

RÜTHERS, BERND: "DIE HEIMLICHE REVOLUTION VOM RECHTSSTAAT ZUM RICHTERSTAAT", 2ª EDICIÓN, TÜBINGEN, MOHR SIEBECK, 2016, 205 PP.

CARLOS ISLER SOTO*
Universidad Bernardo O'Higgins
Santiago, Chile

"Die Heimliche Revolution" trata sobre el creciente y desmedido poder político que han adquirido los jueces en Alemania, particularmente el Tribunal Constitucional. Rüdters llama a este proceso "revolución", porque constituye un verdadero atentado a los principios del Estado democrático de Derecho tal como están consagrados por la Ley Fundamental alemana, y la llama "oculta", porque este proceso se enmascara como el resultado de simples interpretaciones a dicha Ley Fundamental realizadas por los tribunales superiores.

Este interesante libro comienza con un recorrido histórico sobre el papel de la Constitución en la reciente historia alemana. Recuerda que Alemania ha tenido múltiples quiebres institucionales en el último siglo y medio, y que en muchos de ellos ha permanecido vigente la misma Constitución. El caso más claro es el de la Constitución de Weimar, que formalmente permaneció vigente tras la llegada al poder del nacionalsocialismo, pero que bajo los nazis habría de ser aplicada de modo muy distinto, hasta el punto de hacerse compatible con la comisión de las mayores injusticias. Lo mismo acontece con el resto del ordenamiento jurídico: si se compara el existente con anterioridad a la llegada al poder de los nazis y el siguiente a ésta, es muy similar; sin embargo, es obvio que su aplicación fue totalmente diversa. Rüdters cree que la causa de ello se encuentra, por un lado, en el recambio

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Magister en Filosofía con mención en Metafísica, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor en las facultades de Derecho de las Universidades Andrés Bello, Bernardo O'Higgins y Diego Portales.

generacional de los jueces y juristas, ya que jueces y juristas imbuidos por el nuevo *Zeitgeist* tienden a interpretar los conceptos jurídicos fundamentales de cada rama del ordenamiento de modo muy diverso a como lo habían sido en el pasado; y por otro lado, en la elección de nuevos métodos de interpretación, particularmente el llamado método de interpretación "objetivo" propugnado por Larenz y su escuela, que permite proyectar en la ley o Constitución valores o fines propios del intérprete. Un proceso similar de transformación del Derecho habría ocurrido en la dictadura comunista en la República Democrática Alemana: lo que permitió la aplicación del Derecho para fines totalitarios fue, más que el cambio formal del mismo, la introducción de una nueva generación de juristas y jueces formados en gran parte en la Unión Soviética e imbuidos de la ideología del marxismo-leninismo. Para el autor, por ende, es fundamental atender a los aplicadores del Derecho y a los métodos de aplicación que utilizan. El Derecho formal por sí solo no garantiza su correcta aplicación (*cf.* pp. 1-28).

A continuación, en el capítulo IV, expone cómo el proceso se ha complicado en los últimos años con la elevación de la Constitución a norma suprema a ser aplicada directamente por todos los jueces, con el consiguiente "efecto irradiación" de la misma. Ello ha causado un creciente poder político del Tribunal Constitucional, porque de hecho sus decisiones irán afectando las decisiones de otros jueces y órganos administrativos al momento de aplicar la Constitución. Rùthers muestra que las posibilidades de controlar efectivamente al Tribunal Constitucional son bastante limitadas, en primer lugar, porque la dogmática tiende a ser poco crítica de éste, y la metodología de la interpretación, en los hechos, no ha podido impedir el activismo judicial, ya que los tribunales superiores tienden a escoger el método interpretativo que más les conviene de acuerdo al resultado al cual previamente habían escogido. En ese sentido, Rùthers cree que la situación a la que se ha llegado es similar a la descrita por los realistas estadounidenses, aunque, a diferencia de éstos, no cree que esta situación sea legítima ni inevitable (*cf.* pp. 29-57).

Rùthers cree que el impulso principal a este activismo judicial proviene del resurgimiento del iusnaturalismo de postguerra y posterior a la reunificación, que culpaba al positivismo jurídico de la aceptación y aplicación acrítica por los jueces y juristas de las leyes injustas de las dictaduras nazi y marxista, de modo que sería necesario, en ocasiones, buscar un Derecho más alto a la Constitución para interpretar la ley. Él cree, sin embargo, que la verdadera causa de la aplicación del Derecho a fines inicuos es el recambio generacional realizado por nazis y marxistas, más que el positivismo jurídico, y tiende a considerar, por el contrario, al iusnaturalismo como favorable al activismo judicial que tanto critica (*cf.* pp. 58-72).

