

Norbert Lösing (Alemania)\*

## Independencia y función del Poder Judicial en el Estado democrático de derecho

### RESUMEN

El principio de separación de poderes está basado en la división funcional de los poderes, la división desde el punto de vista de los órganos y la diferenciación personal entre los miembros que componen cada uno de los órganos que configuran el Estado. Por ello, la independencia judicial depende hasta cierto punto de la acertada transposición de estas bases al diseño legal e institucional. En Alemania, el artículo 97 de la Ley Fundamental es la denominada *columna vertebral* de la independencia de los jueces. El ordenamiento secundario en dicha materia, en cambio, es bastante deficitario. Pero la independencia no proviene solo del diseño legal e institucional que se adopte. Fuente clave de la independencia es la autoestima del juez. Este debe ser "libre, soberano y orgulloso". Es un juez que en la audiencia discute abiertamente con las partes, participa en el esclarecimiento de los hechos que deberá juzgar, intenta conciliar, explica su visión de los hechos, su valoración de las pruebas, adelanta opiniones, pondera los argumentos y, finalmente, fundamenta sus decisiones. Es un juez que puede ser evaluado por las partes y el público de la audiencia. Esto permite afirmar que la independencia del Poder Judicial en Alemania es deficitaria, mientras que la independencia de los jueces es una realidad.

**Palabras clave:** administración de justicia, actuación de los jueces, iuspositivismo, separación de poderes, ordenamiento jurídico nacional, control constitucional, Ley Fundamental de Bonn, Alemania.

### ZUSAMENFASSUNG

Dem Grundsatz der Gewaltenteilung liegt die funktionale Trennung der Gewalten, die Trennung aus der Sicht der Organe und die Unterscheidung zwischen den Personen, die den einzelnen, den Staat bildenden Organen angehören, zugrunde. Die Unabhängigkeit der Justiz hängt daher bis zu einem gewissen Grad von der angemessenen Übertragung dieser Grundlagen auf die gesetzliche und institutionelle Ausgestaltung ab. In Deutschland bildet Artikel 97 des Grundgesetzes das sogenannte "Rückgrat" der richterlichen Unabhängigkeit. Dagegen lässt die nachgeordnete Regelung auf diesem Gebiet zu wünschen übrig. Die

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn. Abogado en el bufete Sieper & Lösing en Lüneburg (Alemania). Miembro honorario de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional y miembro de la directiva de la Asociación de Juristas Argentino-Germana. [rae@Sieper-Loesing.de](mailto:rae@Sieper-Loesing.de)

Unabhängigkeit ergibt sich allerdings nicht ausschließlich aus der gewählten gesetzlichen und institutionellen Ausgestaltung. Eine entscheidende Quelle der Unabhängigkeit ist das Selbstverständnis des Richters. Dieser soll "frei, unabhängig und selbstbewusst" sein. Ein solcher Richter diskutiert in der Verhandlung offen mit den Prozessparteien, beteiligt sich an der Aufklärung der Ereignisse, über die er urteilen soll, versucht Vergleiche herbeizuführen, legt seine Sicht der Ereignisse und seine Bewertung der Beweise dar, trägt Meinungen vor, wägt Argumente ab und begründet schließlich seine Entscheidungen. Es handelt sich um einen Richter, der von den Prozessparteien und der Öffentlichkeit bei der Verhandlung beurteilt werden kann. Somit lässt sich feststellen, dass die Unabhängigkeit der Justiz in Deutschland Mängel aufweist, während die Unabhängigkeit der Richter eine Tatsache ist.

**Schlagwörter:** Ausübung der Rechtsprechung, richterliche Amtsführung, Rechtspositivismus, Gewaltenteilung, nationale Rechtsordnung, Normenkontrolle, Bonner Grundgesetz, Deutschland.

#### ABSTRACT

The separation of powers principle is based on a functional division of powers, a division into organs and the personal differentiation of the members of each organ of the State. Therefore, judicial independence is in some degree dependent on the adequate transposition of these concepts to the legal and institutional framework. In Germany, article 97 of the Basic Law is the so-called *backbone* of judicial independence. The secondary norms on the subject are quite inadequate. Independence, however, does not only stem from legal and institutional design. A key source of independence is each judge's own self-esteem. A judge must be "*free, proud and sovereign*". In a hearing, this type of judge engages in open discussion with the parties, is involved in elucidating the facts upon he will have to decide, tries to achieve conciliation, explains his views of the facts and his assessment of the evidence, provides his opinions, considers the arguments and finally gives the legal reasons for his decisions. This judge can be evaluated by the parties and by the all the people in the courtroom. So it can be asserted that the independence of the German Judicial Power is inadequate, whereas the independence of individual judges is a reality.

