

ExLibris**Sección coordinada por *Pablo Sánchez-Ostiz******Recensiones:***

Recensión a Larry ALEXANDER/Kimberly Kessler FERZAN, *Reflections on Crime and Culpability*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, 223 páginas, por Leandro DIAS

Recensión a Gonzalo J. BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Marcial Pons, Madrid, 2019, 419 páginas, por Arturo González DE LEÓN BERINI

Recensión a Bernd RÜTHERS, *La revolución secreta. Del Estado de derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método* (trad. de Francisco J. CAMPOS ZAMORA), Marcial Pons, Madrid, 2020, 169 páginas, por Ivó COCA VILA

Análisis:

Ingke GOECKENJAN, *Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung. Eine Analyse zurechnungsausschließender Topoi beim vorsätzlichen Erfolgsdelikt*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2017, 331 páginas, por Kai AMBOS

-

Bernd Rüthers, La revolución secreta. Del Estado de derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método (trad. de Francisco J. Campos Zamora), Marcial Pons, Madrid, 2020, 169 páginas

Ivó Coca Vila
 MPI zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht
 i.coca-vila@csl.mpg.de

“La República Federal de Alemania ha pasado de ser un Estado democrático de derecho a un «Estado judicial». Con esta contundente aseveración iniciaba Bernd RÜTHERS, profesor emérito en la Universidad de Constanza, el prefacio a la primera edición de su ensayo titulado “*Die Heimliche Revolution. Vom Rechtsstaat zum Richterstaat*”, 2014, Mohr Siebeck, Tubinga. Dos años más tarde aparecería publicada una segunda edición (2016, Mohr Siebeck, Tubinga), rematada entonces con un epílogo en el que el autor responde a algunas de las objeciones formuladas contra la primera edición. En *ExLibris* damos cuenta ahora de la publicación de la versión española de dicha obra, cuya preparación ha corrido a cuenta de Francisco J. CAMPOS ZAMORA (Profesor de la Universidad de Costa Rica) y que ha sido publicada, coincidiendo con el nonagésimo aniversario de Bernd RÜTHERS, a principios del año 2020 por *Marcial Pons* en su colección *Filosofía y Derecho*. El que también en la sección de recensiones de una revista consagrada al análisis del Derecho penal haya espacio para la presentación de una obra dedicada a la teoría sobre el método jurídico y a las formas de intervención judicial «correctora» no precisa de ulterior explicación tan pronto como se advierte que, en realidad, de lo que se ocupa RÜTHERS en este libro es de una “cuestión clave en todo Estado constitucional democrático, a saber, la distribución del poder de normar entre la legislación y la administración de justicia” (Prefacio a la 2ª ed.).

-I-

Ya el título de la obra refleja de forma meridiana las dos principales tesis defendidas por RÜTHERS. En primer lugar, en la República Federal de Alemania habría tenido lugar una auténtica “revolución”. El Estado alemán habría dejado de ser un Estado democrático de Derecho para convertirse en un Estado judicial. “Extensas áreas de todas las ramas del derecho se regulan, ya no a través de las leyes, sino del «derecho judicial». Rige un hecho indiscutible: el derecho es aquello que los tribunales superiores competentes declaran como derecho vigente hasta que se avecine el próximo cambio jurisprudencial” (Prefacio a la 1ª ed.). En todo caso, entiende RÜTHERS que el Derecho judicial resultaría en la actualidad imprescindible: como ya KANTOROWICZ mostrara, la laguna legal no es la excepción, sino la regla (pp. 150-151). No es solo que el legislador democrático no puede ofrecer anticipadamente una respuesta legal a todos y cada uno de los conflictos de intereses imaginables en el seno de una sociedad altamente cambiante, sino que con frecuencia prefiere dejar la resolución de tales conflictos en manos del poder judicial. “[V]ivimos realmente en un «Estado judicial», [pues son] las últimas instancias judiciales (...) quienes deciden de forma vinculante aquello que es el derecho vigente” (p. 150). Y esto mismo vale para el Derecho constitucional. “El Tribunal Constitucional Federal [*Bundesverfassungsgericht* (BVerfG)] se ha convertido en la máxima fuente de derecho” (Prefacio

a la 1ª ed.). También la jurisprudencia del TEDH y el TJCE estaría creando de forma masiva Derecho (p. 58).

