

OLLERO TASSARA, Andrés, *El derecho en teoría*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor 2007, 265 pp.

La obra que ahora se presenta es fruto del bagaje académico de Andrés Ollero que, después cuarenta años dedicado a la universidad y diecisiete años de fructífera actividad parlamentaria, ha tomado la decisión de burlar las 'reglas prefijadas' de la disciplina y hacer de la *teoría del derecho* un *derecho en teoría*. Cuando uno lee este libro se da cuenta de que está escrito con cierta nostalgia en recuerdo de tiempos mejores, aunque no exento de honestidad intelectual y empatía con el lector. Su estructura consta de trece capítulos o lecciones en los que se plantean cinco cuestiones fundamentales por cada uno de ellos, no en vano se trata de un tratado destinado a estudiantes y, sobre todo, a profesores.

El análisis somero de estos capítulos se llevará a cabo de forma desigual, debido a que centraremos más nuestra atención en los temas que pueden tener un mayor interés para los eclesiasticistas: las relaciones entre derecho y moral (capítulo III), la libre autodeterminación personal y los límites al derecho a la vida (capítulo VI), la tolerancia, el laicismo y la objeción de conciencia (capítulo X), el iusnaturalismo incluyente y la juridicidad de la ley injusta (capítulo XI), y enlazando con el anterior la validez del derecho y la deontología jurídica (capítulo XII), sin perjuicio de que hagamos referencia por su relevante interés a determinados temas de otros capítulos.

El primer capítulo abre con el tema de qué significa la *ciencia jurídica*, la *filosofía del derecho* y la *teoría del derecho*, bajo el siguiente rótulo: *Vaya usted a saber qué es el derecho*, línea que seguirá en el resto de capítulos de la obra. Partimos de la base de que en nuestra disciplina no hay un acuerdo unánime acerca de qué podemos entender por cada uno de estos conceptos, a la vez que es preciso destacar que los sucesivos planes de estudio –incluidos los que se avecinan– no han facilitado mucho las cosas.

Al final, si el derecho es ciencia quizá sea interesante para el que piense que, de cara al análisis práctico, puede servirle de algo. Personalmente consideramos que atribuir caracteres de cientificidad al derecho no es que sea bueno o malo, sino que sencillamente es inviable. Sólo con ver, por ejemplo, algunos de los presupuestos exigibles a una *ciencia*: objetividad, verificabilidad, racionalidad, pureza; todos ellos resultan para el derecho difícilmente demostrables en un grado más o menos aceptable de exactitud.

Para Ollero, la solución a esta cuestión metodológica pasa por entender el derecho como filosofía práctica, dejando a un lado los anhelos de racionalidad científica. De ahí que señale: "La filosofía jurídica –y la teoría del derecho, que no es sino su presencia estratégica en los primeros compases del derecho en teoría– no es un saber que se ocupe, desde fuera, del saber jurídico; sería más bien, la obligada reflexión interna sobre la filosofía que, de modo consciente o no, todo jurista acaba colaborando a llevar a la práctica" (p. 34). Por lo tanto, el jurista tiene que ser un profesional consciente de la filosofía y con una concepción de la justicia más o menos clara.

Ya en el segundo capítulo se centra en el problema acerca del concepto del derecho. En él acomete una crítica al positivismo normativista, al iusnaturalismo legalista y al positivismo sociológico para plantear el derecho como una búsqueda de la justicia que conlleva el ajustamiento de igualdad e libertad. Un modo de argumentar que tiene tintes de objetivismo y cognitivismo ético, que no hace sino poner de relieve la importancia de los juicios de valor en el modo de encontrar una *razón* al derecho.

En general, el positivismo voluntarista niega la racionalidad práctica, es decir, la entrada en juego de una operación racional más allá de un mero acto de voluntad. En

contraposición a dicho positivismo, Ollero plantea un iusnaturalismo incluyente cuyo objetivo es, entre otros, la solución del problema: “Será por tanto en un momento intuitivo, en el que se genera una *precomprensión* estimuladora de la solución judicial”, donde aparezcan estas exigencias jurídico-naturales primariamente; “rebotarán más tarde aportando indicios sobre el carácter más o menos *razonable* de una solución. En ambos es una *concepción de la justicia*, más o menos conscientemente articulada, lo que está entrando en juego” (p. 56).