**Keywords:** administration of justice, judicial action, legal positivism, separation of powers, national legal system, constitutional control, Basic Law for the Federal Republic of Germany, Germany.

## 1. Introducción

Según el principio de independencia judicial, las constituciones surgidas en la Ilustración solicitaban una liberación de la actuación de los jueces de toda dependencia u obstáculo, externo o interno, que pudiera supeditarla a elementos ajenos al derecho. Detrás de este criterio de actuación late el derecho de los ciudadanos a ser juzgados exclusivamente desde parámetros jurídicos, y concretamente desde el ordenamiento jurídico positivo y común en el que se inscriben sus actuaciones en cuanto ciudadanos.<sup>1</sup> El derecho de cada ciudadano de acudir ante un tribunal independiente,

<sup>1</sup> Ricardo Pinilla Burgos: "Autonomía moral e independencia judicial. Consideraciones a partir de Kant", en Miguel Grande Yáñez (coord.): *Independencia judicial: problemática ética*, Madrid: Dykinson, 2009, p. 20.

imparcial y legal, consagrado en el artículo 14 del Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en instrumentos regionales como la Convención Europea de Derechos Humanos (en esta, artículo 6) refleja la importancia del Poder Judicial dentro de la ingeniería del Estado de derecho. Es una realidad universalmente reconocida que solo la existencia de tribunales imparciales e independientes puede garantizar, en último término, el respeto a las leyes y el imperio de la justicia. Se justifica por ello la afirmación, de que la vinculación entre derechos individuales y separación de poderes que realizó el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, no fue en absoluto casual.<sup>2</sup>

Como bien indica Wolfgang Heyde, qué materialidad tengan en un sistema político la justicia, el derecho y la libertad no es inferible solamente de las normas y garantías de la Constitución. La fuerza real del derecho, el grado de justicia, libertad y orden, de amparo y fomento que puede brindar, depende de la forma y manera de materializar el derecho por los operadores jurídicos.<sup>3</sup>

Por ello el análisis de las normas y garantías de la Constitución y de la legislación derivada relativas a la organización, estructura, función y operabilidad del Poder Judicial no puede ser más que un punto de partida, eso sí, imprescindible, para apreciar la realidad de ese poder dentro de un Estado concreto. Específicamente, la independencia del juez no se agota en aspectos administrativos, fiscales y estructurales. Un juez independiente también tiene cierta independencia en sus criterios. Es libre de formarlos y utilizarlos al interpretar y aplicar la ley. Adicionalmente la realidad social dentro de la cual se desenvuelve el Poder Judicial tiene una gran influencia sobre su organización y funcionamiento.

Para el caso alemán, López Pina menciona de forma acertada la crónica *impotencia de los alemanes para resolver políticamente sus problemas*, que llega a la paradoja de acudir al Tribunal Constitucional para que defina la política exterior o la intervención militar.<sup>4</sup> Efectivamente, esta crónica impotencia de solucionar problemas políticamente conduce a la necesaria juridificación de las actuaciones de los poderes públicos y de la sociedad en general. También el ciudadano alemán confía en sus jueces y acude a ellos para que solucione sus conflictos con el Estado o con otros ciudadanos.

Esta “idiosincrasia” del pueblo alemán puede, hasta cierto punto, explicar por qué Alemania es uno de los países con más jueces per cápita del mundo. Por qué solo en la Corte Suprema Federal de justicia ordinaria trabajan 126 magistrados titulares en doce senados de derecho civil y cinco senados de derecho penal (incluyendo jueces de control de la investigación). Puede dar una idea de por qué también en la actualidad tenemos normas y reglas en materias que en otros países no precisan de una regulación por

<sup>2</sup> Francisco Tomás y Valiente: “De la Administración de Justicia al Poder Judicial”, en *Jornadas sobre el Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución francesa*, Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, col. Cursos, vol. 5, 1990, p. 22.

<sup>3</sup> Wolfgang Heyde: “La jurisdicción”, en E. Benda, W. Maihofer, J. Vogel, C. Hesse y W. Heyde: *Manual de derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 768.

