

BERND RÜTHERS

LA REVOLUCIÓN SECRETA
Del Estado de derecho al Estado judicial.
Un ensayo sobre Constitución y método

Traducción e introducción de
Francisco J. Campos Zamora

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2020

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN , <i>por Francisco J. Campos Zamora</i>	11
1. LAS NOCHES DE LOS CRISTALES ROTOS.....	11
2. LA SENDA DEL RACIONALISMO CRÍTICO	15
2.1. Karl Popper: racionalismo crítico y falibilismo	16
2.2. Hans Albert: la ciencia del derecho como ciencia real.....	18
2.3. Bernd Rüthers: una teoría del derecho crítico-racionalista	20
2.3.1. El problema de la transparencia	21
2.3.2. El problema de la corrección.....	23
2.3.3. El problema de la mitificación	25
3. UNA INVITACIÓN A LA CRÍTICA	26
PREFACIO A LA SEGUNDA EDICIÓN	29
PREFACIO A LA PRIMERA EDICIÓN	31
CAPÍTULO I. LA LEY FUNDAMENTAL: ¿DE SOLUCIÓN PROVI- SIONAL A OBRA CENTENARIA?	33
CAPÍTULO II. CAMBIOS DE CONSTITUCIÓN COMO CRISIS DEL DERECHO Y DE LOS JURISTAS	39
1. CAMBIOS DE CONSTITUCIÓN COMO AJUSTES DEL ORDE- NAMIENTO ESTATAL Y JURÍDICO	39

	Pág.
2. LOS CAMBIOS DE CONSTITUCIÓN PROVOCAN CAMBIOS METODOLÓGICOS	41
a) República de Weimar	42
b) Nacionalsocialismo	43
c) La reformulación del derecho en la República Democrática Alemana	45
CAPÍTULO III. EXPERIENCIAS DESDE LA RETROSPECCIÓN HISTÓRICA	47
1. LA ENGAÑOSA FICCIÓN DE UN «DERECHO JUSTO»	47
2. LA ESPIRAL DEL SILENCIO INTERDISCIPLINARIA DESPUÉS DE LOS CAMBIOS CONSTITUCIONALES	49
3. CONTINUIDADES METÓDICAS	51
CAPÍTULO IV. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE SUPREMA NACIONAL DE DERECHO Y FACTOR DETERMINANTE DE LA METODOLOGÍA	53
1. EL CAMBIO DE LA DOCTRINA DE LAS FUENTES DEL DERECHO: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL COMO FUENTE DE DERECHO	53
2. ¿QUIÉN CONTROLA AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL?.....	59
3. ¿LA «DOG MÁTICA» COMO MEDIDA DISCIPLINARIA CONTRA EL DERECHO JUDICIAL?	64
4. ¿LA METODOLOGÍA JURÍDICA COMO FRENO CONTRA EL ILÍCITO DERECHO JUDICIAL?.....	69
CAPÍTULO V. ¿EL «POSITIVISMO» JURÍDICO COMO CHIVO EXPIATORIO DE LAS INJUSTICIAS DE LAS DICTADURAS ALEMANAS?	71
1. LAS HERRAMIENTAS DE LA REINTERPRETACIÓN DE LAS LEYES TRADICIONALES.....	71
2. EL RETORNO DEL DERECHO NATURAL.....	72
3. LA FUNCIÓN DE DISCULPA DE LA TESIS DE RADBRUCH	73
4. ¿CONSECUENCIAS PARA LA CONCIENCIA METODOLÓGICA ACTUAL?.....	77
CAPÍTULO VI. DISPOSICIONES METÓDICAS DE LA LEY FUNDAMENTAL PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO	81

	Pág.
CAPÍTULO VII. LA IMPORTANCIA DEL DERECHO JUDICIAL. EL JUEZ COMO LEGISLADOR.....	85
1. «EL DERECHO JUDICIAL COMO FUENTE DE DERECHO»	85
2. LA IMPARABLE TENDENCIA HACIA EL «DERECHO JUDICIAL»	87
CAPÍTULO VIII. LA SUJECCIÓN DE LOS TRIBUNALES A LA LEY Y EL TABÚ DE LA HISTORIA DE LA METODOLOGÍA ALEMANA	91
1. ¿DOCTRINA JURÍDICA A PARTIR DE LA HISTORIA?.....	91
2. SOBRE LA «CIENTIFICIDAD» DE LOS MÉTODOS OBJETIVOS.....	93
CAPÍTULO IX. EL CAMBIO DE TENDENCIA EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL.....	97
CAPÍTULO X. PRINCIPIOS PARA LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN	103
1. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL COMO GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN.....	104
2. LOS LÍMITES ENTRE EL PERFECCIONAMIENTO DEL DERECHO Y LOS CAMBIOS A LA CONSTITUCIÓN.....	105
3. EJEMPLOS DE MODIFICACIONES A LA CONSTITUCIÓN POR PARTE DE LOS JUECES.....	107
4. LA «PROTECCIÓN ESPECIAL» DEL MATRIMONIO Y LA FAMILIA EN LA LEY FUNDAMENTAL.....	111
CAPÍTULO XI. EL CAMBIO DE ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL Y EL PROBLEMA DE LA ELECCIÓN DE LOS JUECES	127
CAPÍTULO XII. LA CRECIENTE VELOCIDAD DE CAMBIO DE LAS SOCIEDADES MODERNAS COMO PROBLEMA JURÍDICO Y METODOLÓGICO	131
CAPÍTULO XIII. LA LAGUNA REGULATORIA COMO ¿«CASO NORMAL» DEL DERECHO CONSTITUCIONAL?	133