Y esta revolución, así reza la segunda de las tesis centrales de RÜTHERS, se habría producido de forma secreta. Es decir, los jueces, ordinarios y constitucionales, habrían logrado usurpar las funciones del poder legislativo subrepticamente, de modo que su actual posición de poder habría permanecido hasta el momento inadvertida. Aunque RÜTHERS concede a sus críticos, en el epílogo a la 2ª ed., que la revolución ya no sería «secreta», pues el cambio hacia el Estado judicial sería evidente desde hace tiempo, insiste en que el poder judicial alemán ha ocultado largamente su asalto al poder legislativo (p. 152). Ahora bien, ¿cómo habrían logrado los jueces llevar a cabo esta revolución encubierta? RÜTHERS sostiene que, pese a que la ciencia y jurisprudencia alemanas habrían vivido en los últimos cien años importantes cambios constitucionales y metodológicos, ni los científicos del Derecho ni la jurisprudencia se habrían preguntado seriamente por el origen y las consecuencias históricas de sus métodos de interpretación. *Palabra clave: continuidades metodológicas* (pp. 51-52). “El derecho que no presta atención a la historia es peligroso; aún más sorprendente resulta la clara abstinencia, incluso el abierto desprecio de renombrados juristas contra la metodología jurídica” (p. 77). Ello explicaría, siempre según nuestro autor, que la jurisprudencia y doctrina dominantes en Alemania sigan aferradas al mismo método de interpretación de corte objetivo o teleológico-objetivo à la LARENZ (pp. 93-96) que de tan buen predicamento gozó entre jueces y profesores durante el periodo nacional-socialista (p. 52). Conforme a este, el interprete no debería partir “del fin de la norma ni del objetivo regulatorio de la legislación, sino de una supuesta «voluntad racional de la ley», en el momento de su aplicación” (p. 51). Sin embargo, dado que la teoría de la interpretación objetiva busca una objetividad que, en el marco de un Estado democrático de Derecho, ni existe ni puede existir, pues “el derecho justo existe solo en *comunidades de fe*” (p. 49), el recurso a una interpretación objetiva “es un medio para engañar haciendo parecer el establecimiento de normas en la judicatura, como un producto de una «interpretación» supuestamente científica” (p. 87). Dado que la ley nunca tiene una voluntad propia, según RÜTHERS, el juez que busca tal entelequia amparándose en el método objetivo solo puede encontrar en la ley aquello que previamente ya ha introducido (pp. 155-156). El método objetivo, en suma, no es un método de interpretación (*Auslegung*), sino de inserción (*Hinlegung*), esto es, de creación de Derecho. *Palabra clave: honestidad metodológica*.

-II-

En esta revolución secreta, entiende RÜTHERS, también habría participado, y con un papel destacado, el BVerfG. Este, junto al TEDH y el TJCE, se habría convertido en la fuente suprema de creación del Derecho en Alemania (p. 55). Hasta donde alcanzo a ver, son tres las razones principales que explicarían –siempre según nuestro autor– el aumento del poder legislativo del BVerfG en detrimento de las cámaras parlamentarias. En primer lugar, la comprensión de la Ley Fundamental por parte del BVerfG (*Lüth-Urteil*, 15.1.1958 [BVerfGE 7, 198 ff.=NJW 1958, 257 ff.]) como un “orden de valores objetivo”, que irradia su fuerza sobre todo el ordenamiento jurídico, habría fortalecido inmensamente la posición de poder de este tribunal (pp. 57-58) e incrementado exponencialmente el riesgo de que una interpretación conforme a la Constitución acabe suponiendo, en realidad, una modificación de la ley ordinaria interpretada. Esta posición de poder (creador de Derecho), ahora ya en segundo lugar, se ve reforzada al propugnar el BVerfG la libertad del juez en materia metodológica, relegando la voluntad histórica del legislador al papel de un mero criterio complementario y, en muchos, casos renunciable o irrelevante (p. 95).