<sup>4</sup> Antonio López Pina: “La dogmática alemana, punto de partida de una teoría del derecho público. Prolegomena a la edición española”, en E. Benda, W. Maihofer, J. Vogel, C. Hesse y W. Heyde: *Manual de derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 1996, p. XXV.

el legislador. Finalmente, puede dar una orientación de por qué solo en materia civil ingresan en los tribunales de primera instancia cada año más de 1.850.000 casos. En resumidas cuentas, se diría que los alemanes todavía necesitamos una autoridad que nos diga, o al menos confirme, lo que es correcto y nos obligue a cumplirlo.

Por el otro lado, esta situación ha contribuido a que la cultura jurídica alemana es, para seguir con las palabras de López Pina:<sup>5</sup>

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

Siendo las cosas como son, no sería menos que una catástrofe si nuestros jueces no fueran independientes. Igualmente sería una catástrofe si solo fueran la boca que pronuncia la ley, distantes de la realidad social, sin una sólida base de valores democráticos y sin intuición para la aplicación correcta de los preceptos legales a los casos concretos.

## **2. Iuspositivismo y iusnaturalismo, su influencia sobre la independencia y función del juez**

Según César Landa, para el caso peruano:

Se puede señalar que el origen de las crisis en que yace el sistema jurídico peruano caracterizado en última instancia por la falta de confianza ciudadana en el Estado de derecho, radica en el fracaso del positivismo jurídico. Por cuanto, este ha pretendido ser una ciencia jurídica a-valorativa, sometida a la legalidad formal; excluyendo los valores democráticos que le dieron origen y legitimidad al Estado de derecho. En este sentido, el sistema jurídico peruano, sobre la base del principio de legalidad positivista, ha servido tanto a gobiernos democráticos como a dictaduras. Pero, sin lograr ponerlo al servicio del desarrollo humano, de la eficiencia del Estado para promover la justicia, la libertad e igualdad entre los ciudadanos.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. XXVI.

<sup>6</sup> César Landa: *Poder judicial y tribunal constitucional: independencia y control de poderes*, inédito, Lima, 2009.

Naturalmente, el juez debe estar sometido a la ley, pero en su interpretación hasta cierto punto debe ser independiente de criterios impuestos y no puede estar reducido a una aplicación o interpretación avalorativa de las leyes. Al contrario, el deseo de pacificar realmente un conflicto y de ser justo debe abrirse camino al interpretar una ley. Por ello, tiene poco sentido querer reducir *in extremis* al juez en su uso del sano criterio por vía de exigencias formales o instrumentos como, por ejemplo, la prueba tasada (lo que impide una libre apreciación de la prueba por el juez, que solo estaría limitada por las reglas de la lógica y la experiencia). El compromiso difícil entre el sometimiento a la ley, por un lado, y la libertad de utilizar el criterio propio en su interpretación y aplicación, por el otro, es el ideal de la independencia del juez. Ni un iuspositivismo acentuado ni un (supuesto) iusnaturalismo exagerado pueden sostener el compromiso.

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

Esta es la base sobre la cual nació el iuspositivismo, con su visión de equivalencia entre la ley y la justicia. Una visión que, en , ha causado en cierto grado una ceguera de la sociedad y de los jueces frente a la injusticia en forma de ley (independientemente de que el iuspositivismo en su punto de partida no niega las condiciones éticas y morales del derecho).

Otro problema acarreado por un iuspositivismo exagerado es la asfixiante formalización de los procedimientos judiciales, hasta tal punto que el camino para determinar los hechos sobre los cuales habrá de juzgar el juez se convierte en un campo minado en el cual las formalidades pueden terminar reventando la mejor de las disposiciones para evaluar y solucionar un conflicto. Las exigencias formales en dichos casos no se introducen como garantías de un proceso justo y transparente, sino como un yugo para los jueces y las partes y como obstáculos al desarrollo fluido de los procesos.

Quien conoce al clásico Gustav Radbruch de antes de la Segunda Guerra Mundial, el autor de *Introducción al derecho* (*Einführung in die Rechtswissenschaft*) de 1910, de *Principios de la filosofía del derecho* (*Grundzüge der Rechtsphilosophie*) de 1919 y de *Filosofía del derecho* (*Rechtsphilosophie*) de 1932, conoce los poderosos argumentos esgrimidos por este extraordinario jurista a favor del positivismo y la seguridad jurídica. Quien ha seguido la trayectoria de Radbruch después de la guerra observará una

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

Otro catedrático de la época, Heinrich Mitteis,<sup>7</sup> todavía bajo la impresión del régimen nazi, estigmatizó el positivismo como el “peor abuso del pensamiento jurídico que conoce la historia del derecho alemán y que el pueblo alemán ha padecido”.