	Pág.
CAPÍTULO XIV. ¿DIVERSIDAD O UNIDAD DE LOS MÉTODOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO?	135
CAPÍTULO XV. ¿APLICACIONES JURÍDICAS INCORRECTAS COMO VIOLACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN?	139
CAPÍTULO XVI. CONCLUSIONES	145
1. ¿HACIA UNA NUEVA CULTURA JURÍDICA?	145
2. CONSTITUCIÓN Y MÉTODOS	146
EPÍLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN. EL ESTADO JUDICIAL COMO REALIDAD Y DESAFÍO	149
1. EL DERECHO JUDICIAL ES NUESTRO DESTINO	149
a) La inevitabilidad del derecho judicial	150
b) ¿Más lagunas que leyes?	150
2. ¿LA NUEVA CONCIENCIA DE PODER DE LOS TRIBUNALES SUPREMOS COMO CAMBIO CONSTITUCIONAL?	152
3. SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA ELECCIÓN DEL MÉTODO JUDICIAL	153
4. ¿QUIEN CREA DERECHO, CREA TAMBIÉN NUEVO DERECHO CONSTITUCIONAL?	154
5. ¿INTERPRETACIÓN O INSERCIÓN?	155
6. LA IRRENUNCIABLE CUESTIÓN DE LA HISTORIA DE LA GÉNESIS	156
7. ¿QUIÉN DETERMINA EL CONTENIDO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO?	158
8. ¿BARRERAS METÓDICAS AL PODER DE LOS JUECES?	159
9. CUESTIONES METODOLÓGICAS COMO CUESTIONES CONSTITUCIONALES	162
10. ¿NECESITAMOS UNA LEGISLACIÓN METODOLÓGICA?	164
ÍNDICE DE AUTORES	167

INTRODUCCIÓN

Francisco J. CAMPOS ZAMORA*

1. LAS NOCHES DE LOS CRISTALES ROTOS

Aún recuerdo la noche de los cristales rotos —me comentaba el profesor RÜTHERS¹, durante un congreso sobre Hans Kelsen en Freiburg im Breisgau—, mi padre trabajaba en Hoesch AG y vivíamos en Dortmund, en el ático de la casa de Louis Sternberg, un rico comerciante judío, cuyo apartamento fue asaltado por miembros del partido nacionalsocialista la noche del 9 de noviembre de 1938. Sternberg fue golpeado y expulsado de su casa junto con su familia, el lugar devastado y el mobiliario lanzado estruendosamente hacia

* Profesor de la Universidad de Costa Rica. Exbecario del Servicio de Intercambio Académico Alemán (DAAD) en la Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. Agradezco los comentarios y críticas de Carolina Ovares Sánchez, Alejandro Guevara Arroyo, Jairo Arias Montoya y Or El Centeno Ureña.

¹ Bernd RÜTHERS nació en 1930 en Dortmund, Alemania. Se doctoró en 1958 en la Westfälische Wilhelms-Universität de Münster, con la tesis «Derecho de huelga y Constitución» (*Streik und Verfassung*). En 1968 se habilitó como catedrático con su obra más famosa, *La interpretación sin límites (Die unbegrenzte Auslegung)*. Entre 1969 y 1971 ejerció como profesor en la Freie Universität Berlín, y a partir de ese mismo año se trasladó a ejercer la docencia en la Universität Konstanz, de la que fue rector entre 1991 y 1996. Entre los años 1976 y 1989 se desempeñó también como juez en el Tribunal Superior de Justicia de la región de Baden-Württemberg con sede en Stuttgart. Entre sus obras más importantes pueden citarse: *Teoría del Derecho: Concepto, validez y aplicación del derecho (Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts)*, cuyas últimas ediciones han aparecido en coautoría con Christian FISCHER y Axel BIRK, *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich (Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich)* y *Lo injusto de la justicia (Das Ungerechte an der Gerechtigkeit)*. Es profesor emérito desde 1998 y actualmente reside en Kreuzlingen, Suiza, junto a su esposa la poetisa Tresa RÜTHERS-SEELI.

la calle, a través de las ventanas. Ese escenario se repitió en muchas calles, en las principales ciudades de Alemania.

