

**Ollero, Andrés:**

***El Derecho en teoría***

Thomson-Aranzadi, 2007

## EXPOSICIÓN DEL CONTENIDO DE LA OBRA

Llega al mercado jurídico tanto estudiantil como profesional, una obra de Andrés OLLERO que sólo por el título parece interesante. Por su solidez no es posible exponer todas sus ideas, sino sólo realizar una labor personal de selección de lo más sobresaliente, selección personal se subraya. Como personal ha sido la selección de los trabajos y artículos que ha realizado este prolífico autor, todos ellos dedicados a autores y juristas que ha influido en su larga trayectoria científica publicada. Baste decir que en ellos trata la esencia de lo que ha sido y es la Filosofía del Derecho clásica y que constituye un intento de mantener vivos, pero modernos, sus temas de preocupación, que son grandes, enormes de dimensión, por ello, la documentación utilizada pertenece a los grandes pensadores de la materia. Documentación seleccionada e importante tanto doctrinal como jurisprudencial, algo que no es muy habitual en los profesores del Área de Filosofía del Derecho, anclados en ocasiones en el argumento de autoridad docente de forma exclusiva: aquí la apertura de fuentes consultadas es notable y es normal por lo que luego se dirá. Eso se consigue porque en OLLERO se da una cualidad que pocos juristas de la asignatura de Filosofía del Derecho cultivan o han cultivado y que le hacen ser conocedor más profundo de la realidad del Derecho: haber vivido el Derecho desde la óptica de su creación y confección como parlamentario brillante y ser, por otra parte —y de forma simultánea—, estudioso de la Filosofía del Derecho como Catedrático de la Universidad de la asignatura, así pues, práctica y práctica, pues no sabemos quién es el autor que hoy en día defiende que la Filosofía del Derecho no es práctica, cuando es la disciplina que tradicionalmente ha reflexionado sobre la norma positiva y vigente. La Obra se divide en unidades que ofrecen preguntas sobre los temas clásicos —que nunca morirán— de la Filosofía del Derecho, cada unidad va precedida de

---

\* Profesor Titular del Área de Filosofía del Derecho en la Universidad Rey Juan Carlos. Ex-Letra-  
do del Tribunal Supremo.

unas preguntas y lecturas recomendadas para su aclaración. Cada trabajo no está ahí por casualidad, tiene una línea de argumentación lógica que hay que seguir, por ello, lo más prudente es caminarla en la propia estructura de la monografía.

Así que desde el primer título «*vaya a saber usted qué es el Derecho*» empieza el debate del autor por comprender esto. Se propone en un tema tan general a la Ontología jurídica como respuesta para saber qué es el Derecho (p. 23). La Filosofía se cura con el tiempo dice su epígrafe, el grado de abstracción va históricamente descendiendo en el Derecho, llegando a una nueva religión: *el positivismo presente en toda la obra*. El jurista —gracias a él— hace que se crea un *científico* como los demás, pero no lo es. Nace el positivismo jurídico como metodología (que se ocupa del Derecho que es) y como Ontología jurídica (sólo es Derecho el derecho puesto) y en ese debate continuamos. La Filosofía del Derecho nace, pues, como Ciencia del Derecho ante la ausencia de una como tal, y los autores diferirán sobre el objeto de esa ciencia: SAVIGNY, BENTHAM... son concepciones diferentes y respetables. La obsesión de los juristas por ser científicos posee para el autor varias razones: La teoría del conocimiento entroniza a la ciencia como saber racional, se pasa del ideal de Justicia, al saber a qué atenerse, el principio que yo llamo estructural del Derecho: *la idea de Seguridad o de Inseguridad jurídica*, a esta primera razón se le une un componente ético que no puede abandonar la ciencia jurídica y por supuesto un componente político. La relación, por tanto, entre Ciencia y Filosofía con esos factores que las otras ciencias no poseen de forma tan acentuada, en el campo del Derecho es conflictiva.