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

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

Pero la resurrección del iusnaturalismo de por sí no garantiza que el juez siempre persiga lo que realmente es justo. Las acusaciones justificadas al nazismo de haber aprovechado el tecnicismo positivista no pueden ser vistas de forma aislada, ya que se

<sup>7</sup> H. Mitteis: *Über das Naturrecht*, Akademische Akten, Heft 26, Berlín, 1948.

<sup>8</sup> Véase al respecto A. Quintano Ripollés: “Filosofía y ciencia del derecho alemanas de la trasguerra”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, febrero de 1951, p. 10 ss.

utilizaron continuamente locuciones y consignas del más puro sabor iusnaturalista, tales como “el sano sentido popular”, “el espíritu del pueblo” o “el instinto alemán de justicia” para justificar las más graves atrocidades. Desgraciadamente, este recurso a locuciones *iusnaturalistas* surge en todos los gobiernos populistas, autoritarios y totalitarios en los momentos en los cuales ni las propias leyes dictadas a la medida pueden justificar suficientemente sus actuaciones.

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

### 3. El principio de separación de poderes y la teoría del ámbito nuclear (*Kernbereichstheorie*)

La doctrina alemana distingue tres planos en torno al principio de separación de poderes, que son:

- la división funcional de los poderes (*funktionale Gewaltenteilung*);
- la división desde el punto de vista de los órganos (*organisatorische Gewaltenteilung*);
- la diferenciación personal entre los miembros que componen cada uno de los órganos que configuran el Estado (*Inkompatibilitäten*).

En este contexto el Tribunal Constitucional Federal<sup>9</sup> ha sostenido que el artículo 20, § 2, de la Ley Fundamental regulador del principio de la división de poderes, exige, por un lado, que la función jurisdiccional sea ejercida a través de órganos especiales del Estado diferentes a los órganos que ejercen el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo y, por otro, que la neutralidad judicial no pueda ponerse en cuestión a través de una vinculación personal entre los sujetos que ejercen la justicia y aquellos que ejercen la legislación y la ejecución.<sup>10</sup>

El principio de separación de poderes exige que cada uno de aquellos que lo configuran tengan atribuido un determinado núcleo funcional (*Kernbereich*) en el que no sean permisibles intromisiones de terceros.

<sup>9</sup> BVerfGE 14, 56 (67f.); 18, 241 (254); 27, 312 (321).

<sup>10</sup> María Luz Martínez Alarcón: *La independencia judicial*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Cuadernos y debates 159, 2004, p. 44.

Pero la independencia judicial no proviene (solo) del diseño legal e institucional que se adopte, sino en primer lugar de la conciencia del propio juez.

## 4. El juez independiente como núcleo del Poder Judicial

Para poder determinar cuál es la función del Poder Judicial en un Estado de derecho es imprescindible analizar cuál es la visión del juez como sujeto conformador del Poder Judicial y cómo se refleja dicha visión en el ordenamiento legal. Asimismo puede ser ilustrativa una comparación entre dos visiones distintas, como, por ejemplo, la venezolana y la alemana.

### 4.1. La base constitucional

En Alemania, el artículo clave es el artículo 92 de la Ley Fundamental:

Se confía a los jueces el Poder Judicial. Es ejercido por el Tribunal Constitucional federal, los tribunales federales previstos en la Ley Fundamental y los tribunales de los Länder.

Ya la selección de la terminología usada refleja que la magistratura gozará de una posición de excelencia en el Estado de derecho diseñado por la Ley Fundamental. En Venezuela, por ejemplo, el artículo 253 párrafo 2 de la Constitución Bolivariana, en cambio, no coloca al juez en el núcleo de su fórmula al prever que “Corresponde al los Órganos del Poder Judicial [...]”. Obviamente, en la Ley Fundamental de Bonn no se trata del juez definido por Montesquieu, sino de un juez al cual se le *confía* un poder. Un poder, que puede y debe ejercer de forma independiente e imparcial. Para ello, el artículo 97 de la Ley Fundamental determina:

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

En Venezuela el artículo 254 de la Constitución Bolivariana dispone la independencia del Poder Judicial (no de los jueces) y el artículo 256 contiene las obligaciones del juez de mantener su independencia, incluyendo la poco común prohibición de realizar un activismo gremial. Esto se puede explicar con experiencias propias de huelgas en



el Poder Judicial venezolano, pero impide también actividades de formación entre los jueces mismos y participación en organizaciones como, por ejemplo, Jueces para la Democracia.