Al día siguiente, mi padre nos reunió a mis hermanos mayores y a mí, y pronunció unas palabras que yo nunca olvidaría: «Ahora lo sabéis, vivimos en un estado criminal, pero nunca debéis decirle esto a nadie». Acudíamos a la escuela con ello en mente, sin ser del todo conscientes de que comenzábamos a vivir una doble existencia, justo mientras se desarrollaba la guerra. Durante las noches, mi padre, con la ayuda de nuestro pequeño «receptor del pueblo» (*Volksempfänger*), un sencillo radio de transistores muy popular de la época, escuchaba la radio de Londres, lo cual era considerado un acto de traición y podía ser castigado incluso con la pena de muerte.

RÜTHERS, desde esa experiencia, concluye que el sistema jurídico alemán también vivió sus propias noches de los cristales rotos. La primera ya había tenido lugar con el desmantelamiento del Estado de derecho que dio inicio en 1933 con la llegada al poder del *Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán* (NSDAP). Los nuevos detentadores del poder llevaron a cabo una inversión del orden establecido durante la República de Weimar, mediante acrobacias metodológicas y doctrinales, con el objetivo de implantar una «renovación jurídica popular».

Esto se logró por medio de la proclamación de una nueva idea racial del derecho, el reconocimiento de novedosas fuentes del derecho, tales como voluntad del Führer, programa político del partido nacionalsocialista, sano sentimiento popular, comunidad nacional y otros, así como a nuevos conceptos jurídicos fundamentales, desarrollados por importantes juristas de la época, como Carl SCHMITT, quien hablaba del «pensamiento del orden concreto» y Karl LARENZ, quien defendía los «conceptos concretos-generales». Estas construcciones fueron concebidas como cláusulas ideológicas con el objetivo de invertir el orden de los valores jurídicos fundamentales. La rapidez y el éxito de esa renovación del ordenamiento jurídico hacia un derecho degenerado de inspiración racial es, para mal, uno de los más grandes cambios que ha sufrido la tradición jurídica alemana.

La segunda noche llegaría en 1949 con el advenimiento de la *República Democrática Alemana* (DDR) y representaría otro golpe a la estabilidad del sistema jurídico alemán. Se invirtió, durante esa época, la polaridad de todo el ordenamiento jurídico, la judicatura, la administración central y la ciencia del derecho hacia una cosmovisión marxista-leninista, aunque esto ya había sido aplicado en la zona de ocupación soviética a partir de 1945.

Esto comenzó con un reemplazo completo de las élites jurídicas en las áreas mencionadas. Los miembros del partido nacionalsocialista fueron reemplazados, en la medida de lo posible, por nuevos juristas, o bien fueron sometidos a peculiares procesos de «desnazificación» (*Entnazifizierung*).

Se creó, en el ámbito judicial, también la figura de los «jueces del pueblo», quienes no habían estudiado derecho y debieron ser capacitados rápidamente, mediante cursos en la materia. Una tercera parte del programa de estudios de esa preparación se encontraba consagrada al estudio de la ideología estatal marxista-leninista. El enfoque principal fue la preparación fiel para servir a la construcción de un Estado que respondiera a la nueva ideología, mediante el ejercicio de la profesión jurídica. Esas radicales transformaciones suscitaron crisis judiciales y crisis entre los juristas, puesto que las convicciones jurídicas fueron modificadas y se le atribuyeron nuevos contenidos materiales al sistema.

El nuevo legislador no se encontraba en condiciones de transformar automáticamente el orden jurídico heredado del viejo sistema, de conformidad con sus nuevos objetivos y deseos jurídico-políticos; solo puede desarrollar, de manera muy general, unas normas limitadas que se inspiran en los nuevos valores. De allí que la carga principal para efectuar las «renovaciones jurídicas necesarias» recayera, en principio, sobre los órganos judiciales y la doctrina jurídica. Mientras que a la administración de justicia correspondió una función esencial de afirmación y estabilización del nuevo sistema, la ciencia del derecho asumió la tarea de construir una nueva «idea del derecho», nuevas doctrinas y un nuevo sistema dogmático, que coincidiera con los valores modificados y en los cuales pudieran encuadrarse los casos individuales, tan bien como fuere posible y sin contradicciones.

