en la línea de opiniones de peso de dentro y de fuera del Tribunal se piden mayores exigencias en cuanto a tacto y autocontrol de los jueces constitucionales federales del que se exige de los otros jueces. La regla de *noblesse oblige* es también aplicable a la *noblesse de robe*. De este modo todo magistrado constitucional debería contrastar cuidadosamente y estar vigilante sobre si el posible beneficio que de sus manifestaciones se seguirá para el Tribunal compensan el posible

(61) Podemos prescindir aquí de ejemplos conocidos, ya que se trata únicamente de dar expresión a la preocupación sentida generalmente por el prestigio del Tribunal.

daño. La insinuación de mayor prudencia que subyace en las advertencias de los fallos en los asuntos Hirsch (BVerfGE 46,14 [16]) y Simon puede suponer para uno u otro magistrado una renuncia. Pero con el magistrado constitucional GEIGER se puede decir: «La democracia no prohíbe a los miembros del Tribunal Constitucional Federal que se fijen un nivel de comportamiento cuyo cumplimiento les suponga sacrificios» (62).

2. *La independencia judicial*

La *independencia material* garantizada en el artículo 97,1 LF y en los §§ 69,25 DRiG, que vale también para los jueces constitucionales federales, protege al juez frente a directrices que afecten a su función judicial (63). Ciertamente, el Tribunal Constitucional Federal habrá de defenderse frente a agravios de organismos estatales o grandes fuerzas sociales. Una amenaza de la independencia jurídica sufrida por jueces constitucionales federales en particular no parece haber existido nunca. La tensión que se da en otros jueces entre la independencia material y el control disciplinario no se da aquí. El § 26 DRiG no ha sido nunca aplicado a los magistrados del Tribunal Constitucional Federal. El presidente y su representante —en tanto que jueces, *primus inter pares*— carecen, por lo menos desde la prohibición de la reelección y de la entrada en vigor del reglamento interno, de las posibilidades de influencia que en determinadas circunstancias tienen los presidentes de otros Tribunales o de otros órganos de decisión. Por supuesto que la independencia material se garantiza en función del servicio, ya que ésta tiene como finalidad hacer que el juez ejerza su función libre de toda traba, obligado exclusivamente por la Ley y el Derecho, según lo que establece el artículo 20,3, 97,1 LF. La orientación de la independencia judicial hacia los valores fundamentales del Estado de Derecho no solamente permite la exclusiva vinculación a la ley, sino que la presupone.

La *independencia personal* es, en primer lugar, medio para la protección de la independencia material y de los valores constitucionales que están subyaciendo en ella. En el sentido del artículo 97,2 LF, ésta significa fundamentalmente inamovilidad del juez, lo que es, por otra parte, nota esencial de un Tribunal (BVerfGE, 4,331 [344 y ss.]). El Derecho legal, en este sentido, cumple con las exigencias de la Constitución. Sin embargo, la indepen-

(62) JöR N.F. 32 (1983), p. 70.

(63) Fundamentalmente EICHENBERGER; véase también DIETER SIMON, *Die Unabhängigkeit des Richters*, 1975; RUDOLF WASSERMANN, *Die Richterliche Gewalt - Macht und Verantwortung des Richters in der modernen Gesellschaft*, 1985.

dencia personal no es absoluta. La independencia personal en un sentido amplio es en última instancia la libertad *interior* para decidir aquello que se cree justo según la Ley y el Derecho. Además de la separación o del traslado o de la presión que se sigue de la simple amenaza, otros peligros amenazan la libertad interna. El juez ha visto una en el temor a no ser reelegido y por eso el legislador suprimió la reelección en la reforma de 1970 cuando se introdujo la posibilidad del voto separado. Pero, en cambio, no ha sido eliminado un problema semejante con la especulación de un nuevo nombramiento en puestos estatales elevados después de la terminación del mandato (64).