La imperiosa necesidad de independencia del juez y con el del Poder Judicial comporta una rigurosa separación entre el Poder Judicial y los otros dos poderes, prevista en Alemania en el artículo 20, § 2, de la Ley Fundamental.

Todos los poderes del Estado emanan del pueblo. Estos son ejercidos por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por medio de los especiales órganos de legislación, del poder ejecutivo y de la jurisdicción.

En Venezuela una cláusula similar se encuentra en el artículo 253, § 1, de la Constitución. A pesar de ello, el artículo 265 permite la remoción de jueces (y otros funcionarios) por la Asamblea Legislativa con una mayoría calificada de votos. Incluso se ha esgrimido la posibilidad de la revocación del nombramiento con una mayoría simple, lo cual genera una dependencia obvia de los jueces de las mayorías de turno.

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

El legislador está sometido al orden constitucional, el poder ejecutivo y la jurisdicción a la ley y al derecho.

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

#### **4.2. El sometimiento al derecho y las consecuencias en la búsqueda de la justicia material**

Igualmente, el sometimiento del juez no solo a la ley, sino también al derecho, conlleva exigencias especiales en muchas áreas. Un papel importante en relación con la función del juez lo desempeñan, por ejemplo, los derechos procesales y los conceptos en los cuales están basados. En Venezuela, esto se refleja en el artículo 257 de la Constitución Bolivariana, que define varios puntos del debido proceso. Naturalmente, la idea es que el derecho positivo y la justicia material vayan de la mano. Si en algunos casos extremos puede ser necesario acudir al derecho natural para lograr la prevalencia de la justicia material, por regla general y dentro del marco del derecho positivo, siempre es necesario que el juez tome su decisión basada en hechos sobre los cuales esté bien informado y cuyos datos equivalgan a la verdad. Como es conocido, el fin del proceso penal es el esclarecimiento de la verdad. Solo si el juez es capaz de lograr este fin, su decisión podrá ajustarse al derecho y a la justicia material. Esto es válido también en el derecho civil. El concepto del derecho procesal civil en Alemania exige un juez activo, director del procedimiento y casi tutor de las partes.

La Ordenanza Procesal Civil de 1877 refleja la influencia del proceso civil francés, tal como fue recibido en el Reino de Hannover en 1850. En su versión inicial, la ordenanza estaba impregnada de una concepción liberal del Estado. Según esta, el desarrollo del procedimiento era responsabilidad de las partes y el tribunal simplemente una instancia juzgadora pasiva y neutral. Esta concepción implicaba en la práctica a una dilación insoportable de los procesos y de hecho puede ser calificada como un fracaso. Desde la aparición de la Ordenanza Procesal Civil austríaca de 1895, en Alemania encontró eco la idea de que la protección judicial efectiva —también en materia civil— es una tarea común. Se trasladó entonces parte de la responsabilidad para el curso formal del proceso y su finalización con una decisión adecuada al juez. En las reformas subsiguientes se redujo la libertad de disposición de las partes sobre el curso del proceso, se fortaleció la dirección del proceso por el juez o el tribunal, se concentró el procedimiento, se reguló la inmediatez del recibimiento de las pruebas y el deber de veracidad de las partes. La tendencia a fortalecer la dirección del proceso por el juez o el tribunal se ve claramente reflejada también en la última reforma a la Ordenanza Procesal Civil. Los § 139 y 142 ZPO aumentaron las obligaciones del juez de adelantar opiniones y dar indicaciones a las partes durante el curso del proceso.

En síntesis, se puede afirmar que, aunque no se ha dejado caer el principio de disposición de las partes, la posición del juez ha sido continuamente fortalecida. Él dirige el procedimiento, conjuntamente con las partes trata de esclarecer los hechos, da indicaciones allí donde, en su opinión, las partes tienen que ofrecer argumentos o pruebas y adelanta opiniones para avisar a las partes en qué dirección piensa decidir. La dirección del proceso por el juez, ya sea en derecho civil o en otras áreas, es clave para el resultado.<sup>11</sup> En Alemania nos hemos decidido por un juez activo, imparcial pero informador respecto a la formación de su convicción dentro de un proceso. La intención es que el juez pueda tomar una decisión de fondo, y solo en pocos casos se retire a decidir sobre la forma sin solucionar el conflicto en sí.