Se da un paso al frente: la Filosofía del Derecho es —para este análisis positivista, toda la obra es un diálogo con un positivista en mi opinión— reminiscencia de un concepto histórico (p. 27), se sustituye el viejo Derecho Natural (tan añorado por los alumnos en los últimos años de la carrera, cuando ya han comprendido o están en vías de comprender) por la Filosofía del Derecho que es, el Derecho positivo el único Derecho, ya estamos en la modernidad de las otras ciencias. Pero el Iusnaturalismo, disfrazado, sigue estando ahí. Tenemos ya la equiparación con las otras ciencias más o menos respetables según el gremio científico: el Derecho es el que es exclusivamente, no merece la pena plantearse más. Es esa idea que BENTHAM defiende al entender que el Derecho es lo que es en una Jurisprudencia expositiva, dejando un margen a la jurisprudencia censoria (lo que el Derecho debiera ser). Se pregunta Andrés OLLERO —y con razón— cómo es posible reflexionar sobre algo sin saber su alcance cómo discutir sobre el Derecho que es sin saber el porqué es o debiera serlo. No es extraño —y esa sensación que tenemos los docentes de esta asignatura en más o menos exteriorización— que se pueda hablar de un Responso por la Filosofía (p. 29). En los países de nuestro entorno, Francia, Alemania (con la excepción que supuso KAUFMANN en Alemania) la Filosofía del Derecho ha desaparecido, se desdibuja, no tiene interés. Ha sido culpa del rígido cientifismo, el que identifica lo racional con lo científico, el saber positivo: fuera de la ciencia está la irracionalidad. Y así, dentro de la teoría de la Ciencia se descendió a fijarnos en lo menos rele-

vante, no se discutían ideas, sólo normas «puestas de forma positiva». Y en ello, tiene que ver una tremenda labor de limpieza de lenguaje jurídico: quitar lo que recuerde a la reminiscencia no científica, por ello, la Filosofía analítica deja fuera de sí todo lo que no puede explicar y de esa verificación científica se llega a la falsación: el método científico como dogma (algunos intentos como KHUN son loables por abrir la mente del jurista) sin ese método o su asunción no forman partes de la comunidad científico-jurídica. De ahí se da otro nuevo paso: la pluralidad del objeto científico jurídico como racional. Aunque hay excepciones como RORTY que predica la libertad en la sociedad para ser hombre científico, no es ello lo que se impone: se impone el dogma, la ciencia verificada, la verdad. KIRCHMANN predica —en el siglo XIX conviene recordar— la inutilidad del saber científico. La obsesión por ser ciencia del Derecho llega a plantearse nuevos métodos el nomotético (describe pautas regulares de conocimiento empírico) o el idiográfico (se estudia el caso singular, sobre los textos, tiene objeto científico). Las Ciencias del Espíritu —para equipararse y el Derecho entre ellas en esa línea extraña que siempre ha tenido— acude a ser de las llamadas Ciencias Sociales. Así que el método se convierte en objeto: el debate posterior entre Kelsen y los realistas escandinavos lo demuestra claramente. Pero no se está tratando sino del objeto de una Teoría del Derecho, por ello se pregunta el autor *qué será la Teoría del Derecho* (p. 33). Hay quien la identifica con la Teoría general del Derecho, pero ese rótulo es histórico, no es parte general de las otras partes especiales del Derecho parece ser que esta opinión —durante tiempo sustentada para denigrar la especialidad— ya no la sostiene nadie. Se habla también de una Teoría de la ciencia jurídica, que se defendió con razón que era, se ha caído en predicar de nuevo por algunos (no parecen ser muchos, ésa es la verdad) del Derecho Natural, o la consolidación más científica y menos ideológica —concepto utilizado en su defensa, ya que sí creemos que exista ideología que sustente la norma si no es para manipular, sino para describir una realidad— en Introducción al Derecho. La verdad es que el desconcierto ya forma parte de la esencia de la Teoría del Derecho estando más marcada por lo que estudia que por lo que pretende estudiar hace tiempo. Quizá se pueda encontrar ya su marca científica: el saber práctico, la filosofía práctica que desde Kelsen y otros llamando metodología jurídica se ha predicado.

«La Filosofía jurídica —dice el autor— 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». Así que sin dejar de abrir frentes de todo tipo, para avanzar, el capítulo titulado *Todos de acuerdo: sólo es Derecho el Derecho positivo*, se abre (p. 39). Para llegar a ser ciencia —como dogma del que partir— se entendería que es Derecho positivo el puesto y Derecho Natural al que habría que considerar meramente supuesto, una mera propuesta moral sobre cómo debería ser el Derecho Positivo. El normativismo jurídico es doblemente positivista: desde la teoría del conocimiento identifica racionalidad y método con la teoría positivista de la ciencia y porque su ontología jurídica convierte en objeto sólo el Derecho positivo, marginado el debate moral del