Esos cambios tan extremos de sistemas políticos hicieron no solo que los jueces se convirtieran en los principales agentes de cada periodo de renovación jurídica y de inversión de los valores que inspiraron los nuevos regímenes, sino que también en tiempos de democracia, y gracias a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, se ha afianzado en el sistema jurídico alemán la figura del «perfeccionamiento del derecho» (*Rechtsfortbildung*)², la cual ha desembocado en la creación de normas a nivel judicial

² El ensayo de Bernd RÜTHERS que aquí presentamos trata sobre los efectos de la figura del «*Rechtsfortbildung*», voz alemana con la que, usualmente, se hace referencia a las actuaciones de los jueces que, en el proceso de aplicación del derecho, van más allá del tenor literal de la norma y no entran en la categoría de interpretación. Esta ha sido traducida al español de distintas formas, principalmente como «perfeccionamiento del derecho», «creación judicial del derecho», «desarrollo judicial del derecho» e «integración del derecho», entre otras. Como suele suceder en estos casos, la elección de una forma u otra tiene que ver —aunque esto es algo que muy pocas veces se expone abiertamente, pues impera todavía la visión ingenua del intérprete neutral— con las preconcepciones jurídicas de los propios traductores; así, por ejemplo, quien opine que las actuaciones del juez sí crean derecho no tendrá reparo en denominar a esa actividad de esa forma. Por el contrario, quienes consideren que incluso en los casos en que se trasciende el plano de la interpretación no existe creación judicial del derecho buscarán formas alternativas de hacer referencia a esa figura. En otros lugares hemos empleado la expresión «creación judicial del derecho» (véase Matthias KLATT, *Hacer el derecho explícito. Normatividad semántica en la argumentación jurídica*, Marcial Pons, 2017), en esta ocasión hemos optado por «perfeccionamiento del derecho» según la preferencia del autor, toda vez que, en distintos pasajes, hace uso de las otras expresiones («creación judicial del derecho», «desarrollo judicial del derecho» e

socavando competencias del constituyente y del legislador. Ha tenido lugar, en la práctica, una «revolución secreta».

«Revolución», pues un sistema originalmente parlamentario ha sido transformado en uno donde los jueces son quienes, ya no solo deciden el derecho sino quienes también lo crean. En ese sentido, adaptando lo señalado por Oliver Wendell HOLMES JR. en *La senda del derecho (The Path of the Law)*³ a la realidad alemana, se puede afirmar que el derecho no se encuentra compuesto por los sistemas de razón, por la deducción desde principios de la ética ni por aquellos cuerpos normativos aprobados por el Parlamento Federal en Berlín, sino por aquello que deciden los más altos tribunales de los *Länder*, en capitales regionales como Stuttgart, Bremen o Kiel y, muy especialmente, por el contenido que el Tribunal Constitucional Federal, desde Karlsruhe, asigna a la Ley Fundamental.

«Secreta», pues ese cambio ha transcurrido, con excepción de algunas voces que llevan décadas denunciándolo, prácticamente inadvertido para la doctrina en general, siendo que no es sino en los últimos años que han comenzado a saltar las alarmas. Es así como con excepción del trabajo pionero de Arthur MEIER-HAYOZ, *El juez como legislador (Der Richter als Gesetzgeber)*⁴, la obra de Fritz OSSENBÜHL, *Derecho judicial en el Estado democrático de derecho (Richterrecht in demokratischen Rechtsstaat)*⁵ y la investigación colectiva de Matthias JESTAEDT, Oliver LEPSIUS, Christoph MÖLLERS y Christoph SCHÖNBERGER, *El tribunal sin límites. Un balance crítico tras sesenta años (Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren)*⁶ no se ha prestado la atención que un tema de tal envergadura merece.

RÜTHERS no ha sido indiferente a esa transformación pues, ya en 1968, denunciaba, en su tesis de habilitación *La interpretación sin límites (Die unbegrenzte Auslegung)*⁷, el excesivo activismo de los tribunales alemanes; a esta siguieron obras como *La judicatura como botín partidario (Richterämter als Parteibeute)*⁸, *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich (Entartetes Recht: Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich)*⁹, *Los expertos del cambio. Los juristas como ejemplo de la predisposición ideológica en las profesiones intelectuales (Die*

«integración del derecho») y su uso podría generar indeseables imprecisiones y la pérdida de diferencias relevantes.

³ O. W. HOLMES JR., «The Path of the Law», *Harvard Law Review*, vol. X, Massachusetts, 1897, pp. 460-461.

⁴ A. MEIER-HAYOZ, *Der Richter als Gesetzgeber*, Zürich, Juris Verlag, 1951.

⁵ F. OSSENBÜHL, *Richterrecht in demokratischen Rechtsstaat*, Bonn, Bouvier, 1988.

⁶ M. JESTAEDT/O. LEPSIUS/C. MÖLLERS/C. SCHÖNBERGER, *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren*, Berlin, Suhrkamp, 2011.

⁷ B. RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung*, 7.ª ed. Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.