Para RÜTHERS, sin embargo, “[q]uien otorga al Tribunal la libertad de elección metodológica propaga la arbitrariedad del contenido constitucional de acuerdo con las cambiantes preferencias ideales, orientadas al espíritu de la época de la respectiva Sala del Tribunal que se declara competente para conocer del asunto” (p. 56). Y es que, como el propio HASSEMER reconociera, célebre defensor de la libertad de elección metodológica: “con la elección de un método particular de interpretación, se elige también un resultado determinado mientras se rechaza otro” (p. 95). El método ya no es el instrumento para resolver el caso, sino para camuflar una solución previamente adoptada. Dado que esta libertad metodológica, además, se materializa con frecuencia en la praxis en un recurso al método objetivo, el BVerfG habría sentado las bases para una creación del Derecho (judicial) subjetiva y enmascarada bajo un halo irreal de objetividad. Finalmente, en tercer lugar, entiende RÜTHERS que la concepción profundamente politizada que tienen algunos magistrados del BVerfG de su cargo favorecería asimismo su creciente poder creador de normas. Aquellos ya no se contentarían con su clásica función de “guardianes de la Constitución”, sino que se arrojarían una función mucho más pretenciosa, a saber, la de operar como motores del cambio social (p. 117) a través de resoluciones dinamizadoras o actualizadoras de la Constitución (p. 110). El BVerfG no solo estaría fosilizando conceptos jurídicos ordinarios como el de “violencia” en el delito de coacciones (§ 240 StGB), sino que estaría creando nuevos Derechos constitucionales (p.ej., el Derecho fundamental a la autodeterminación informativa) al mismo tiempo que declararía obsoletos otros explícitamente contenidos en la Ley Fundamental (pp. 104-110).

Así las cosas, no es de extrañar que, a ojos de nuestro autor, también el Derecho constitucional se habría convertido esencialmente en Derecho constitucional judicial. Y el problema no es que el BVerfG haya de recurrir con frecuencia al perfeccionamiento del Derecho para cubrir lagunas, sino que son muchas las Sentencias de dicho Tribunal en las que se desvía derechamente de los valores inmanentes en la Ley Fundamental, reemplazándolos por otros (p. 106) y, de este modo, creando Derecho Constitucional de nueva planta. Ello quedaría patente, por ejemplo, en su declaración de inconstitucionalidad del tratamiento fiscal discriminatorio de los cónyuges de un mismo sexo respecto a las parejas heterosexuales (*Ehegattensplitting-Urteil*, BVerfG, 07.05.2013, [2 BvR 909/06, 2 BvR 1981/06, 2 BvR 288/07]). Pese a que el Art. 6, párrafo 1 de la Ley Fundamental establece que el matrimonio y la familia “están bajo la protección particular del orden estatal”, siendo según RÜTHERS la voluntad histórica del legislador constitucional alemán fomentar la natalidad como presupuesto indispensable para la supervivencia del pueblo y, por extensión, del Estado (p. 112), el BVerfG, apartándose de la voluntad legislativa democrática del constituyente, elimina la protección especial al matrimonio y a la familia a través de un vago recurso al principio genérico de igualdad (Art. 3 GG), equiparando a efectos fiscales las parejas homosexuales y heterosexuales. “El principio general de igualdad no es una cláusula suprallegal, utilizable de forma genérica para modificar el art. 6, párrafo 1, de la Ley Fundamental en contra del procedimiento obligatorio del art. 79 de la Ley Fundamental, solo por el deseo del Tribunal de alinear el contenido de igualdad con el cambiante «espíritu de la época»” (p. 113). Al apartarse del “propósito original de la norma”, como “punto de partida para cualquier interpretación constitucional correcta desde el punto de vista metodológico” (p. 114), el BVerfG está modificando la Ley Fundamental. “Esta decisión es «un acto revolucionario»” (p. 119).