mismo. Descartando los derechos previos a la norma, descartando las interpretaciones de la misma, para el normativismo jurídico (que se ha apoderado del concepto del positivismo, a mi juicio) el Derecho como sistema está compuesto exclusivamente por normas, el sistema jerarquiza y articula las normas, intentará que no existan lagunas fruto de la imprevisión, es la plenitud del ordenamiento. Para crear Derecho nuevo no se acudiría a un método axiológico o teleológico, el Sistema avanza por medio de la Lógica. Las normas nacerían de una norma anterior y lo no previsto en una norma, no tendría cabida en el Sistema, así es como piensa el normativismo, como escuela o como forma de actuar, pues a lo mejor no es ni escuela, sino forma de actuar pensamos nosotros. Lo que se valora es el cognotivismo que no dé entrada en su planteamiento a lo ético porque no es verdadero juicio como tal. Pero es paradójico este cognotivismo: el positivismo también arranca de un planteamiento que denosta: el voluntarista (p. 43). Si desde HOBBS se concibe la norma como expresión de un mandato imperativo del soberano, la codificación no es más que una proyección sobre las leyes positivas del racionalismo iusnaturalista. Se confunde lo lógico con lo justo. Así pues, que el positivismo de la ciencia del Derecho, desde entonces, se traduce en que antológicamente —quizá para evitar confusiones y pensar— es positivismo jurídico «sólo es Derecho el positivo», y el normativismo jurídico nos indica que el Derecho es un sistema de normas, identificable por sus rasgos meramente formales. Se intenta que no todo positivismo sea «Legalista»: Kelsen es quien lo representa, pero para él, el juez (y no sólo la Ley) crea derecho positivo, si bien su imagen es la de ser su representante al asumir su metodología y su ontología, la del positivismo. Pero a Kelsen hay que entenderlo en sus justos términos. Surge la verdad científica y ética: el *principio de Legalidad*. Después de la Segunda Guerra Mundial se atacó al Positivismo como el mayor de todos los males, era indeseable. Conviene preguntarse si el positivismo refleja lo que el Derecho es, más allá de preguntarnos —como ya casi todos pensamos— que no es la única vía de acercamiento a la comprensión del Derecho. Se pasa al llamado *Iusnaturalismo de uso alternativo* para criticarle. Se parte de que existe otro Derecho, el Natural, como Justicia objetiva asequible para el común de los hombres, negar esta verdad, hace el Derecho reprochable moralmente, no está demostrado que esto lo persiga el positivismo en sus fines sí en su metodología. Esa concepción, después de la Segunda Guerra Mundial va cambiando el Derecho: lo justo, los derechos humanos, como verdad. Tal Derecho Natural que se vive y se legisla, será derecho obligatorio, pero ello empezó a ser obstáculo para las corrientes laicistas, el positivismo jurídico se convirtió en doctrina utilizada más por el progresismo, intentando separar el Derecho de los pronunciamientos morales que en él se contenga, por lo menos, es lo que pasó en España.

El iusnaturalismo se utilizó para romper esquemas del pasado: apelar al Derecho Natural, parecía que invitaba a un uso alternativo del Derecho, el jurista, sustituiría la letra de la Ley por las exigencias objetivas de lo humano. Nació un legalismo paralelo como alternativa al positivismo y ese papel cumplió de forma brillante el Derecho Natural. Cada uno por su lado, Legalismo

y Iusnaturalismo, pero el problema continuaba. Parece que había un punto en común: el Derecho que se había de estudiar era el que es (p. 50), ya era algo. Pero ese «Ser» entrañaba ya una posición: el científico que no se niega a que el Derecho sea un «deber ser» ya está complicando el asunto. Separar existencia y esencia al hablar del Derecho es incomprensible: cómo se piensa en el Derecho que es, en su reflexión sin saber cómo sería de otro modo. Reflexionar sobre la validez, la vigencia y la legitimidad del derecho nos lo demostraría. Para el positivismo (KELSEN) la validez es un concepto formal exclusivamente, el Derecho como «puesto». La vigencia del Derecho sólo hace referencia a datos fácticos, sobre la aceptación de las normas en cada momento. Pero una norma que ha perdido eficacia, parece inconcebible que se entienda válida, el propio KELSEN lo defiende. La desuetudo no es sino la plasmación de la relación entre validez y eficacia: una norma que pierde vigencia, pierde validez. Igual ocurre con la Legitimidad: la obediencia a un Derecho por ser formal, pero que tiene que ser cumplido por una concienciación colectiva (en el concepto de los realistas como ROSS), que tiene interrelación con la vigencia y la validez. La perspectiva iusnaturalista condiciona a la positivista: si se afirma que una Ley es injusta no es ley, no se tiene que obedecer porque hay razones que así lo aconsejan. No sólo es Derecho el derecho positivo, muchas son las razones para no sostener esta idea: mejor sería —nos indica Andrés OLLERO— quedarse con la idea de buscar *el mejor derecho posible*. Lo que ocurre es que al final, el Positivismo cumple una función ideológica, en el sentido de que falsea la realidad (p. 55). Simula garantizar certeza en la identificación de los conceptos jurídicos, y en la seguridad jurídica: por medio de la claridad de la ley, la no retroactividad, la cosa juzgada será *ex post facto*, lo que diga el juez, pero dónde está la seguridad de la que se parte en su esquema. Confiar en el Juez esa «seguridad» es no conocer el Derecho en su realidad. Se debe llegar a un entendimiento, pues, del positivismo y sus logros (que los tiene o los tuvo) y el Iusnaturalismo a la hora de concebir el Derecho: la llamada naturaleza de las cosas más que la omnicomprendensiva ley natural, como acercamiento para el Derecho puede ser uno de los pilares de ese entendimiento puede ser uno de los pilares que nos propone el autor. El Derecho se «pone» siempre al fin y al cabo, en diálogo con un contexto de valores que se da por «supuesto», incluso para el positivista más acérrimo. Ahora bien, *cómo debe hacer el Derecho Justicia* es un gran problema (p. 59). «La Justicia —ya están hablando los Filósofos del Derecho de la Moral otra vez— esto no es científico, es poco práctico», es el pensamiento ortodoxo del positivista. Moral y Derecho compartimentos estancos es el diagnóstico del positivismo jurídico. Lo Moral es no jurídico, prejurídico, no podrá ser derecho ni en su objeto jurídico se encuentra con el peligro de que el Derecho puesto no pueda ser criticado fuera de él (BOBBIO). Hasta el más puro de los positivistas (KELSEN así ha pasado a la posteridad jurídica, se matice o no) reconoce que el Juez no sólo aplica la norma, que da carta institucional al argumento de la Justicia (al Moral). Surgen los «derechos morales» fuera del debate de lo jurídico, inescindiblemente humanos, como exigencias básicas de lo humano