⁸ *Id.*, «Richterämter als Parteibeute», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 23 de diciembre de 1987.

⁹ *Id.*, *Entartetes Recht: Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, München, C. H. Beck, 1988.

Wende-Experten. Zur Ideologiefälligkeit geistiger Berufe am Beispiel der Juristen)¹⁰, y *¿Estado democrático de derecho o Estado de la oligarquía judicial? (Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?)*¹¹, entre muchas otras.

El ensayo, que el lector tiene ahora en sus manos, fue publicado en el 2014 por la editorial alemana Mohr Siebeck de Tübingen y constituye la etapa más desarrollada de las numerosas críticas que RÜTHERS ha dirigido contra el excesivo activismo judicial, a lo largo de más de cincuenta años de carrera académica. Este escrito contiene una serie de hipótesis y numerosas referencias doctrinales y jurisprudenciales con las cuales el autor justifica sus afirmaciones. Nos encontramos frente a un trabajo que, como pocos, se enfrenta con el tema de la metodología de la interpretación constitucional. RÜTHERS nos recordará, a lo largo de su libro, que «las cuestiones metodológicas son cuestiones constitucionales», en una obra tan necesaria como polémica que sienta las bases para una discusión metodológica que ya no es posible postergar más.

Las críticas que RÜTHERS señala se hallan dirigidas contra las excesivas competencias autootorgadas del Tribunal Constitucional Federal que han desembocado en que sea ahora en Karlsruhe donde se tiene la última palabra incluso en asuntos de competencia parlamentaria (*Karlsruhe locuta, causa finita*); sin embargo, el tema es prácticamente universal al reflejar también a todos aquellos sistemas jurídicos en que los tribunales constitucionales han dejado de ser guardianes de la Constitución para convertirse en señores sobre la Constitución. No adelantaré más lo que el autor puede explicar por sí mismo y definitivamente mejor, solo quiero ofrecer un muy breve estudio preliminar acerca de la influencia que el racionalismo crítico, como movimiento filosófico, ha ejercido en el pensamiento de RÜTHERS. Ello brindará una mejor comprensión de sus ideas y del estilo directo de sus críticas.

2. LA SENDA DEL RACIONALISMO CRÍTICO

Los estudiantes, investigadores y personal académico en general que ingresaban a la cátedra de RÜTHERS eran bienvenidos de la siguiente forma: «Usted se encuentra aquí para ser criticado» y esto era algo que él realmente se tomaba muy en serio. Tal lema se basaba en su convencimiento de que el debate y la crítica constituyen el motor más confiable del progreso del conocimiento.

¹⁰ *Id.*, *Die Wende-Experten. Zur Ideologiefälligkeit geistiger Berufe am Beispiel der Juristen*, München, C. H. Beck, 1995.

¹¹ *Id.*, «Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?», *Juristen Zeitung*, 8/2012, pp. 365-371.

RÜTHERS ha mantenido un diálogo crítico, tanto dentro de la universidad como fuera de ella, y todavía hoy guía su vida por esa máxima. Nunca ha etiquetado sus opiniones y críticas jurídico-políticas; no obstante, es fácil advertir en su pensamiento la influencia palpable que han ejercido, sobre su forma de comprender los distintos fenómenos jurídicos, el racionalismo crítico de Karl POPPER, con quien solía reunirse en la localidad de Alpbach; así como las ideas de su amigo Hans ALBERT, a quien se le debe el ingreso de esta corriente de pensamiento en el campo del derecho. Procederemos muy brevemente a exponer las líneas principales del racionalismo crítico así como la forma en que estas se han integrado en el pensamiento jurídico de RÜTHERS.

2.1. Karl Popper: racionalismo crítico y falibilismo

Karl POPPER (1902-1994) señaló que una de las cuestiones que más preocupaba a científicos y filósofos, en la búsqueda de la verdad, era la relativa a las fuentes del conocimiento. De ese modo, las preguntas clásicas ¿cómo lo sabe?, ¿cuál es la fuente u origen de esa afirmación o de su verdad?, han mantenido ocupados a todos aquellos que pretenden validar racionalmente sus aserciones y dotarlas de mayor reconocimiento. Sin embargo, POPPER argumenta que ese tipo de cuestionamiento es incorrecto, que obedece a una concepción del conocimiento totalmente errónea, pues exige una respuesta autoritaria y lleva, metodológicamente, al dogmatismo¹².

Los sistemas tradicionales de epistemología surgen de las respuestas afirmativas o negativas, que se brindan a las preguntas acerca de las fuentes del conocimiento. Nunca ponen en tela de juicio las preguntas mismas o discuten su legitimidad, sino que las toman como naturales y nadie parece ver peligro alguno en ellas¹³. En cambio, POPPER propone reemplazar la pregunta acerca de las fuentes de nuestro conocimiento por otra muy distinta: ¿cómo podemos detectar y eliminar el error? Este sería el punto de partida de lo que denomina racionalismo crítico, puesto que no existen fuentes ideales y todas las fuentes pueden llevarnos al error¹⁴. Dentro de la concepción popperiana, el racionalismo crítico es tanto una actitud vital como una opción metodológica fundamental.