Otro peligro puede amenazar la libertad interior con la vinculación a fuerzas exteriores o amenazarla con la proximidad a ellas. Sobre todo se trata de la independencia interior respecto de los partidos políticos. El juez debe guardar su libertad interior, finalmente, respecto de las demás fuerzas sociales que tengan un interés en la justicia constitucional, especialmente organizaciones de intereses, como sindicatos o patronales, Iglesias, medios de comunicación de masas u otros portadores de la opinión pública. La expresión utilizada por EICHENBERGER de libertad social significa independencia de la sociedad, y en ella se entrelazan de hecho independencia material y personal. En relación con esa forma de la independencia, EICHENBERGER escribe: «La libertad social del juez constitucional no está garantizada jamás» (65). Finalmente, la independencia judicial lo es también en el sentido de libertad interna frente a todas las influencias que puedan amenazar la decisión imparcial fundada exclusivamente en la Ley y en el Derecho; también libertad frente a las propias debilidades humanas. Las limitaciones de la mera reglamentación jurídica son aquí manifiestas. El hombre podrá ciertamente abandonar la lucha contra los propios defectos, pero no decretar la victoria sobre ellos. Pedirle esto al juez supone la constante preocupación por superar inclinaciones ajenas a la causa, golpes de humor o prejuicios.

3. *El resto de las normas que regulan su «status»*

El *status* especial de los jueces constitucionales federales encuentra también su expresión en las siguientes normas: el *juramento* que ha de prestar ante el presidente federal al comienzo de sus funciones, según el § 11 BVerfGG, se distingue en algunos detalles del general de los jueces según el § 38 DRiG. El juramento confirma deberes ya existentes. Entre los ele-

(64) Sobre detalles, GECK I, pp. 108 y ss.

(65) P. 162.

mentales deberes del juez está la preparación debida desde el punto de vista material y temporal para que informe de los *asuntos que le hayan sido repartidos*. La posición especial del Tribunal Constitucional Federal y de sus jueces se manifiesta en que cada Sala, al comienzo de cada año judicial, acuerda las directrices que han de ser seguidas en el reparto de los asuntos, incluido el presidente, como ponentes. En estas directrices solamente se pueden introducir variaciones dentro del año judicial cuando se haga necesario a causa de la acumulación de trabajo en un juez o sufra «impedimento no pasajero». El presidente está vinculado por las mencionadas directrices en la designación del ponente en el caso concreto, y allí donde no pueden éstas servir de orientación, está obligado a mantener el orden de entrada de los asuntos. Naturalmente que son inevitables desigualdades en el repartimiento del trabajo a cada juez. El modo de la votación como ponente y el compromiso en la presentación de tomas de posición por escrito respecto de los votos de otros ponentes (§ 20,3,2 GOBVerfG) sólo son susceptibles de una regulación parcial. El *reglamento interno* del Tribunal Constitucional Federal refleja de diversa forma las relaciones especiales de los jueces respecto del presidente y vicepresidente. Hay que resaltar los §§ 7,1, 10,1 y 11. El ámbito de la potestad administrativa de decisión del presidente sobre los jueces debe ceñirse fundamentalmente a la esfera de las normas sobre remuneraciones y pensiones.

De conformidad con el § 13 GOBVerfG, los jueces tienen *colaboradores científicos*. En la actualidad cada juez tiene dos de éstos, y los presidentes de Sala, quienes disponen, según el § 12 GOBVerfG, de una oficina de presidencia, poseen además un colaborador. Estos colaboradores, elegidos por cada juez libremente, están sometidos a instrucciones. Ellos colaboran con él en la preparación de sus votos en la Sección y en la Sala y llegado el caso en los proyectos de sentencias. No toman parte en las deliberaciones de la Sala. La influencia de estos colaboradores en la elaboración del fallo es muy distinta según los casos y las personas. Las reservas que había inicialmente frente a ellos no se han confirmado. Decisivo ha sido probablemente, además de la inercia de la costumbre, el hecho de que los jueces no estarían en disposición de hacer frente al volumen de trabajo del Tribunal sin tal colaboración (66). *El secreto de las deliberaciones* del artículo 43 DRiG, en rela-

(66) Véase, en particular, JÜRGEN BILCHEMEIR, *Der Juristische Hilfsarbeiter an den obersten deutschen Gerichten*, 1971; RÜDIGER ZUCK, «Der dritte Senat» am Bundesverfassungsgericht, *DöV* 27 (1974), 305 y ss., así como la mezcla de broma, seriedad, sátira y profunda intención en los trabajos sobre la llamada Tercera Sala y sus miembros de HANS-ERNST BÖTTCHER y HARALD KLEIN, en *Das wahre Verfassungsrecht - Zwischen Lust und Leistung*, editado por DIETER C. UMBACH con otros, 1984, pp. 537 y ss.