(RALWS) el análisis positivista se complica cada vez más para sostener que es Derecho sólo el puesto o porque lo dice el Código (p. 65).

Por ello, Moral y Derecho en realidad no son sino dimensiones de la actividad humana: personal y social, pero se aúnan en el sentido de que obedecer el Derecho puesto será considerado como moralmente bueno, en abstracto sin analizar la norma de fondo. No todo lo bueno moralmente puede serlo jurídicamente: a lo mejor la norma prevé otro bien moral y el desobedecerla no implica juicio moral, sino sólo jurídico. Dar a cada uno lo suyo es lo que pretende la Justicia o el Derecho, ese «lo suyo» es consecuencia de una cosa justa o ajustada, con arreglo a unos criterios de Justicia Objetiva, que son previos al ejercicio de la subjetiva virtud de la Justicia. Pero para ello, hay que determinar qué se entiende por Justicia Objetiva, el bien común (p. 67). La convivencia social marca la pauta para ese mínimo ético de cada hombre. El Derecho impone un mínimo ético de deberes nada cómodos: impuestos, aceptación de códigos, multas... la *alteridad* sería una pauta de ese mínimo: lo relevante jurídicamente será lo que tenga de relación con los demás, y la exterioridad de la acción también, pues de lo contrario estamos en la Moral. Las exigencias meramente morales son anteriores al Derecho, y éste las asume por cauces atípicos unas veces, otras discrecionales. La concepción de la Justicia será el problema: así, el prohibido prohibir liberal (MILL) no obedece sino a una moral individualista poco realista también. Derecho y Moral son compartimentos estancos: Derecho (lo público) Moral (lo privado) cada uno por su cuenta, persiste el problema que quiere perpetuar el positivismo. Pero lo privado si no se sustenta en un juicio moral general, no sería siempre jurídico, así no se puede establecer el mínimo de una Justicia objetiva que permita saber qué es dar a cada uno lo suyo (p. 71). La despenalización es la institucionalización de lo que es considerado normal, justo (¿), ello hablando de temas como la eutanasia o el aborto, no deja de ser difícil de asumir, pues el juicio es moral pese a su despenalización jurídica. Además se ataca la idea de un mínimo código moral, pues se dice que afecta la libertad humana, nadie quiere dejar de practicar sus valores, los que le amparan aunque sean de civilizaciones diferentes (inmigración) que no tienen ese mínimo contenido moral equivalente. Por ello, existe también y se critica el riesgo de la *moralización del Derecho* ante la separación que acabamos de ver. Es otro riesgo que tiene problemas: se vuelve a citar la eutanasia como un problema de moral y jurídico o jurídico y moral que para el basamento moral cristiano no tiene tanto problema, pues no existe, pero la sociedad es plural y entonces subsiste el problema. La idea de responsabilidad y de compasión en este tema señalan las diferencias de nuevo, entre positivistas y no. Lo jurídico tiene una dimensión radicalmente judicial, la ley cumple a su servicio una función normalizadora, pero la moralización del Derecho posee un riesgo: los casos límite (difíciles si se les puede llamar) por vía legislativa tendrán respuesta judicial, se convierte la excepción en norma por este camino. El Derecho debe crear norma social, no se debe recurrir a él por convencimientos morales de casos concretos, pues aspira a normalizar la convivencia social, si los derechos son irrenunciables, como máxima que se asume, la vía de la excepción legal (cuyo

límite se desconoce) no respeta el mínimo código ético para los dos frentes: Moral y Derecho.