El autor cree, por un lado, que cierto grado de producción del Derecho por los jueces, incluso constitucionales, es inevitable. Ello se debe a que es imposible que la ley o la misma Constitución prevean todos los casos futuros, de modo que necesariamente en el espacio dejado por las inevitables lagunas jurídicas del juez, por el principio de inexcusabilidad, deberá resolver creando Derecho. Para que dicha creación sea legítima, sin embargo, debe inspirarse en los principios superiores de cada rama del ordenamiento. En ese sentido, su creación no es libre, como la de los parlamentarios.

Sin embargo, existen casos en los que lisa y llanamente los jueces ejercen activismo judicial, vale decir, crean Derecho modificando lo prescrito por la Constitución o leyes. Ello ocurre cuando éstas dan una respuesta inequívoca si se aplica el método de interpretación llamado “teleológico-subjetivo” y, sin embargo, el juez decide en contrario acudiendo, para justificar su decisión, a la aplicación de algún otro método de interpretación del Derecho. Rùthers cree que un caso especialmente notorio de tal activismo judicial por parte del Tribunal Constitucional ocurrió en la equiparación, para ciertos fines, de las uniones homosexuales al matrimonio, en sentencia del 7 de mayo de 2013. La Ley Fundamental exige la especial protección del matrimonio y la familia, y es claro que, para los creadores de la Ley Fundamental, dicha protección se basa en la capacidad procreadora del matrimonio, vital para la continuación de la existencia del Estado mismo. Uniones homosexuales no tienen tal capacidad creadora, por lo que no pueden recibir la protección propia del matrimonio. Sin embargo, el Tribunal Constitucional decidió en contrario, equiparando a ambos para ciertos fines, imponiendo sus propios valores a los del constituyente, modificando, con ello, además, la Ley Fundamental de modo no permitido por ella misma, ya que ésta no otorga a dicho Tribunal facultades constituyentes (*cf.* pp. 73-138). Rùthers cita varios otros casos de activismo judicial flagrante por el Tribunal Constitucional alemán (*cf.* pp. 109-115), como el progresivo desamparo del derecho a la honra, o el “fallo del crucifijo”. Todo ello permite decir que el Tribunal se está transformando, de un protector de la Constitución, a su señor.

Y es que, para Rùthers, la Ley Fundamental sí prescribe claramente un método de interpretación, tanto de las leyes, como de ella misma: el llamado “teleológico-subjetivo”, que obliga al órgano aplicador interpretar la ley teniendo en consideración el fin del legislador o del constituyente. Solo la aplicación de dicho método es legítima si se quiere respetar la separación de poderes. Lejos de ser una reliquia del pasado, es el único garante contra el capricho judicial. De ahí la constante referencia del autor a las disputas sobre metodología del Derecho, que comienza con la disputa entre la jurisprudencia de conceptos y de intereses, sigue la exposición del dominio de las escuelas de Larenz y Schmitt en la época del nazismo, y luego la tendencia

reciente de los tribunales superiores alemanes a utilizar el método "objetivo" para aplicar el Derecho. Dicho método es absurdo, supone el autor: supone adscribir al ordenamiento o a la ley fines que ellas no pueden tener. Solo las personas pueden tener fines, no las leyes, de modo que cualquier adscripción de cierto "fin" al ordenamiento por el aplicador no es más que la proyección, consciente o no, de los propios fines en el mismo. Y en ello consiste, precisamente, el activismo judicial, y por ello puede decirse, piensa Rüthers, que la actuación de los jueces actuales es similar, en este respecto, a la de sus antecesores bajo los regímenes totalitarios: realizan una transformación del mismo bajo el imperio del *Zeitgeist* del cual ellos se sienten intérpretes, creyéndose muchas veces agentes legítimos del cambio social, fallando de acuerdo a lo que prescribe el espíritu del tiempo –por definición, siempre cambiante– y no a lo que dice la ley.

El método adecuado para interpretar la ley es, entonces, el llamado "teleológico-subjetivo", defendido ya tempranamente por Philipp Heck y la Jurisprudencia de Intereses. Él solo es compatible con la democracia y la separación de poderes. Muestra que el propio Tribunal Constitucional alemán declaró lo mismo, en relación a la sujeción del juez ordinario a la ley, en una sentencia del primer senado de 2011, que recoge la doctrina de un voto de minoría del segundo senado de enero de 2009. Constata que, lamentablemente, dichas sentencias han sido poco representativas de la jurisprudencia del Tribunal, y no han sido seguidas por la jurisprudencia más reciente, ni la doctrina allí enunciada ha sido aplicada a su propia interpretación de la ley. Se trató, en consecuencia, solo de una nueva muestra de elección libre de los métodos de interpretación de acuerdo al resultado escogido de antemano (*cf.* pp.97-102). Rüthers incluso se refiere a la jurisprudencia de algunos jueces en particular, y destaca, como particularmente respetuosa del Estado de Derecho y la separación de poderes, la jurisprudencia de Evelyn Hass, expresada generalmente en votos de minoría frente a las decisiones de sus colegas activistas.