## 5. El “milagro” del funcionamiento de la justicia y de la independencia del juez

El jurista y periodista Heribert Prantl ha analizado la situación de la independencia judicial en Alemania, en especial con relación a la independencia administrativa y presupuestaria del Poder judicial. El resultado de la investigación lo resumió en las primeras dos frases de su artículo<sup>12</sup> publicado en 2006:

No es verdad que no existan milagros. ¡El funcionamiento del Poder judicial es todo un milagro!

<sup>11</sup> Norbert Lösing: “La oralidad en el nuevo derecho procesal civil alemán”, en *Revista Jurídica ABZ*, año 7, junio del 2002, Morelia (México), p. 52.

<sup>12</sup> Heribert Prantl: “Die Entfesselung der dritten Gewalt”, en *Süddeutsche Zeitung*, n.º 81, 6 de abril de 2006, p. 28.

Es un milagro porque funciona a pesar de que el Ejecutivo tiene injerencia en la selección de los jueces. Funciona aunque el equipamiento técnico es lamentable. Funciona aunque la organización y el funcionamiento de los tribunales están en manos de la administración (Poder Ejecutivo) y no de los jueces. Y funciona a pesar de que el presupuesto es administrado por un Ministerio de Justicia y solo la Corte Constitucional Federal tiene un presupuesto propio. Funciona a pesar de que la estructuración del Poder Judicial y la regulación de la remuneración de los jueces provienen, sin grandes cambios, desde la época guillermina. Y funciona, en opinión de Prantl, porque la independencia judicial prevista en el artículo 97 de la Ley Fundamental hace libres, soberanos y orgullosos a los jueces.

Esto sin duda es importante, pero no suficiente para explicar el funcionamiento y sobre todo el hecho de que los jueces realmente *vivan* su independencia. En mi opinión, es la decisión a favor de un juez activo, que durante el procedimiento judicial va indicando y explicando el proceso de la formación de convicción del tribunal, la que ha creado un tipo de juez específico. Es un juez que en la audiencia discute abiertamente con las partes, actúa en el esclarecimiento de los hechos que deberá juzgar, intenta conciliar, explica su visión de los hechos, su valoración de las pruebas, adelanta opiniones, pondera los argumentos y, finalmente, fundamenta sus decisiones. El debate y la dirección del procedimiento en la audiencia pública y oral lo convierten en “el juez al cual se le ha confiado el Poder Judicial”, que puede ser observado y cuya actuación puede ser valorada por el público de la audiencia.

El artículo 97 de la Ley Fundamental es la denominada *columna vertebral* de la independencia de los jueces en Alemania. Pero el hecho de que se declare la independencia de los jueces en la Constitución no significa automáticamente, que los jueces realmente actúen de forma independiente. En definitiva, de la conciencia del juez mismo depende actuar con verdadera independencia. Es, hasta cierto punto, la autoestima del juez la que le ayuda a mantener su independencia a pesar de las presiones que en ciertos casos pueda sufrir por la política o la opinión pública. Los jueces en Alemania gozan de gran prestigio. Esto los compromete a cumplir con sus obligaciones y actuar de forma independiente, para no perder esa aceptación y ese reconocimiento de los ciudadanos alemanes.

## 6. ¿Gobierno de los jueces?

La Ley Fundamental ha depositado amplias competencias en manos de los jueces, las que han llevado a la ya mencionada juridificación de la vida pública en Alemania. Ningún otro país del mundo ha otorgado tanto poder a sus jueces y a sus tribunales, especialmente a la Corte Constitucional Federal. Ningún otro país ha reducido tanto el espacio político por vía de la jurisprudencia. La pregunta ahora es: ¿ha hecho bien el constituyente alemán en depositar tanto poder en manos de los jueces? Sin duda, el poder de los jueces es una respuesta alemana a una época sin derecho. Pero esta experiencia no es la única explicación. Ya en 1959, Otto Bachof analizaba en su ensayo

titulado *Ley Fundamental y el poder de los jueces (Grundgesetz und Richtermacht)*<sup>13</sup> cuál es la razón por la cual el constituyente ha depositado en los jueces tanto poder. El resultado de su análisis es el siguiente:

El poder de los jueces ha aumentado porque la función de la ley ha cambiado.