Se pregunta el autor sobre el *papel de los jueces como críticos o como ingenieros sociales en el siguiente trabajo* (p. 77). Evidentemente que la situación actual proviene de los logros anteriores de la Sociología jurídica, del funcionalismo para reflejar la realidad actual y un estudio profundo de esos movimientos se hace. El mínimo ético es el problema del que se venía tratando y con el que se enlaza esa separación de lo Moral y lo jurídico que el Juez se ve obligado, quiera o no, a completar pero hay una realidad ya evidente: la insuficiencia de los positivismos jurídicos al explicar el Derecho.

En esa imposibilidad *si el Derecho es siempre por principio, norma* (p. 95) es lo que debemos ahora cuestionarnos. Sabemos lo que pretende el normativismo, así el delimitar el objeto preciso y definido: el Ordenamiento jurídico como Sistema de normas y la apelación al concepto-referencia Sistema. Sistema previsible en su aplicación y revisable para que ello siempre suceda. Basado en el Principio de Legalidad que vigila el Tribunal Constitucional para que todo cuadre. El normativismo niega el carácter de jurídico a otros elementos que aspiran a ello, como los principios o los valores. No habría principios jurídicos: sólo cuando estuvieran reflejados en normas. Lo mismo ocurre con los valores. La posición del normativismo ortodoxo es sencilla: los principios aparecerían como material prejurídico o pre-normativo. Estarían más en el terreno de la moral que en el Derecho si no derivan de otra norma, no son norma. En España y en el entorno europeo ello ha ocurrido al pasar de los Principios Generales a los Constitucionales. Son principios que cumplen una función similar, no subsidiaria a las normas, son pre-legales porque se anticipan a las normas, pero también se aplican como normas en ese doble juego que tienen en nuestro sistema. El contexto del principio y dónde se halle inscrito le marca también su papel, como ocurre con las Constituciones que indican principios que no regulan porque los dan por supuestos (Derecho Natural). Así pues, dejando otra vez insuficiente al análisis normativista del Derecho, la norma colabora a hacer justicia. Ésta radica siempre en un fundamento previo al texto normativo; es a la vez una realidad siempre por hacer, que sólo se convierte en cosa justa tras contar con el respaldo del sistema. Se combina una prioridad lógica con una realidad a posteriori. La interpretación sitúa a los valores, normas y principios dentro de la realidad jurídica en un movimiento espiral (p. 109). Ahora bien, el positivizar esos principios como normas, tal cual las conocemos, depende del azar, depende —como hace Kelsen— de la más dura discrecionalidad judicial (la justicia constitucional es la que decide lo que es norma válida) más que apelar a unos principios generales estructurales que mantiene siempre vigentes el Iusnaturalismo racionalista en una lectura respetable, pero poco real en nuestros tiempos.

La obra nos presenta e intenta resolver preguntas profundas y así en *a qué nos da Derecho el Derecho* (p. 113) para el normativismo los derechos sólo proceden de las normas, la norma jurídica limita los derechos y la libertad en esta concepción exclusiva. Los derechos serían *residuales*, lo que se nos deja hacer,

se remarca la diferencia de HOBBS entre la ley y el Derecho; el derecho es la libertad. Esta concepción proviene del positivismo voluntarista, de marcada tendencia individualista como ya se ha indicado. BENTHAM será el que mejor represente esta concepción: los derechos son mera consecuencia de los deberes, luego el centro de gravedad del mundo jurídico será el Código Penal. Esta idea se desarrolla indicando que el normativismo jurídico pretende —y eso se nota hoy en día— sustituir la idea de Justicia por la idea de Seguridad: la nueva ética del Derecho. A esta nueva ética y cambio en el procedimiento científico (desde COMTE como representante de la Sociología del Derecho) se une la condena política: para BENTHAM unos derechos entendidos como previos y ajenos a las normas positivas, sólo podrían tener una perturbadora valencia revolucionaria. El individualismo anglosajón representa esta nueva ética: gira la teoría del Derecho en torno a los derechos, entendidos como triunfos capaces de hacer frente al Estado y a sus poderes, esos derechos subjetivos toman carta de esencia en los textos constitucionales como derechos fundamentales, como indica BACHOF. La idea del bloque es clara: *no se tiene derecho a todo lo no prohibido*, pues entonces caeríamos en el llamado «*buenismo jurídico*» y tendríamos derechos a cualquier antojo si no encuentra un reproche social.