Esta función creadora del Derecho (constitucional) asumida por el BVerfG supondría para RÜTHERS un profundo cuestionamiento tanto del principio de separación de poderes como del principio democrático. “Los tribunales, que exceden los límites de las competencias, (*sic*) asignadas por la Constitución, se arrojan funciones de establecimiento de normas sin base legal

alguna («tribunales sin límites!»), violan el Estado de derecho y el principio democrático” (p. 59). Y adviértase que para nuestro autor el poder legislativo que habrían alcanzado los jueces, especialmente los constitucionales, sería prácticamente ilimitado, pues carecería de todo contrapeso. El control parlamentario fracasa, como inefectiva se muestra asimismo la crítica en el foro público de las resoluciones judiciales (pp. 59-64). La dogmática tampoco supone una medida efectiva de control del Derecho judicial. Por un lado, “la dogmática consiste principalmente en representaciones de valor memorizadas y predominantemente reconocidas, para las cuales no existe ninguna prueba de verdad” y, en gran medida, está fuertemente influenciada por la jurisprudencia que debería limitar (pp. 65-67). Por otro lado, RÜTHERS advierte de la profunda complacencia con la que los profesores de Derecho público alemanes reciben la jurisprudencia del BverfG: *Karlsruhe locuta, causa finita*. “No pocos especialistas en derecho público consideran que la elección como juez del Tribunal Constitucional Federal es el punto más importante y valioso de su carrera profesional. Es probable que este hecho limite su disposición a criticar abiertamente las decisiones judiciales controvertidas” (p. 124).

-III-

Aunque el objetivo central de esta obra es el de denunciar a los cuatro vientos la arriba referida revolución, lo cierto es que, aunque de un modo superficial, RÜTHERS deja entrever las líneas esenciales de un método de aplicación del Derecho pretendidamente capaz, como mínimo, de mitigar la erosión del principio democrático y de separación de poderes que traería consigo el imparable auge del Derecho judicial. En primer lugar, proclama nuestro autor que las cuestiones metodológicas son cuestiones de poder y, por ende, de naturaleza constitucional (pp. 159-163, 194), esto es, que la Ley Fundamental no es neutral en lo que se refiere a la metodología de los jueces y que, por ende, estos no pueden decidir libremente el método de aplicación del Derecho. *Palabra clave: constitucionalización de la teoría del método* (cfr. al respecto JAESTEDT, «Das Proprium des öffentlichen Rechts», en ENGEL/SCHÖN [eds.], *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2007, pp. 258 ss.). En particular, entiende RÜTHERS que son el principio democrático y el de separación de poderes, junto con el resto de Derechos fundamentales, los parámetros centrales desde los que derivar un método de aplicación del Derecho conforme con la Constitución.

Presupuesta la naturaleza constitucional de la pregunta por el método, ahora ya en segundo lugar, RÜTHERS entiende que el único compatible con los principios constitucionales referidos es la interpretación histórico-subjetiva. “Cualquier persona que desee aplicar las leyes conforme con la Constitución siempre debe intentar identificar aquello que la legislación deseaba alcanzar al promulgar el precepto por aplicar, después de haber leído el texto de la norma, de conformidad con las disposiciones constitucionales de los arts. 1 [IVC: protección de la dignidad del ser humano], 20, párrafo 3 [IVC: sometimiento del poder judicial a la ley y al derecho], y 97, párrafo 1 [IVC: independencia judicial y sometimiento a la ley], de la Ley Fundamental” (p. 83). Es decir, en vez de ampararse en una supuesta interpretación objetiva de la ley, que en realidad no hace sino ocultar actos de pura creación subjetiva de Derecho, los jueces habrían de preguntarse por “el propósito de la ley, sobre el fin regulatorio jurídico-político del precepto. Este es el primer paso indispensable, no el último para la aplicación de la ley. El estudio del propósito histórico de la norma puede ser difícil de determinar e inclusive se puede fracasar en el intento; sin embargo, es indispensable si se quiere garantizar la separación de poderes y el principio democrático” (p. 83).