Esta respuesta vendría a llevar a cabo una crítica general con respecto a nuestras teorías y presunciones, tanto las propias como las ajenas, a fin de depurar aquello que sabemos o creemos saber. Así, la respuesta de POPPER a la pregunta ¿cuál es la fuente o base de su afirmación? sería que él no lo sabe con

¹² K. POPPER, *Conjectures and Refutations. The Growth of Scientific Knowledge*, 2.^a ed., London, Routledge, 1991, p. 32.

¹³ *Ibid.*, p. 33.

¹⁴ *Ibid.*

exactitud. No importa la fuente o las fuentes de dónde pueda haber surgido, porque existen muchas fuentes posibles y él quizá no conozca ni siquiera la mitad; mas si realmente se desea ayudar en el problema que intenta resolver mediante su afirmación, lo principal es criticar sus aseveraciones de la forma más fuerte posible¹⁵. Las principales tesis del modelo teórico-científico del racionalismo crítico se pueden resumir de la siguiente manera¹⁶:

1. El conocimiento siempre es solo conocimiento presuntivo. Las teorías sobre la realidad siempre pueden resultar erróneas. No existen razones últimas para considerar que una teoría es verdadera, sino solo una aceptación preliminar ante la carencia de mejores teorías para resolver un problema determinado (falibilismo).

2. El progreso en la ciencia ocurre a través del desarrollo de nuevas teorías, que deben ser examinadas de forma racional buscando constantemente posibles razones empíricas para su refutación (falsacionismo).

3. La verdad es una idea reguladora que, si bien no es alcanzable, sirve de guía temporal mientras se investiga acerca de mejores explicaciones.

4. La crítica fuerte, directa y sin censura es el mejor instrumento para desarrollar mejores hipótesis. Por ello, la crítica debe ser incorporada como parte necesaria de nuestra metateoría del conocimiento.

El ejemplo a seguir para este modelo teórico-científico es el de las ciencias naturales, pues ahí ya está incorporado el método crítico. No obstante, POPPER admitió que su ámbito de aplicación podía extenderse a disciplinas sociales como la filosofía, la política, la ética y el derecho; él aplica el racionalismo crítico al campo de la filosofía política en su obra *La sociedad abierta y sus enemigos*:

El análisis racional e imaginativo de las consecuencias de una teoría moral encuentra cierta analogía en el método científico, pues en la ciencia no se acepta una teoría abstracta porque resulte de suyo convincente, sino que decidimos, más bien, aceptarla o rechazarla después de haber investigado aquellas consecuencias teóricas y prácticas que pueden ser verificadas de forma más directa por la experimentación. Existe, sin embargo, una diferencia fundamental. En el caso de la teoría científica nuestra decisión depende de los resultados de los experimentos. Si estos confirman la teoría podemos aceptarla hasta tanto encontremos otra mejor. Si, en cambio, contradicen la teoría, debemos rechazarla. Pero en el caso de una teoría moral, la única confrontación posible de las consecuencias es con nuestra conciencia. Y en tanto que el veredicto de los experimentos es ajeno a nuestra voluntad, no ocurre lo mismo con el de nuestra conciencia¹⁷.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 34-35. Sobre cómo el racionalismo crítico puede fortalecer posturas en defensa de la libertad de expresión véase F. J. CAMPOS ZAMORA, «Exercising the Right to Blasphemy. On Freedom of Expression and Hate Speech», *Rechtstheorie*, vol. 49, Berlin, 2018, pp. 403 y ss.

¹⁶ K. POPPER, *Alles Leben ist Problemlösen*, München, Piper Verlag, 2010, pp. 15-46.

¹⁷ *Id.*, *The Open Society and Its Enemies*, London, Routledge, 2011, p. 438.

El contraste entre observación objetiva y conciencia subjetiva, como instancia de falsación, parece enorme, sin embargo, la distancia aparente debe ser relativizada desde ambos lados: por un lado, POPPER nunca se cansó de enfatizar que no hay observación pura, sino que nuestras observaciones se encuentran «impregnadas de teoría» (*theoriegetränkt*)¹⁸. Por tanto, no todas las observaciones que contradigan una teoría científica bien confirmada conducen, de inmediato, a su refutación porque también nos podemos equivocar, sobre la base de nuestras observaciones basadas en la teoría. Por consiguiente, las observaciones no son «objetivas» y su corrección puede, a su vez, ser criticada¹⁹.