Este *buenismo jurídico* conlleva el peligro de dejar en desamparo a auténticos derechos de quienes no pueden obtener respaldo social: los más débiles. Por ello, conviene cuestionarse *quién es el sujeto de derechos* (p. 121) la persona tradicionalmente ha sido ese sujeto y titular de los derechos, ese «todos» constitucional al final se torna en cada uno de nosotros, ese nosotros que en términos de bioética empieza a ser conocido —conforme a las más prestigiosas técnicas— desde mucho antes del mero nacimiento. El bioderecho cambia la teoría del sujeto de los derechos y el concepto de familia y supone una revolución moral de consecuencias no predecibles a 2007. Y se van enlazando los temas con una línea argumental ortodoxa y bien conectada así se ha de analizar —todas ellas preguntas de esencia— si lo jurídico ha de servir de disfraz del fuerte o de protección al débil (p. 129). Tras analizar la evolución del saber romano a la ciencia jurídica moderna, se habla del positivismo voluntarista y de la razón de Estado, del Absolutismo al paso al Estado de Derecho, de la Democracia y la dictadura de la mayoría, el Estado Social de Derecho... todos ellos problemas de la Filosofía Política, y se obtiene una conclusión, a nuestro juicio, razonable —quizá ya sólo se nos pida a los juristas ser razonables— sobre la cuestión: el debate de hoy en día de los derechos es el de Seguridad o Justicia desde un aspecto formal. Entender el Derecho como mero instrumento de la voluntad del que manda —no sabemos el porqué siempre tenemos esa sensación cuando desde el gobierno se toman decisiones que no nos agradan— identificándolo sólo con la fuerza que estaría en condiciones de ejercer, es reducirlo a uno de sus aspectos. Los valores que el ciudadano comparte y defiende tienen mucho que ver en la esencia del Derecho, pero esos valores no los puede proponer el ciudadano de forma privada, como propondría DWORKIN, en el aspecto de la protección de la vida del no nacido, quitándole toda relevancia pública. Por ello, en *¿Son Jurídicos*



*los derechos humanos?* (p. 149) la pregunta no es meramente artificial, es profunda. El abuso del concepto «derechos humanos» no deja de ser expresivo del interrogante, los derechos son antes que el Derecho, esa cuestión es la que el Positivista no se plantea. Para el positivismo el análisis no existe: sólo será Derecho el que conceda el Poder legislativo del Estado, antes no es Derecho y no concede derechos. Más allá del debate de la segunda y tercera generación de derechos —que no se sabe la razón por la que sólo interesa a los filósofos del Derecho— se tiene que detener en el problema de si los derechos los principios y las normas son los mismo en su esencia o no. Tener derecho a todo, como se pretende ahora al difundir listas interminables de derechos, se traduce en no tener derecho a nada en la práctica. No cabe entender a los derechos como mero producto eventual de las normas: los derechos fundamentales aparecen como previos o pre-legislativos. Tampoco tiene sentido que los antes llamados principios de la política social y económica (hoy derechos económicos, sociales y culturales) sean menos jurídicos que los políticos y civiles. Más allá del planteamiento iusnaturalista los «derechos existen antes que el Derecho» (SANTO TOMÁS en sus reflexiones es clarificador) convendría señalar que los derechos son antes que el Estado. Hubo derechos desde que existió el ser humano, viniendo el Estado muchos milenios después, lo que pasa es que luego el Estado los detenta, pues en cada Estado rigen unos derechos que por más intentos de ser *universales* —y lo son por lo menos a título informativo— muchos Estados desconocen, ignoran y maltratan. Y así se llega a *si se puede imponer convicciones el Derecho* (p. 187). Nadie puede imponer sus convicciones a otro, en esa idea nace la *Laicidad*, que se predica en los Estado modernos. Lo religioso se confina a lo privado, incluidas sus propuestas morales que pueden llegar a ser jurídicas.

Pero el problema es cómo trazamos la frontera entre lo público y lo privado, de dónde obtendremos los criterios para resolver el problema, y no se puede hacer sin tomar en cuenta el ámbito de lo jurídicamente relevante, la Justicia objetiva. Los planteamientos antropológicos y humanos no serán unánimes, habremos de llegar a un punto de consenso, que el laicismo ideológico, no quiere. El problema es distinguir lo jurídicamente exigible y lo moralmente admisible, en esa tensión el laicismo se torna aparentemente como árbitro neutral se entiende: no expone sus convicciones. Los poderes públicos deben actuar neutralmente porque deben respetar el pluralismo social, pero esa neutralidad es imposible en todo momento, ya que sus actos se acercarán a las convicciones de unos y otros. Se opta por el ideal de tolerancia y el relativismo: no cabe imponer nada porque no hay nada previo, por ello se despenalizan actitudes y actos que antes se basaban en alguna valoración: pero tampoco consigue esa metodología ser neutral, ni siquiera apelando al socorrido *consenso* que no es sino aunar voluntades de algunos para ser más que los disidentes o eso se traduce en la práctica aunque el ideal de forma abstracta no suene mal: acuerdo neutral entre todos. El ideal de Tolerancia pese a ser cognoscitivo y científico para el laicismo es una reminiscencia cristiana. Supone reconocer a todos cuantos derechos soliciten. Pero ello nos lleva a una idea que está presente en toda la obra o que es recurrente: el *rela-*