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

Adicionalmente, parece que el ritmo cada vez más rápido de los cambios legislativos tiene consecuencias en parte nefastas sobre la calidad de la legislación. Por ejemplo, entre 1977 y 1986 se modificaron 6.800 disposiciones de la Ley sobre los Seguros Médicos (SGB V). A pesar de ello, esta ley sigue siendo constante objeto de discusión política y debates de reforma. La Ley de Fomento del Trabajo fue novelada nada menos que 45 veces en los primeros cinco años de su vigencia (entre 1997 y 2002). La ya existente inflación legislativa conduce a otros problemas, que hacen perder la orientación no solo al legislador, sino también a los otros operadores de la justicia. Así, el deseo del legislador de igualar las condiciones de las parejas de hecho del mismo sexo al del matrimonio ha hecho necesario modificar de 61 leyes y decretos, entre ellos no solo disposiciones del Código Civil en materia de derecho de familia o de sucesiones o las leyes de nacionalidad y extranjería, sino también otras tan remotas como la Ley Federal de Pequeños Jardines (*Bundesklingartengesetz*), la Ley de Leche y Margarina y la Ley de Profesores de Autoescuelas.<sup>14</sup> Como medio en broma manifiesta Udo Steiner, exmagistrado de la Corte Constitucional Federal, “la Corte está a la espera de que alguien acuda a ella con el argumento de que el legislador tenía que haber modificado 62 y no solo 61 leyes”.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Otto Bachof: “Grundgesetz und Richtermacht”, en *Wege zum Rechtsstaat*, Königstein im Taunus, 1979, pp. 172 ss.

<sup>14</sup> Ejemplos en Udo Steiner: “Regieren Richter die Deutschen?”, en *Anwaltsblatt* 12/2004, pp. 673 ss.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 675.

En este panorama, no parece extraño que también el ciudadano alemán haya perdido su tradicional confianza en la ley. Esta pérdida de confianza se ve reforzada por los cambios que ha sufrido el Parlamento en su propia posición y estructura. En los inicios del parlamentarismo los representantes del pueblo eran personalidades sobresalientes e independientes, pero ahora el mandato del diputado depende de su vinculación a cierto partido. La desaparición de elementos de contrapeso (en algunos casos de la segunda cámara) puede llegar hasta un absolutismo de la mayoría parlamentaria (en Alemania amortiguada por el sistema federal y la participación en algunos casos casi asfixiante del Consejo Federal en la legislación federal).

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

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

En su famosa controversia con Hans Kelsen, Carl Schmitt sostuvo la tesis de que el jefe de Estado es más idóneo que un tribunal para la defensa de la Constitución. Schmitt retomaba así las reservas expresadas en Francia después de la Revolución contra “un gobierno de los jueces” al afirmar:

Una expansión sin inhibiciones del Poder Judicial no transformaría el Estado en administración de justicia, sino que, a la inversa, convertiría los tribunales en instancias políticas. No se juridificaría la política, sino que se politizaría la justicia. Justicia constitucional sería, pues, una contradicción en si misma.<sup>16</sup>

La misma experiencia durante la República de Weimar, donde el jefe de Estado era, según el concepto constitucional, “el guardián de la Constitución” y en la realidad resultó ser el “sepulturero de la Constitución”, parece desarticular la argumentación de Schmitt.

---

<sup>16</sup> Carl Schmitt: “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung”, en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, 1973, p. 98.

También Wilhelm Wengler ha analizado de forma contundente por qué el carácter político de un acto no excluye la posibilidad de someterlo a un escrutinio o análisis jurídico y por qué los efectos políticos de una resolución judicial no despojan a esta de su carácter jurídico.<sup>17</sup> Tampoco es concebible, como bien indica Francisco Fernández Segado, una justicia constitucional apartada de la realidad social y del dinamismo político dentro del Estado.<sup>18</sup> Helmut Simon incluso habla de que “pierde sentido el dudoso intento de separar tajantemente derecho y política”.<sup>19</sup>

Habiendo aceptado que el derecho político de la Constitución es accesible a una interpretación jurídica, la lógica consecuencia es que dichas resoluciones son necesariamente “políticas”, en el sentido de que tienen efectos políticos. Corresponde al derecho constitucional una doble función: primero como pauta para una continua aproximación a la justicia y la libertad y, a la vez, como protección contra la vulnerabilidad del individuo en una época de cambio. Al ser el parámetro de control de la justicia constitucional la Constitución, interpretada en el tiempo, no es de extrañar que el Tribunal Constitucional sea identificado como una institución política en el seno de un régimen de división de poderes.<sup>20</sup> Asimismo, al ser la misma Constitución la que prevé el control de constitucionalidad por un Tribunal Constitucional, no se justifica hablar de una posible falta de legitimidad del Tribunal Constitucional ni de efectos políticos inaceptables de sus resoluciones. Pero —y esto es decisivo—, la aceptación de dicha jurisprudencia y el prestigio de la institución dependerá siempre del hecho de que los jueces mantengan su independencia frente a los otros poderes.