El filósofo del derecho asume, entre otros objetivos, la crítica del derecho positivo. Para llevar a cabo este ejercicio de crítica es deseable que parta de un entendimiento de las relaciones entre derecho y moral, que constituyen el objeto del tercer capítulo titulado *Si debe el derecho hacer justicia y cómo*. En esta ocasión, el autor pone de relieve las debilidades de la tesis de la separación, aunque salva en cierta medida de sus críticas al positivismo incluyente, con el que quizá presiente mayor cercanía.

Presentar el derecho y la moral como dos códigos normativos totalmente diversos, pondría en solfa la operatividad de lo que Ollero denomina críticamente *positividad instantánea*, es decir, como si a partir de un determinado momento algo fuese o dejase de ser positivo. La realidad jurídica, sin embargo, discurre por otros cauces. Quizá sea preferible entender ambos conceptos como dimensiones de la actividad humana que “exigen partir de unos criterios de valoración que encontrarán en normas específicas la necesaria orientación o apoyo”. Por tanto, “toda norma jurídica, que no entre en colisión con otra moral, cabría reconocerle una valencia moral positiva”, es más, “sea cual su contenido, éste integraría al menos en esa finalidad jurídica –moralmente positiva– de lograr un ajustamiento de libertades en las relaciones sociales. *Obedecer al derecho* tenderá por ello, salvo motivo en contrario, a ser considerado como *moralmente bueno*” (p. 65).

Desde un cognitivismo ético estamos en condiciones de conocer los devenires entre el ser y el deber ser. Al respecto, creo que el autor considera que la conexión entre derecho y moral se produce más veces de lo que creemos, no sólo eso, sino que incluso es necesaria. Nos guste o no, buena muestra de ello se detecta al analizar nuestra jurisprudencia constitucional.

El rótulo del capítulo cuarto ¿*Jueces críticos o ingenieros sociales?*, anuncia un análisis de las diferentes corrientes del positivismo sociológico circunscritas a los planteamientos enmarcados en el trinomio: ciencia social, crítica de la ideología y análisis del lenguaje. Así iremos de la mano de Comte, Bentham, Luhmann o Ross recorriendo el camino de la sociología como ciencia. Lo que de hecho ocurre en la sociedad, interesa al jurista en la medida en que se vea qué debe ocurrir. Para los sociólogos el derecho habría venido siendo un fenómeno social y los juristas no serían científicos al estilo de los normativistas, sino ingenieros sociales. Estos técnicos de las estructuras de la sociedad realizarían –para Ollero– una actividad no equiparable a la del jurista, éste más bien sería “alguien que emite juicios de valor, que deberá fundamentar para hacerlos comprensibles y aceptables por los afectados”. En este sentido, “pretender que quien ha de juzgar actúe como si hubiera perdido el juicio supondría hacer un flaco favor a la realidad social, que es la que acabaría sufriendo las consecuencias” (p. 92).

Siguiendo con la estructura del libro, el capítulo quinto lleva por título *Si el derecho es por principio norma*, y en él se abordan los problemas derivados del normativismo en el sentido de mantener que el juez crea normas, pero de alcance más reducido y concreto que las del legislador. En general, Ollero niega que el derecho sea un sistema de normas, que descarte toda consideración axiológica o teleológica. En este

contexto, la *norma* contribuye a hacer justicia y radica en un fundamento previo al texto normativo, pero que se convierte en *cosa justa* tras contar con el respaldo del sistema. No obstante, reconoce la aportación de Kelsen al afirmar que “parece más coherente un positivismo como el kelseniano, que desemboca en la más dura discrecionalidad judicial, que el de los que pretenden maquillarla apelando a unos principios generales que mantienen viva, en clave presuntamente positivada, la estructura de sistema engendrada por el iusnaturalismo racionalista” (p. 110). Igualmente, no deja de entrar en el debate sobre normas y principios, tan en boga en la filosofía jurídica contemporánea.

Especial consideración merece el capítulo sexto que analiza la diferencia entre lo que serían meras pretensiones individuales y auténticos derechos, la existencia o no de un derecho a la muerte, la función normalizadora del derecho o los debates surgidos en cuanto a la consideración de la vida como derecho o bien jurídico. Con este panorama el título del capítulo nos resulta sugerente *A qué nos da derecho el derecho*. En esta ocasión, Ollero parte del análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990, sobre la huelga de hambre de los Grupos Revolucionarios Antifascistas Primero de Octubre (GRAPO), en la que se reconoce un “contenido de protección positiva” al derecho a la vida que “impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte” (p. 119).