*tivismo* de la época actual. La objeción de conciencia es un claro ejemplo de esa flexibilidad que el laicismo predica, tolera esa disidencia, incluso le parece pintoresca, pero es problema distinto el de la llamada desobediencia civil, que se enfrenta a la norma (no que la cumple porque puede como ocurre en la objeción de conciencia, aunque cabe esa objeción ante normas imperativas pero hay que aceptar su consecuencia) para apelar a las convicciones de la sociedad y provocar una reacción que lleve a modificarla por las vías adecuadas. Son todos temas que trataba el antiguo Derecho Natural que se niega, *pero haberlo haylo* (p. 209). Hoy en día ya no se explica o no está de moda el Derecho Natural, es una realidad a la que no podemos dar la espalda. Existe una presión antimetafísica interpretada por ALEXEY como que el positivista defiende la legalidad y el Ordenamiento, mientras que el iusnaturalista defiende el derecho en su corrección material. Se impone la crítica al iusnaturalismo desde la teoría del conocimiento en primer lugar, como actitud previa al problema, hay un obstáculo científico previo. Después la falacia iusnaturalista se monta: la indeseable separación ontológica entre ser y deber ser, pero científicamente no es defendible esa total separación. En esa separación, por ejemplo, no hace falta un análisis moral del Derecho sólo el de sus utilidades económicas o eficacias, ya presente en Bentham. La tajante escisión del ser y del deber ser es un problema epistemológico: el Derecho debe garantizar un mínimo deber ser, sin el que sería imposible la convivencia social, y como resultado, que cada uno pueda llegar a realizar a su modo un concepto de vida buena. Para no apearse de que «*Sólo es Derecho el Positivo*» —el positivismo ha sabido adaptarse en tiempo y forma— se crea el *positivismo inclusivo* que reconoce que el Derecho no funcionaría sólo gracias a elementos formalmente jurídicos, sino que exigiría el acompañamiento de otros materiales, identificados como morales. OLLERO propugna un *iusnaturalismo inclusivo*, sólo es derecho el derecho positivo, pero no desde la perspectiva de la positividad instantánea, el Derecho Natural no será enemigo del Positivismo sino estimulador y acompañante del mismo proceso de positivación y se mantendrá el debate —siempre molesto para un positivista ortodoxo— de la Ley injusta: se hace un recorrido interesante de la situación alemana desde la caída del muro de Berlín. Los bloques temáticos en conexión y la vuelta a las grandes cuestiones por ello nos llevan a pararnos en *qué cabe considerar como derecho positivo* (p. 231) se trata de sugerir que es adecuado negarse a identificar como jurídica una ley injusta, pese a reunir los exigibles requisitos —formalización institucional, justicia objetiva y arraigo social— sería tan absurdo como negarse a identificar como jurídicos derechos derivados de la naturaleza humana, por el hecho de no reunir cumplidamente tales requisitos. La Ley injusta es Derecho, pésimo Derecho si se quiere, que deberá ser corregido o reformado. Resulta obvio que el ciudadano no siempre verá reflejado en el ordenamiento jurídico su concepto de justicia. Muchos son los problemas que plantea el hecho de que la Deontología jurídica que surge con fuerza, aborde esta cuestión esencial. No está de moda proponer un comportamiento modélico desde el punto de vista moral a quien es jurista, quizá sea poco jurídico, según el positivismo. No parece ser, sin embargo, el camino