Por otro lado, los filósofos morales trabajan a menudo con la prueba de si ciertas implicaciones de los principios éticos generales contradicen nuestras intuiciones morales; se puede discutir acerca de intuiciones morales con otros y, si es necesario, comunicarse con ellos. Por ende, la conciencia no es un ejemplo puramente «subjetivo». Varios autores, a partir de la sugerencia de POPPER, han desarrollado diferentes «analogías» a la aplicación del racionalismo crítico a la jurisprudencia²⁰. El rango de posiciones representadas es sorprendente, mas nos limitaremos aquí a la propuesta de su discípulo Hans ALBERT.

2.2. Hans Albert: la ciencia del derecho como ciencia real

El intento más prominente de aplicar el racionalismo crítico al derecho procede de Hans ALBERT (1921), un pensador incómodo, cuya vida ha estado entrelazada en distintos debates académicos. ALBERT, una respetada figura en Alemania²¹ camino de alcanzar su centenario, ha sido activo protagonista y fuerte crítico con respecto a temas como el positivismo en la sociología alemana²² (Theodor ADORNO y Jürgen HABERMAS); la filosofía hermenéutica²³ (Martin HEIDEGGER, Hans-Georg GADAMER y Karl-Otto APEL) y el dogmatismo religioso²⁴ (Hans KÜNG, Rudolf BULTMANN y Karl RAHNER).

¹⁸ *Id.*, *Objective Knowledge: An Evolutionary Approach*, Oxford, OUP, 1972, p. 71.

¹⁹ A. BIRK, «Der kritische Rationalismus und die Rechtswissenschaft», *Rechtstheorie*, vol. 48, Berlin, 2017, p. 44.

²⁰ En el contexto alemán el vocablo «*Jurisprudenz*» se utiliza en el sentido originario de «*juris prudentia*» o ciencia del derecho. Véanse P. SCHWERDTNER, «Rechtswissenschaft und kritischer Rationalismus», *Rechtstheorie*, vol. 2, Berlin, 1971, pp. 67 y ss., y pp. 224 y ss.; C. KELLMANN, «Kritischer Rationalismus in der Rechtswissenschaft?», *Rechtstheorie*, vol. 6, 1975, pp. 83 y ss., y R. THIENEL, *Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz*, Wien, Manz Verlag, 1998.

²¹ En el 2017 la editorial Springer publicó la obra colectiva *Encuentros con Hans Albert. Un homenaje (Begegnungen mit Hans Albert. Eine Hommage)*.

²² T. ADORNO/R. DAHRENDORF/H. PILOT/H. ALBERT/J. HABERMAS/K. POPPER, *Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie*, Neuwid/Berlin, Hermann Luchterhand Verlag, 1969.

²³ H. ALBERT, *Kritik der reinen Hermeneutik: Der Antirealismus und das Problem des Verstehens*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012. *Id.*, *Transzendente Träumereien. Karl-Otto Apels Sprachspiele und sein hermeneutischer Gott*, Hamburg, Hoffmann und Campe Verlag GmbH, 1985.

²⁴ *Id.*, *Das Elend der Theologie: Kritische Auseinandersetzung mit Hans Küng*, Aschaffenburg, Alibri Verlag, 2012. *Id.*, *Zur Analyse und Kritik der Religionen*, Aschaffenburg, Alibri Verlag, 2017.

El desarrollo de sus ideas, en el marco del racionalismo crítico, se ha caracterizado por poner en tela de juicio lo supuestamente evidente, así como la afirmación de que toda proposición que aspire a tener cierta validez, debe ser sometida a un examen crítico. Para mostrar las consecuencias ineludiblemente problemáticas de construir sistemas teóricos que aspiran a tener una validez universal basados en una instancia incuestionable, ALBERT, a partir de una fábula alemana, postuló el *Trilema de Münchhausen*²⁵, según el cual no es posible fundamentar de una vez por todas ninguna teoría o concepción. Según este argumento, construir sistemas que pretenden fundamentarse en una base última de validez incuestionable, conduce ineludiblemente a una trampa que desemboca en alguna de estas opciones:

1. Regresión al infinito, en la cual la cadena de enunciados requiere supuestos previos para tener validez y coherencia, los que a la vez se retrotraen a un nivel anterior, y así sucesivamente.
2. Circularidad del razonamiento, donde la premisa que fundamenta tiene por base precisamente aquello que intenta probar, ocasionando la falacia de circularidad (*petitio principii*).
3. Ruptura de la argumentación en un determinado momento e introducción dogmática de un principio, que no presenta relación con la cadena argumentativa.