En tercer lugar, y dado que en ocasiones el juez no podrá conocer cuál era la voluntad legislativa o llegará a la conclusión de que dicha voluntad, a tenor de los cambios sociales, económicos, culturales etc., ya no constituye un punto de partida idóneo para aplicar el Derecho, RÜTHERS entiende ineludible que los jueces operen en tal caso de una forma metodológicamente honesta (p. 87). Allí donde el Derecho judicial sea inevitable, “[e]l necesario «perfeccionamiento del derecho», en términos de establecimiento de normas, tiene que ser mostrado como tal en aquellos casos en los cuales el derecho debe ser aplicado de forma honesta y no ocultado, tras la niebla que lo camufla como un método aparentemente «objetivo»” (p. 87). En definitiva, allí donde el juez no interprete el Derecho, sino que lo cree, esto es, lo perfeccione o lo desarrolle *praeter* o *contra legem*, aquel deberá exponer con claridad la naturaleza político-jurídica de su resolución, que habrá de ser valorada únicamente en atención a su fundamentación.

Y finalmente, en cuarto y último lugar, se pregunta RÜTHERS si no debería Alemania contar con una ley metodológica en la que se fijaran los parámetros de aplicación del Derecho, a imagen y semejanza de lo establecido en el art. 1 del Código civil suizo, los arts. 6 y 7 del Código Civil General de Austria, el art. 4 del *Code Civil* francés (p. 164) o, añadido yo, los arts. 3 y 4 del Código Civil español. RÜTHERS entiende que, sea como fuere, los “límites determinantes al derecho judicial son el principio democrático, en tanto prioridad de la legislación y la división de poderes, propia del Estado de derecho” (p. 165). A partir de aquí, se limita a decirnos que una “ley metodológica, que declare y establezca las mencionadas reglas metódicas generales inmanentes a la Constitución, sería un proyecto interesante” (p. 165).

-IV-

Es mérito de RÜTHERS haber puesto –desde hace ya tiempo y con tenaz insistencia– de manifiesto la trascendencia constitucional de las cuestiones metodológicas, así como su naturaleza y relevancia política. Del método jurídico, como mínimo en parte, depende el poder de los jueces para crear Derecho y, con ello, la delimitación de funciones entre el poder judicial y el legislativo en el seno de un Estado democrático de Derecho. *Quis interpretabitur? Quis iudicabit?* Insistir en ello, como lo es en la necesidad de una permanente autorreflexión metodológica, nunca puede estar de más. Todo esto es lo que nos ofrece RÜTHERS en su provocador ensayo. El problema es quizá que esto es también todo lo que nos ofrece en la obra aquí recensionada. Dejando a un lado el hecho de que las tesis allí defendidas por RÜTHERS son ya de sobras conocidas tanto por el lector de su *Rechtstheorie* (RÜTHERS/FISCHER/BIRK, 11ª ed., 2020, en particular, pp. 430 ss.), como, en especial, por el de su fundamental trabajo de habilitación, *Die unbegrenzte Auslegung*, 1968, 8ª ed., 2017; lo cierto es que RÜTHERS no presenta apenas propuestas constructivas a fin de contrarrestar (jurídicamente o políticamente) la revolución que dice haber desenmascarado (en cambio, cfr. en este sentido el reciente trabajo de VOßKUHLE, «Rechtsstaat und Demokratie», *NJW*, (43), 2018, pp. 3154 ss.).

Por un lado, no extrae ninguna consecuencia concreta de sus –por momentos– desmedidas aseveraciones sobre la mutación del Estado alemán desde un Estado de Derecho a uno judicial. Esta presentación radicalmente polarizada del problema constituye sin duda un provocativo reclamo promocional del libro, pero difícilmente puede ser tomada en serio como punto de partida sobre el que discutir y, eventualmente resolver, los problemas que adecuadamente identifica RÜTHERS. ¿O es que acaso sostendría seriamente que Alemania ha dejado de ser una democracia y se ha convertido en un Estado oligárquico dominado por una aristocracia judicial? Si resulta que la mayoría del Derecho ordinario y constitucional es judicial, ¿es el ordenamiento

alemán un Derecho esencialmente no democrático? Dudo que nuestro autor pretenda que sus categóricas afirmaciones hayan de ser tomadas en serio. El problema, en todo caso, es que tampoco nos explica RÜTHERS qué consecuencias prácticas habríamos de extraer de su diagnóstico tremendista.