En lo que resta del libro, Rüthers vuelve a defender la aplicación del método "subjetivo" de interpretación, destaca la importancia de la elección adecuada de los miembros del mismo, y se explaya sobre la legitimidad de la existencia de cierto Derecho creado por los jueces en el caso de las lagunas jurídicas. El libro concluye con una *postfacio* (*cf.* pp.171-205) en el que se refiere a críticas recibidas por la primera edición del mismo. La mayor sería que el proceso descrito por el libro no sería "oculto", como pretende Rüthers, sino abierto y conocido. Sin embargo, aclara Rüthers, sí se trata de un proceso oculto, en cuanto sus actores, los jueces, enmascaran su activismo judicial apelando a diversos métodos de interpretación de la Constitución que, en

la práctica, les permiten imponer sus propias convicciones a la sociedad sin tener legitimidad para ello.

“Die Heimliche Revolution” es un libro muy interesante y recomendable de leer, sobre todo por la creciente importancia del tema que trata. En efecto, una de las mayores amenazas a la democracia y al Estado de Derecho es el activismo judicial, que constituye, como dice el autor, una verdadera revolución, aunque se enmascara como tal. Por ello resulta doblemente insidiosa. Y este libro es un apasionado alegato en favor de la separación de poderes y el Estado de Derecho, mostrando también cuál es la verdadera función de un juez en un tal Estado. No cae en el error del formalismo, que sostiene que toda actividad judicial es aplicación de una ley preexistente, pero tampoco cae en el error contrario del realismo, que cree que no hay Derecho preexistente a ser aplicado en ningún caso, de modo que la actividad del juez es constitutiva de Derecho. El autor tiene claro que hay un ordenamiento jurídico que obliga al juez, y que existe un método de interpretación que es el adecuado al Estado democrático de Derecho, el método “teleológico-subjetivo”. En ese sentido, este libro se enmarca en la serie de libros de denuncia de tal activismo, de los cuales el clásico es, claramente, “Coercing Virtue: the Worldwide Rule of Judges”, de Robert Bork (AEI Press, 2003), y que en nuestro país está representado por “Activismo judicial en Chile: ¿Hacia el gobierno de los jueces?”, de José Francisco García y Sergio Verdugo (Ediciones Libertad y Desarrollo, 2013), y “Procesos sobre violación de Derechos Humanos. Inconstitucionalidades, arbitrariedades e ilegalidades”, de Adolfo Paúl Latorre (Editorial Maye, 2013). El tema reviste creciente importancia dado que, como muestran García, Verdugo y Paúl, los tribunales chilenos, incluyendo la Corte Suprema, han asumido una función cada vez más activista en materias penales, de medio ambiente, o derechos humanos. Libros como el de Rüthers nos sirven para recordar el peligro a lo que tal activismo conlleva: la imposición del *Zeitgeist* por medio de los jueces al ordenamiento jurídico. Es cierto que en Chile el Tribunal Constitucional ha mostrado una ejemplar sujeción a la Constitución al momento de fallar, absteniéndose de cualquier comportamiento activista, pero lamentablemente no puede decirse lo mismo de nuestros tribunales superiores de justicia. Y ello hace muy recomendable su lectura.

Lo que resulta discutible es la asimilación que hace el autor entre iusnaturalismo y activismo judicial. Ello surge de un desconocimiento de la tradición iusnaturalista, que siempre ha considerado que la sujeción del juez al Derecho es muy importante como requisito del bien común. Al respecto, basta leer lo que dice John Finnis sobre la posición del juez frente a las leyes injustas en el capítulo XII de “Natural Law and Natural Rights” (Clarendon Press, 1980), para apreciar que el juicio al respecto de los mejores exponentes

ISLER SOTO, CARLOS; RÜTHERS, BERND: "DIE HEIMLICHE REVOLUTION VOM RECHTSSTAAT ZUM RICHTERSTAAT", 2ª EDICIÓN, TÜBINGEN, MOHR SIEBECK, 2016, 205 PP.

de la tradición iusnaturalista es bastante más ponderado y complejo –se debe hacer muchas distinciones– que el que Rüter cree que es. Con todo, es un defecto menor en un excelente libro.