ción con el § 69, se aplica también a los jueces del Tribunal Constitucional Federal, y al «secreto de la deliberación» mencionado en el § 30,1 BVerfGG pertenece también la votación. El § 30,2 BVerfGG autoriza a las Salas a manifestar el modo como las votaciones se produjeron. Desde 1970 los jueces constitucionales federales tienen derecho a expresar en un voto separado una opinión distinta, mantenida en la deliberación de la sentencia, frente a la de la mayoría, o diferente en su argumentación. Las particularidades las regula el § 55 GOBVerfG. Esta facultad, que ha sido reconocida después de una larga disputa doctrinal, sigue siendo hoy discutida; en el caso del Tribunal Constitucional Federal se ha terminado imponiendo y por ahora no es previsible la derogación de esta cláusula. Problemático es en todo caso el estilo de algunos votos separados (67).

Al *status* de los jueces pertenece también la normativa de *las retribuciones y pensiones*. Baste aquí la observación de que la reglamentación jurídica corresponde al *status* constitucional de los jueces y a la importancia de su función y actividad. De todos modos, el Tribunal y los jueces hubieron de luchar por conseguir una remuneración adecuada y, complementariamente, un derecho de pensión. Respecto de las particularidades en ambos puntos hemos de remitir aquí, por razones de espacio, a otro trabajo del autor (68).

y 377 y ss. Puesto que los colaboradores científicos proceden fundamentalmente del campo judicial, desde el punto de vista sociológico, según BRYDE, aumenta la influencia del elemento judicial en la jurisprudencia.

(67) Véase, en particular, KARL-GEORG ZIERLEIN, *Erfahrungen mit dem Sondervotum beim Bundesverfassungsgericht*, DöV 34 (1981), 83 y ss., y nuevamente KARL-HEINZ MILLGRAMM, *Separate Opinion und Sondervotum in der Rechtsprechung des Supreme Court of the United States und des Bundesverfassungsgerichts*, 1985. Respecto de la situación jurídica en los Tribunales Constitucionales regionales, CHRISTIAN STARK, *Sondervoten überstimmt Richter und Bekanntgabe des Abstimmungsergebnisses - de lege lata*, en CHRISTIAN STARCK-KLAUS STERN (edits.), *Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, Bd. I (1983), pp. 285 y ss. En el trabajo de WILHELM KARL GECK, *Sondervoten bei Landesverfassungsgerichten de lege ferenda*, *ibid.*, pp. 315 y ss., ha sido tomada en cuenta toda la bibliografía, incluidos los votos separados en el Tribunal Constitucional Federal, estudiada la evolución desde su introducción en 1970 y fundamentada la posición preferentemente crítica del autor respecto de la introducción del voto separado en los Tribunales Constitucionales regionales por referencia a la experiencia en el Tribunal Constitucional Federal. Véase especialmente el apartado «Votos separados y autoridad de los Tribunales, así como sus decisiones», *ibid.*, pp. 374-398. Véase como ejemplo, aunque raro, de desorientaciones en el estilo de los votos separados BVerfGE 35,246 (257).

(68) Véase GECK II, *passim*.

VII. OBSERVACION FINAL

El Tribunal Constitucional Federal es en su actividad desde hace más de treinta y cinco años una pieza esencial en el sistema constitucional de la República Federal de Alemania. Es agradable comprobar que las reglas y la práctica en los grandes ámbitos de nombramiento y *status* de los jueces se han afianzado. Hay motivos para esperar que las dos únicas desviaciones graves puedan ser corregidas sin necesidad de una reforma constitucional o legislativa: el procedimiento a seguir en la designación de jueces puede ser mejorado sustancialmente con una nueva reflexión de las fuerzas políticas en los órganos de designación y a través de un cambio en el procedimiento seguido. En la jurisprudencia sobre el problema de la falta de independencia de juicio de los magistrados constitucionales, se hace necesario un cambio por la vía de la autorreflexión en el propio Tribunal.