Y, por otro lado, tampoco nos ofrece la –razonablemente esperable– defensa del método histórico-subjetivo como punto de partida para una aplicación del Derecho democrática y respetuosa del principio de separación de poderes. En primer lugar, nuestro autor no se hace cargo de las críticas que también se han dirigido al método histórico-subjetivo desde el prisma del principio democrático, en particular, por qué habría de ser más respetuoso con tal principio una aplicación del Derecho que responde a una voluntad legislativa pretérita en el tiempo cuando aquella es contraria a la voluntad mayoritaria del pueblo en el momento en el que el juez debe aplicar el Derecho. Tampoco resulta convincente el modo en el que desdeña a la dogmática como mecanismo de control de la jurisprudencia. No es cierto que esta se limite a memorizar y repetir el sentido de las resoluciones jurisprudenciales. Existe seguro una dogmática seguidista, pero también una autónoma y crítica (sobre todo ello, cfr. ROBLES PLANAS, «La identidad de la dogmática jurídico-penal», *ZIS*, (2), 2010, pp. 134 ss.). En segundo lugar, RÜTHERS asume que el método histórico-subjetivo es el único realmente compatible con el principio democrático y el de separación de poderes, pero él mismo reconoce que la indagación de la voluntad legislativa histórica no es siempre sencilla. En realidad, parece posible afirmar que la voluntad legislativa es, como lo puede ser la voluntad objetiva de la ley, un constructo, para cuya determinación el juez gozará igualmente de una amplia discrecionalidad. De hecho, RÜTHERS reconoce que allí donde la voluntad legal ya no pueda operar como un criterio válido para aplicar el Derecho, el juez puede apartarse de aquella, aunque haciéndolo explícito. Y con esto llego, ahora ya en tercer lugar, al último de los flancos descubiertos por nuestro autor que ameritan ser resaltados. RÜTHERS insiste en la importancia de la honestidad metodológica y en que los competentes para crear el Derecho son los parlamentos, esto es, el poder legislativo, y no el judicial. Sin embargo, también reconoce que el Derecho judicial es inexcusable y lo único que le demanda entonces al juez es honestidad metodológica, esto es, que reconozca su función creadora del Derecho. Ahora bien, ¿por qué razón esta honestidad metodológica habría de impedir la erosión del principio democrático o de separación de poderes? Formulado de otro modo: ¿dónde encuentra su legitimidad (constitucional) el juez que al crear Derecho evidencia la naturaleza de su actividad? ¿Es el mero reconocimiento de la usurpación de una función legislativa razón suficiente para legitimar el desplazamiento de las líneas de poder entre el legislativo y el judicial? Esta pregunta, central en el planteamiento de RÜTHERS, queda también sin respuesta en la obra aquí recensionada.

RÜTHERS formula en su “Revolución secreta” preguntas fundamentales en el seno de cualquier Estado democrático de Derecho y que habrían de preocupar, cuando no obsesionar, a cualquier jurista, también al penalista. Por ello, y pese a no ofrecer soluciones constructivas concluyentes para la determinación de una correlación de fuerzas plausible entre el poder legislativo y judicial, el ensayo de RÜTHERS merece ser leído y discutido. A Francisco J. CAMPOS ZAMORA debemos agradecerle el esfuerzo de haberlo puesto a disposición del lector hispanohablante. Si para conseguir captar la atención de un importante número de juristas no interesados habitualmente por estas cuestiones es forzoso recurrir al estilo maniqueísta y, por momentos, efectista que caracteriza la monografía aquí recensionada es algo que puede quedar a juicio del lector.