Otro de los aspectos que recaba su atención es la despenalización del aborto. Resulta aquí de interés centrarse en el tema de la personalidad del no nacido cuando entra en conflicto con la libre autodeterminación de la madre. Con el argumento de la libre decisión de la mujer, porque su bienestar mental puede quedar afectado por el embarazo se dejaría la puerta abierta al aborto libre. Hemos pasado a entender como normal una conducta ilícita que, incluso, parece en la práctica elevarse a la categoría de derecho. Resulta cuanto menos paradójico. La ley desempeña la función de manifestar los valores y principios éticos en los que se fundamenta la sociedad; pero esto plantea que se lleve a cabo relativamente fácil el paso de lo legal a lo ético. Es así por el hecho de que lo que está legalmente permitido se convierte automáticamente en aceptable.

El capítulo séptimo bien podría titularse *Derecho y poder político*, pero el autor ha optado por poner un título que invite a pensar *Si lo jurídico ha de servir de disfraz del fuerte o de protección del débil*. Su enunciado es demoledor. A lo largo de estas páginas Ollero se dedica a poner entredicho algunos tópicos vigentes en la teoría del derecho: la consideración del derecho como instrumento del Estado; la afirmación de que el derecho y el Estado son inseparables del poder político; la dicotomía entre justicia y seguridad, etc. El hilo conductor de los problemas planteados será la dimensión promocional del Estado social de derecho y el juego de los valores superiores del ordenamiento jurídico, entre otros.

Posteriormente, si acudimos al capítulo octavo vemos que se plantea la pregunta acerca de si *son jurídicos los derechos humanos*. A primera vista, nadie cuestionaría ahora su carácter jurídico, pero más peliagudo sería abordar su fundamento. Ollero se embarca en un terreno espinoso, fuera de lo académicamente correcto, al sugerir que esos derechos los tendría el hombre “por el simple hecho de serlo, sin necesidad de que se los otorgue el Estado” (p. 151). Con esta afirmación estaría admitiendo la existencia de un derecho natural. La sombra de Bobbio es alargada: dejemos de lado la fundamentación de los derechos humanos y vayamos a su reconocimiento. El hecho de considerar dado el consenso, una vez que se han asumido documentos como la Declaración Universal de Derechos del Hombre de Naciones Unidas, no deja de ser un peligro. El

autor pone al descubierto esta deficiencia: “Los mismos que intervinieron en su redacción desmienten que tal consenso existiera”. Prueba de ello es la división en bloques ideológica a la hora de llevar a un consenso en la comunidad internacional. El interés por “fundamentar los derechos humanos en un consenso históricamente consumado, fácilmente constatable en *tópicos vigentes* generalmente asumidos, cercenaba uno de los aspectos decisivos de estos derechos: su *dimensión utópica*” (p. 153).

Siguiendo con el capítulo noveno vemos la relación entre economía y derecho, a la luz del utilitarismo benthamiano. Ollero critica el intento de la economía de sustituir al derecho por el *mercado*. Por suerte todavía no lo ha conseguido. De ahí que afirme que la “sustitución de la justicia por la eficiencia –que no sería sino una beneficiosa justicia global generada por el dinamismo de un sistema económico libre de trabas– puede resultar muy positiva, siempre que se acuda a ella ocasional y reflexivamente”, a lo que matiza: “El problema surgiría si se pretendiera una mera universal sustitución de una por otra; salvo que se asuma que lo barato es siempre bueno” (p. 182).

En el décimo capítulo analiza el problema de la tolerancia bajo el rótulo *¿Puede no imponer convicciones el derecho?*, a la vez que somete a discusión la identificación de la democracia con el relativismo axiológico cuyo arquetipo es Kelsen. El relativismo axiológico entraría en contradicción con el mínimo ético caracterizado por aquellas exigencias mínimas (jurídico-naturales) sin las cuales sería imposible la convivencia social.

Por otra parte, también se plantea el problema de la desobediencia civil que consiste en una serie de actos pacíficos, sujetos al principio de lealtad constitucional, realizados con el fin de producir un cambio en la voluntad mayoritaria. A diferencia de la desobediencia civil, la objeción de conciencia no es un instrumento de presión política, sino más bien un incumplimiento de la ley injusta, al ir en contra de las creencias morales, religiosas y/o políticas.

Para un adecuado entendimiento de la objeción de conciencia es preciso entender antes el principio de laicidad que consiste en el respeto de todas las creencias y planes de vida, con el límite de que no impidan el desarrollo de otras. Por ello, el Estado tiene que jugar un papel importante en el sentido de no adoctrinar al resto de los individuos, ya sea obstaculizando el ejercicio respetuoso de sus propias convicciones o entrando en su esfera privada sin causa justificada, para salvaguardar los derechos del resto de personas.