BIBLIOGRAFIA (*)

- BETTERMANN, Karl August: «Opposition und Verfassungsrichterwahl», *Festschrift Konrad Zweigert*, edit. por HERBERT BERNSTEIN, 1981, pp. 723 y ss.
- BILLING, Werner: *Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht - Ein Beitrag zum Thema «Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1969 (Lit.).
- EICHBORN, Johann-Friedrich von: *Die Bestimmungen über die Wahl der Bundesverfassungsrichter als Verfassungsproblem*, 1969.
- EICHENBERGER, Kurt: *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem*, 1960 (Lit.).
- GECK, Wilhelm Karl: *Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter*, 1986 (Lit.) (GECK I).
- GECK, Wilhelm Karl: *Zum Status der Bundesverfassungsrichter: Besoldungs- und Verordnungsrecht*, en *Festschrift Wolfgang Zeiler*, edit. por ... (GECK II).
- HENNING, Frank: «Die Mitwirkung des Verfassungsgerichts an den Richterwahlen», *Festschrift Hans-Joachim Faller*, edit. por WOLFGANG ZEILER, 1984, pp. 37 y ss.
- KNÖPFLE, Franz: *Besetzung der Richterbank, insbesondere Richterausschliessung und Richterablehnung*, en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, edit. por CHRISTIAN STARK, vol. I, 1976 (FG-BVerfG I), pp. 142 y ss. (Lit.).

(*) La referencia bibliográfica contiene solamente una selección de las obras especializadas. La abreviatura (Lit.) añadida a algunos títulos indica que allí se pueden encontrar otras referencias bibliográficas especialmente útiles. Los autores relacionados en esta lista aparecen en las notas de pie de página únicamente con el apellido; en caso necesario, con la adicción I o II. Las demás publicaciones son citadas en la primera referencia de modo completo; en las citas posteriores se hace una remisión a la primera con la (n. ...).

- KOMMERS, Donald P.: *Judicial Politics in West Germany - A Study of the Federal Constitutional Court*, London, 1976 (Lit.).
- KREUZER, Arthur: «Zuständigkeitsübertragungen bei Verfassungsrichterwahlen und Immunitätsentscheidungen des Deutschen Bundestages», *Der Staat* 7 (1968), 183 y ss.
- KRÖGER, Klaus: «Richterwahl», *FG-BVerfG* I, p. 76 (Lit.).
- LAUFER, Heinz: *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozes - Studien zum Bundesverfassungsgericht der Bundesrepublik Deutschland*, 1968 (Lit.).
- LEIBHOLZ, Gerhard: «Der Status des Bundesverfassungsgerichts: Material - Gutachten, Denkschriften und Stellungnahmen» mit einer Einleitung von Gerhard Leibholz, *JöR*, N.F. 6 (1957), pp. 109 y ss.
- LEY, Richard: «Die Ertsbesetzung des Bundesverfassungsgerichts», *Zeitschrift für Parlamentsfragen* 13 (1982), pp. 521 y ss.
- RIEDEL, Joachim: *Das Postulat der Unparteilichkeit des Richters - Befangenheit und Parteilichkeit - im deutschen Verfassungs- und Verfahrensrecht*, 1980 (Lit.).
- SCHRAM, Glenn: «The Recruitment of Judges for the West German Federal Courts», *American Journal of Comparative Law* 21 (1973), 691 y ss.
- SENDLER, Horts: «Was dürfen Richter in der Öffentlichkeit sagen?», *NJW* 37 (1984), 689 y ss.
- WAND, Walter Rudi: «Zum Begriff 'Besorgnis der Befangenheit' in § 19 des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht», en *Freiheit und Verantwortung im Verfassungsstaat*, Festgabe en la celebración del décimo aniversario de la Gesellschaft für Rechtspolitik, edit. por BERN RÜTHERS y KLAUS STERN, 1984, pp. 515 y ss.
- WASSERMANN, Rudolf: «Zur Richterablehnung in verfassungsgerichtlichen Verfahren», *Festschrift Martin Hirsch*, edit. por HANS JOCHEN VOGEL, 1981, pp. 465 y ss.

JURISPRUDENCIA

Estudios y Comentarios