ALBERT no se detiene en los problemas de fundamentación científica, pues él considera que el racionalismo crítico no es una sola teoría de la ciencia, sino una concepción que se puede extender a todos los ámbitos de la cultura. Un componente fundamental es la interpretación de las ciencias reales como empresas cognitivas, cuya idea regulativa clave es la búsqueda de la verdad, en el sentido de una exposición acertada de la realidad. A eso se vincula el criterio del falibilismo, o sea, la tesis de que la razón humana está expuesta al error; tesis que se ha de aplicar a la solución de todo tipo de problemas.

Ese punto de vista puede ser utilizado para el análisis del derecho y ALBERT critica lo que denomina la «jurisprudencia pura» (*reine Jurisprudenz*), esto es, la tradicional caracterización del derecho como una disciplina dogmática. Le reprocha a ese modelo el prescindir del estudio de los efectos reales

²⁵ *Id.*, *Traktat über kritische Vernunft*, 5.^a ed., Tübingen, JCB Mohr UTB, 1991, cap. II. La fábula en cuestión cuenta cómo el *barón de Münchhausen* se vio enfrentado con el siguiente problema: para llegar a su destino debía atravesar un lago y carecía de embarcación. ¿Cómo cruzar entonces a la otra orilla? Se presentan tres posibilidades: la primera atravesarlo andando, ello requiere que el lago no sea profundo; pero este no es el caso. La segunda es cruzarlo a nado; mas el Barón no sabe nadar. La tercera posibilidad es atravesar el lago al tiempo que tira de su propio cabello para no hundirse. La historia se inspira en un personaje real, el barón Karl Hieronymos von Münchhausen, oficial alemán del siglo XVIII, quien participó en las campañas de Rusia contra los turcos, cuando apenas tenía veinte años. Ya en su época, era famoso por narrar historias en las que la fantasía se le desbordaba. Tanto era el éxito que tenía contándolas que, poco a poco, se le fueron atribuyendo a él muchas peripecias fantásticas vividas o inventadas por otros. Años más tarde fue convertido en personaje de fábulas e historias fantásticas, por Rudolf Erich RASPE y Gottfried August BÜRGER.

perseguidos por las normas. Tal renuncia, afirma, degenera fácilmente en un platonismo de las normas²⁶, una concepción que analiza las disposiciones jurídicas no como hechos sociales, sino como si tuvieran una existencia propia, autónoma e independiente de los efectos que quieren alcanzar²⁷.

El modelo alternativo es la jurisprudencia «socialtecnológica» (*sozialtechnologische Jurisprudenz*) basada en criterios mucho más realistas. Las normas pueden ser estudiadas desde una perspectiva lingüística (filosofía analítica), una perspectiva del sentido (hermenéutica jurídica), o bien, una perspectiva de correlaciones semánticas (lógica jurídica) y otras; mas lo característico y fundamental es que ellas están destinadas a surtir determinados efectos prácticos²⁸.

ALBERT estima que el análisis de estos efectos es la característica principal de una jurisprudencia realista y socialtecnológica, entendida como un conjunto de enunciados sobre las distintas posibilidades de acción que, a su vez, provienen de otros enunciados sobre correlaciones reales o causales. Toda esta concepción del derecho como ciencia real, que adopta elementos de la sociología del derecho, analiza el derecho como hecho social y las explicaciones, con respecto al derecho, deben dilucidar el funcionamiento del sistema jurídico, a partir de la interrelación mutua de las acciones así como de las personas involucradas, los funcionarios y los aplicadores jurídicos. El derecho, en resumen, y haciendo eco de las posturas del realismo jurídico que le han precedido, no es la teoría, sino los hechos y las consecuencias normativas.

2.3. Bernd Rütters: una teoría del derecho crítico-racionalista

Las funciones de control del derecho siempre han sido un aspecto del trabajo científico de RÜTHERS. Primero como director del «Instituto de Sociología Jurídica e Investigación de Hechos Jurídicos» (*Institut für Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung*), en la Universidad Libre de Berlín; más tarde, como cofundador del «Instituto para la Investigación de Hechos Jurídicos» (*Institut für Rechtstatsachenforschung*), en la Universidad de Konstanz. En el campo del derecho laboral, otra de las áreas que investiga, ha señalado regularmente las consecuencias de la regulación legislativa, por ejemplo, en el área de protección contra despidos y su principio de previsión²⁹. En este senti-

²⁶ H. ALBERT, *Rechtswissenschaft als Realwissenschaft. Das Recht als soziale Tatsache und die Aufgabe der Jurisprudenz* (Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie), Baden-Baden, Nomos, 1993, p. 12.

²⁷ *Id.*, «Zur Kritik der reinen Jurisprudenz. Recht und Rechtswissenschaft in des Sicht des kritischen Rationalismus», *Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung*, 1992, p. 347.

²⁸ *Ibid.*, p. 354.

²⁹ B. RÜTHERS, «Arbeitsrecht und ideologische Kontinuitäten?», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1998, p. 1443.