Este asunto es enfocado por el autor desde una perspectiva de reconocimiento de la objeción de conciencia como instrumento de presión política; de ahí que postule que “un ciudadano” puede –y debe– “considerarse obligado moralmente a eludir el cumplimiento de una norma por repugnar a su conciencia”. Por tanto, es “lógico que aspire a verse eximido por la vía de la objeción. Podría, al hacerlo, estar ejerciendo un derecho, en la medida en que pueda entender realizada (por vía legal o judicial) una adecuada ponderación que considerara que el bien común no sufriría de modo relevante por ello”. No obstante, si no se le reconociera tal posibilidad, “sería lógico que mantuviera su negativa traduciéndola en una efectiva desobediencia civil. Es más, cuando la gravedad del problema lo requiriera, la discrepancia moral respecto a la norma jurídica en vigor podría llevar a renunciar de salida a una mera exención subjetiva por la vía de la objeción, para cuestionar de modo directo la validez objetiva de la norma, evitando así que su particularizada excepción acabara contribuyendo a confirmar la regla” (p. 205).

En la tónica general del libro impera el buen humor y lo académicamente incorrecto se muestra, una vez más, en el título del capítulo undécimo *Prohibido el derecho natural, pero haberlo haylo...* La verdad es que en el ámbito internacional hay una continua huída del derecho natural. Por suerte, ahora se ha transmutado en un cúmulo

de teorías no positivistas y cognotivistas para decir, en esencia, lo mismo pero sin mencionar la palabra maldita: metafísica. Ante este panorama, Ollero postula un iusnaturalismo inclusivo no planteado como alternativa al derecho positivo. De ahí que resulte “más positivo –no sólo para él, también para el buen sentido– detectarlo como estimulador y acompañante inevitable de su mismo proceso de positivación” (p. 220). Su consideración del derecho (natural) como saber prudencial remite a valores y principios éticos materiales de carácter jurídico, en el que se establece una conexión necesaria entre derecho y moral, pero la ley injusta es considerada derecho, si bien deficiente. Respecto a este último rasgo iusnaturalista cabe decir que será “un pésimo derecho al que –las más de las veces– sólo podrá poner freno la resistencia moral de los ciudadanos” (p. 227).

Enlazando con el inciso anterior, el autor dedica el capítulo decimosegundo a *Qué cabe considerar como derecho positivo*, para continuar con su interés por el tema de la validez del derecho y abordar otro no menos interesante: el de la deontología jurídica. Esta ética profesional aplicada al derecho se construye a partir de la dimensión personal –y, por lo tanto, ética– del actuar humano, posibilitando el reconocimiento de la existencia de una ética profesional de los juristas. Su puesta en marcha –según Ollero– da entrada a unos “elementos jurídicos en trance de positivación, presentes en las expectativas ciudadanas”. Con ello, “la moral positiva fruto de propuestas de moral social, alimentada por una pluralidad de morales personales, ayuda a emerger prelegalmente a lo jurídico” (p. 247).

Para finalizar dedica el último capítulo a *Qué hacer para que el derecho acabe teniendo razón* que no es sino una crítica a la Modernidad, con su interés por sustituir la preponderancia de la justicia, como piedra de toque de lo jurídico, por el de la seguridad. Su entendimiento de la actividad jurídica como filosofía práctica dará paso al “*derecho como tarea de razón práctica*, el *ordenamiento jurídico* implicará un todo que es más que la suma de sus normas. Éstas tienen una peculiar *porosidad*, ya que sólo cobran *sentido* jurídico al entrar en contacto con la realidad social, lo que llevará a detectar exigencias de justicia. De ahí que no quepa ya pensar en un sistema pleno, herméticamente cerrado, sino en un *sistema abierto*, en continua *heterointegración* gracias a la incorporación de elementos sólo aparentemente ajenos” (p. 257). En definitiva, que el derecho tiene una realidad propia cognoscible racionalmente, a través del juego entre valores, normas y principios en sede interpretativa.

A modo de conclusión, podemos afirmar que estamos ante un libro de madurez, de balance, quizá de particular ajuste de cuentas con la disciplina, pero no exento de erudición, de buen tono y, sobre todo, de honestidad intelectual. En todo caso, un libro que ayudará a pensar a todos los tienen interés por buscar una *razón* al derecho.

JOSÉ ANTONIO SANTOS

Ollero Tassara, Andrés, *Derechos Humanos. Entre la Moral y el Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F. 2007, 348 pp.

I.- Introducción

El instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México realiza, desde hace ya varios lustros, una importante labor de publicación de