

Palabras del Excelentísimo Sr. D. Andrés Ollero Tassara

Con la venia...

Mis primeras palabras han de ser de agradecida satisfacción, por un triple motivo. En primer lugar por el marco en que este acto se desarrolla, gracias a la hospitalidad de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, tan honrosamente representada hoy por el Profesor Velarde Fuertes, y de modo especial a las facilidades brindadas por su Presidente el Excelentísimo Señor Don Sabino Fernández Campo.

Me resulta inevitable recordar cómo dentro de estos muros trabajé hace ya más de cuarenta años, cuando preparaba mi tesis doctoral. Por otra parte, mi condición de Académico Electo me sitúa en una peculiar situación: deseoso sin duda de convertirme cuanto antes en individuo de número de esta Corporación, pero empeñado a la vez en poder ofrecer el preceptivo discurso de ingreso con el nivel de calidad y rigor científico que la ocasión requiere. Quizá esta contradictoria tesitura explica que haya propiciado un anticipo de mi participación en las actividades de la Academia por esta vía relativamente atípica.

El segundo motivo de satisfacción y agradecimiento deriva de la irrefrenable ilusión de quien acaba de publicar un libro: encontrar lectores. Gracias a este acto, ya he encontrado tres, así que no me marcharé de vacío; y qué tres lectores... Nada menos que el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, a quien he tenido el privilegio de ver luchar por la mejora de la Justicia en España, tanto reivindicando las prerrogativas de los magistrados del Tribunal Supremo como, más tarde, en sus comparencias ante el Congreso de los Diputados como Presidente del Consejo. Y junto a él dos Catedráticos y entrañables amigos como los Profesores Alzaga Villaamil e Iglesias de Ussel.

Por si fuera poco, aún queda una nueva circunstancia que incrementa mi agradecida satisfacción, ya que estos actos suelen servir, en una ciudad tan desparrramada como Madrid, de oportunidad para el reencuentro con viejos amigos. En efecto, dirija hacia donde dirija mi mirada, los veo por todas partes, en más de una ocasión tras no haber coincidido a lo largo de más de un año.

Tras este grato desahogo, debo en todo caso, pronunciarme a mi vez sobre el libro, alentado por los amables y agudos comentarios ya expresados.

Lo primero que he de señalar es que se trata de un libro que me he resistido largo tiempo a escribir. He huido siempre de confeccionar algo que pudiera considerarse un manual, porque entiendo que la filosofía del derecho, en lo que como toda filosofía tiene de búsqueda, desaconseja el fatuo intento de ofrecer un prontuario de respuestas a los más variados problemas; como si el propio magín hubiera sido capaz de convertir en superfluo cualquier ulterior intento de seguir practicándola.

Me alegra, en este sentido, que se haya puesto ya de relieve que el libro dista de reunir las condiciones para cumplir tal función. Ciertamente es que quizá debería haber puesto sobre aviso de que, entre los amistosos oyentes, no falta algún esforzado alumno. Si nunca resulta aconsejable desvelar a los tiernos vástagos que los reyes son los padres, quizá no resulte tampoco prudente romper en el alumno la convicción de que es él el que no ha llegado a entender el libro, sugiriéndole que es sin más ininteligible. Porque es un hecho que a la obra que hoy se presenta vengo recurriendo para trabajar con mis alumnos, o no sé si más bien contra ellos.

Puede que haya sido la creciente convicción de que ando ya de lleno en la recta final del tramo funcional de mi trayectoria docente e investigadora lo que me haya llevado a pergeñar estas páginas, con lo que tienen de balance de un prolongado tratamiento de los temas fundamentales de la teoría del derecho. En todo caso, para no engañar a nadie, he preferido titularlas “El derecho en teoría”. Espigaré algunas de sus aportaciones.

No he vacilado en dejar constancia de que no tengo mayor inconveniente en admitir que “sólo es derecho el derecho positivo”, de lo que da fe el título de uno de sus capítulos. De ahí que tenga fundadas dudas de que pueda autocalificarme como *iusnaturalista*. De hecho los de estricta observancia no suelen incluirme entre los suyos, quizá por no considerarme del todo trigo limpio. Bien es verdad que, tras asumir dicha afirmación nefanda para más de uno, no dejo de preguntar, con poco disimulada perversa intención, quién *pone* el derecho, e incluso cuándo y cómo. Creo que el intento positivista de marcar un impermeable diafragma entre elementos éticos y jurídicos se hace por momentos más insostenible, lo que ha llevado a que florezca un más condescendiente *positivismo inclusivo*. De ahí que haya

optado por autoconcederme la vitola de *iusnaturalista inclusivo*, a la espera de que unos y otros vayan redelimitando su nada novedosa contienda.