## 7. Conclusiones

Podemos constatar, con las palabras de Tomás y Valiente, que hemos pasado de una administración de justicia a un auténtico Poder Judicial.<sup>21</sup> Roman Herzog incluso argumenta que el Poder Judicial hoy en día es la única garantía de la idea de la separación de poderes, si bien lo cierto es que el menoscabo del Estado de derecho que ha traído consigo el allanamiento de la relación de tensión entre el Legislativo y el Ejecutivo a través de los partidos políticos no ha sido soldado totalmente a través del reforzamiento del control jurisdiccional de estos dos poderes.<sup>22</sup> A pesar de ello,

<sup>17</sup> Wilhelm Wengler: *Der Begriff des Politischen im Internationalen Recht*, 1956, p. 40 ss.

<sup>18</sup> Opinión de Lucas Verdú compartida y citada por Francisco Fernández Segado: *El sistema constitucional español*, Madrid: Dykinson, 1992, p. 1053.

<sup>19</sup> H. Simon: “La jurisdicción constitucional”, en E. Benda, W. Maihofer, J. Vogel, C. Hesse y W. Heyde: *Manual de derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 849.

<sup>20</sup> P. Häberle: “Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft”, en P. Häberle: *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, Königstein im Taunus, 1980, pp. 56 ss.; H. Simon: “La jurisdicción constitucional”, en E. Benda, W. Maihofer, J. Vogel, C. Hesse y W. Heyde: *Manual de derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 849.

<sup>21</sup> Tomás y Valiente: o. cit., p. 22.

<sup>22</sup> Roman Herzog, en Maunz-Dürig: *Kommentar zum Grundgesetz*, p. 152; citado en castellano en María Luz Martínez Alarcón: *La independencia judicial*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 45.

la justicia, y en medida especial la justicia constitucional,<sup>23</sup> han contribuido a fortalecer el Estado de derecho cumpliendo con la exigencia de la Ley Fundamental de Bonn de ser un ordenamiento de valores directamente aplicable a las relaciones entre el Estado y el ciudadano y entre los particulares mismos. La Constitución ha facilitado en Alemania el cauteloso alejamiento del iuspositivismo al positivizar muchos de los valores del derecho natural y ayudado de esta forma a los jueces a cumplir con su tarea de aplicar la ley y el derecho. Con ello contribuye a la pacificación de la sociedad, también en cuanto señala los límites de decisiones mayoritarias dentro de una democracia constitucional.<sup>24</sup>

En Alemania, el Poder Judicial ha contribuido, con todos los déficits que también se observan en ese país, de forma contundente en el fortalecimiento del Estado de derecho. El prestigio de los jueces es muy alto, especialmente de los magistrados del Tribunal Constitucional. Y esto a pesar de que en especial la selección de los magistrados del Tribunal Constitucional es el resultado de acuerdos y arreglos políticos. Esto confirma nuevamente la tesis de Luis Pásara:

La independencia judicial no proviene solo del diseño legal e institucional que se adopte, sino de la conciencia del juez.<sup>25</sup>

Como conclusión, la independencia no solo es un derecho del juez, sino una obligación que debe cumplir a conciencia.

---

<sup>23</sup> Norbert Lösing: "La jurisdicción constitucional como contribución al Estado de derecho", en Francisco Fernández Segado (comp.): *La Constitución española en el contexto constitucional europeo*, Madrid: Dykinson, 2003, pp. 1003 ss.

<sup>24</sup> En este sentido véase W. Hassemmer: "Konstitutionelle Demokratie", en Francisco Fernández Segado (comp.): *La Constitución española en el contexto constitucional europeo*, Madrid: Dykinson, 2003, pp. 1311 ss.

<sup>25</sup> Luis Pásara: "La independencia judicial: una reconsideración", en *Boletín Electrónico de la Asociación de Egresados y Graduados de la PUCP*, <<http://www.peru21.com/comunidad/Columnistas/html/pasaraIndex.html>>.