El intento de separar tajantemente ser y deber ser en el derecho tropieza con la paradójica evidencia de que el ser del derecho consiste en un deber ser. Lejos de servir éste, como tanto tiempo se ha afirmado, de lejano y externo horizonte crítico o utópico, se convierte en realidad en clave interpretativa imprescindible para poder describir cómo es el derecho positivo. Lo que el texto legal dice sólo acabamos sabiéndolo tras preguntarnos, de modo más o menos consciente, qué debe ante el caso concreto decir.

Llamo al respecto la atención sobre la intrigante polisemia de ese término al que nuestro Código Civil recurre cuando insta al intérprete a aplicar la norma de acuerdo con la *realidad social*. ¿Debemos entenderla en clave meramente sociológica, como si diéramos por buena una *fuerza normativa de lo fáctico*? Pienso que, por el contrario, nos vemos obligados a captar en los hechos sociales unas exigencias éticas que claman justicia. Una vez más, el ser del derecho sólo emerge alimentado por propuestas de deber ser, que sería mejor transparentar que dar por inexistentes.

He tenido también ocasión de hacerme eco de un juicioso dictamen de nuestro Tribunal Constitucional, al que resulta tan fácil evocar hoy aquí al contar con la amable presencia de su Presidente Emérito y Académico de esta Casa, el Profesor Jiménez de Parga. Me refiero a su constatación, al filo del rechazo del recurso de amparo de los terroristas del GRAPO, de que *no tenemos derecho a todo lo no prohibido*. Ello deja sin duda al descubierto la insuficiencia del *normativismo* para dar razón de lo que el derecho es. La inexistencia de prohibición normativa no genera derecho alguno, si no contamos con un título que lo fundamente como exigencia de justicia.

Realidades tan obvias obligan a replantear el enjundioso problema de la relación entre *principios y normas*, al que ya se ha aludido. Esto exigiría más detenido tratamiento del que permite el tiempo que la más elemental cortesía aconseja ahora emplear. Ya me ocupé de la cuestión en mi libro sobre *Discriminación por razón de sexo*, publicado por el Centro de Estudios Constitucionales y no en vano subtulado *Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*. Reiteraré tan sólo que los valores jurídicos operan como principios y como normas. No se trataría pues, a mi juicio, de que los preceptos se conviertan en principios; los valores jurídicos que esos preceptos contienen operaron ya como principios animadores del debate legislativo y siguen haciéndose presentes como tales informando la interpretación que permite llevar tales normas a la práctica.

Se ha apuntando que mi despego del positivismo y del normativismo jurídicos resulta en ocasiones llamativamente drástico. Aporto como atenuante una rea-

lidad bien conocida: dejando aparte las asignaturas de teoría y filosofía del derecho, en la más de una veintena restante el alumno va a recibir positivismo y normativismo en dosis masivas, suministradas por profesores que las más de las veces ni siquiera son conscientes de ello. Por si fuera poco, no faltan indicios de que con ocasión o excusa de los nuevos planes de estudios se esté apuntando sin más a nuestro exterminio. No sé si todo ello contribuirá a que llegue a apreciarse estado de necesidad, pero sin duda ayudará a disculpar algún exceso.

Comparto absolutamente la convicción de que no cabe plantear como un dilema mutuamente excluyente la relación entre *justicia y seguridad*. Dejo escrito que la seguridad no es sino la dimensión diacrónica de la justicia. Siendo el hombre un ser histórico, de poco le serviría que se la garantice hoy que se le dará lo que es suyo, si no cuenta con una fiable garantía de que mañana ocurrirá lo mismo.

Otro de los capítulos me lleva a preguntarme si *son jurídicos los derechos humanos*. Puede parecer un interrogante ocioso, ya que difícilmente podría no ser jurídico algo a lo que caracterizamos como derecho. La verdad es, sin embargo, que más de un esforzado apologeta de los derechos humanos debería modificar radicalmente su concepto del derecho para conseguir considerarlos propiamente jurídicos. Me refiero a los que insisten que en que no hay más derecho que el que ponen los poderes del Estado; con lo que los derechos humanos sólo se convertirían en jurídicos cuando su profundo y peculiar fundamento se hubiera convertido en superfluo. No harían tampoco mal los que así opinan en aclarar qué pueden significar sus emotivas invocaciones al *Estado de derecho* cuando se ven acompañadas de la reiterada afirmación de que no hay otra realidad jurídica que el *derecho del Estado*.

Terminaré aludiendo a tres fenómenos que confirman mi convicción de que en toda realidad jurídica tienden darse cita, no sólo una determinada caracterización formal, sino también una exigencia de justicia y un correlato sociológico que, a la vez que ayuda a expresarla, garantiza su eficacia.

De esta convicción deriva en primer lugar mi, quizá no muy iusnaturalista, afirmación de que la *ley injusta* es sin duda derecho. No suscribo la ahora resuscitada fórmula de Radbruch, que privaría de validez jurídica a las normas afectadas de extrema injusticia. Me permito en el texto alguna metáfora futbolera: al jugador que dispara enviando el balón al tercer anfiteatro no tendría mucho sentido negarle la condición de futbolista; lo es, pésimo din duda... Como será pésimo derecho una ley que ignore o cotravenga exigencias elementales de justicia. Mejor reconocerla como pésimo derecho y urgir a su reemplazo, que darla por no jurídica y condenarse a seguir soportándola.

No menos fuera de lugar estaría negar relevancia a la existencia de una curiosa categoría, patentada también por nuestro Tribunal Constitucional: la *incon-*

stitucionalidad fáctica. Me refiero a la dictaminada en una de sus sentencias más merecedoras de olvido, al afirmar que si la elección por las Cámaras parlamentarias de los doce jueces miembros del Consejo General del Poder Judicial respondiera al juego de fuerzas políticas en ellas existentes (¿a qué otra cosa podrían responder, cuando ya se dejó de creer en los reyes magos?) la norma que lo establece sería inconstitucional, pero como ello no habría de ocurrir necesariamente... Pensar que nos hallamos ante una norma jurídica como otra cualquiera y no ante una pésima, cuya sustitución el propio Tribunal paradójicamente implora, supondría suscribir una concepción del derecho bastante alejada de la realidad.

Realidad en la que no dejan cumplir un relevante papel los datos sociológicos. Me remito en el libro en esta oportunidad, siempre de la mano del Tribunal Constitucional, a la sentencia que somete a control la constitucionalidad de la dotación para guarderías prevista sólo para toda mujer, cualquiera que fuere su estado, con hijos menores de seis años a su cargo. Desde una perspectiva meramente formal, todo parece indicar que la existencia de una obvia desigualdad nos situaría ante una de las discriminaciones rechazadas de modo expreso por el artículo 14 de nuestra Constitución. Si, intentando encontrarle un fundamento objetivo y razonable, recurrimos, sin embargo, a una dimensión de justicia material, cabría aventurar que la responsabilidad de la mujer sobre los hijos justificaría tal asimetría; esta solución acabaría, sin embargo, incurriendo también en discriminación, aunque en esta ocasión respecto de la mujer, a la que se endosarían en excusiva unas cargas familiares que no hay razón para no resulten compartidas. Inconstitucional ya por partida doble, la diferencia de trato cobra una dimensión bien distinta cuando el Tribunal recurre a los hechos registrados por la Encuesta de Población Activa y constata que, mientras cuatro de cada cinco mujeres casadas no acceden al mercado laboral, llegan casi al 80% los varones casados que sí lo consiguen. Dictaminada, por vía de hecho, la existencia de uno de los “obstáculos” a la igualdad real y efectiva que propone el artículo 9.2 de nuestra Constitución, la desigualdad acabaría viéndose legitimada. Son pues tres las campanas a que hay que atender antes de dar por lograda la armonía jurídica.

No debo cansarles más. Sólo me resta reiterar mi triple reconocimiento inicial y hacer de nuevo gala de un irrefrenable optimismo, admitiendo la venturosa posibilidad de que alguno de los amables asistentes se anime a incrementar la selecta nómina de lectores que el acto de hoy ya me ha garantizado. Mil gracias a todos...

**PRESENTACIÓN DE LA OBRA
“ANTONIO FLORES DE LEMUS:
AÑOS DE FORMACIÓN UNIVERSITARIA.
CORRESPONDENCIA CON
FRANCISCO GINER DE LOS RÍOS”**

Presentación del libro el 28 de enero de 2008.