que están tomando los acontecimientos en este sentido, la Deontología tiende a asemejarse a las otras asignaturas jurídicas sin mayores aspavientos. Cabe, pues, preguntarse —y entendemos que no está como epílogo este trabajo por casualidad cronológica— *qué hacer para que el Derecho acabe teniendo razón* (p. 249). En ese proceso de sustitución de la Justicia por la Seguridad, hay que separarse de las consideraciones morales, que además, no le hacen tener esa sensación de ciencia. Esa idea la ha puesto en la práctica jurídica el Estado, el Derecho ya no es saber autorizado, ahora es instrumento de la voluntad estatal, que crea y transforma procedimientos formales para su adecuación por medio de los textos constitucionales que son —más allá de la división Derecho positivo y Derecho Natural— el mejor derecho posible. Al final la actividad jurídica queda vinculada al intento de lograr llevar a la práctica las exigencias de una justicia que permita ajustar las relaciones sociales. El Jurista debe preguntarse cómo puede determinar de forma práctica la Justicia ante el caso concreto. Es la actividad jurídica práctica la que se predica, la que capta que el Juez, por ejemplo, no es vocero de la Ley, que reflexiona en su actividad y argumentación, buscando un consenso intersubjetivo con el Abogado y las partes. Porque se quiera o no, las experiencias jurídicas nos llevan a una dimensión judicial del Derecho casi esencial. Al indicar el carácter conflictivo no se refiere sólo a la puesta en marcha de los mecanismos jurisdiccionales, el acatamiento de una Ley también es un acto jurídico como tal. Pero es evidente que no nos podemos quedar en una Justicia formal, el carácter axiológico (la aplicación de valores) está inscrita en su esencia: la Seguridad es ingrediente indispensable de la Justicia. La actividad jurídica para ello debe elegir el método y la argumentación correcta: es una búsqueda activa de una solución real, más que una aplicación técnica de una mera norma previamente disponible, porque el jurista ayuda permanentemente a positivizar de forma creativa. Una filosofía práctica del Derecho en realidad es una crítica del proceso real de positivación del Derecho y en ello se traduce, bien en su confección o en los efectos judiciales de su aplicación.

## VALORACIÓN PERSONAL

Se ha intentado una visión general de la obra y de sus ideas esenciales, muchas no se habrán captado y otras no se habrán comprendido: es la grandeza de la Filosofía del Derecho. Más allá de estar o no de acuerdo con Andrés OLLERO —lo que en esta obra se antoja difícil en conjunto, pues cada bloque temático en sí posee una toma de posición de un tema esencial de discusión independiente— lo normal es decir que se trata de una obra interesante y recomendable por ser ortodoxo en una mera recensión crítica y con ello bastaría. Sería un análisis poco profundo y además parcial completamente. Pero no es sólo eso, permite vislumbrar el recorrido cronológico y evolutivo de un autor que se ha dedicado a comprender el Derecho, si es que eso es posible: el propio trabajo deja clara la complejidad del tema. La densidad de la obra no lo es sólo por sus difíciles temas planteados —que tiene que

abordar—, sino por la documentación judicial y ejemplos prácticos que le acompañan lo que es para celebrar. No es raro —decíamos antes— que esto suceda en quien ha ejercido de forma práctica el Derecho, de la forma más práctica que puede existir: crear el Derecho que los demás tienen que vivir y aplicar. Y además, tras esa dura batalla ya práctica e intelectual, reflexionar hacia arriba (Derecho como debiera ser) y hacia abajo, Derecho como se ha legislado.

Si decimos simplemente que la obra llega en un momento delicado para la asignatura de Filosofía del Derecho nos quedamos cortos: es un momento crucial en el que lucha por su supervivencia, y ésta pasa por ser equilibrada entre la reflexión y los valores que debe predicar y la actividad práctica que se le impone. Esa falta de práctica en la Filosofía del Derecho es —en mi opinión, y creo que el autor podría compartir de forma parcial esto— la que le ha llevado al actual momento de crisis generalizada y por la que se ha tomado parte de forma institucional por el clima de relativismo que es mero pose, pues en cuanto se puede se debate y reflexiona en profundidad sobre los temas jurídicos e interesan sobremanera a los alumnos cuando se da oportunidad. No se puede desconocer el entorno del Jurista de tal forma que quede relegada la Filosofía del Derecho a un aspecto especial de la Filosofía General (defecto que han cultivado muchos de nuestros compañeros y que se está pagando, a mi juicio), pero a la vez se le obliga a estar conectada de forma cotidiana con la modernidad y en los casos prácticos más inmediatos. Pues bien, esta obra lo consigue y ese camino debe seguirse, el equilibrio de los temas «clásicos» del Derecho Natural (denominación que me gusta y a la que dediqué años en la docencia sin mayor problema) con la conexión real de la actividad científica, el Bioderecho y la Deontología basten como representación, no se ha renunciado a la temática de los valores y la moral, y se ha mantenido moderno y vivo el papel de la Filosofía del Derecho. Si toda Ley no nos parece justa por ser tal, ya tenemos la existencia de nuestra disciplina defendida, pero habrá quien lo niegue, por motivaciones más bien políticas que estrictamente científicas. Para finalizar, hay dos aspectos en los que permito discrepar y que no se tomará a mal Andrés OLLERO —aunque ello no afecta a la valoración de la obra ni es esencial— el primero es que creo que el Positivismo persiste más como actitud formalizada y profesional, estatal y colegial (gremial), que como escuela jurídica o doctrina en sí, es decir, persiste más en sus manifestaciones que en su existencia como tal, algo que ya tengo escrito y el autor conoce, todos dan por desaparecido al Positivismo como escuela también, nadie se confiesa positivista. Al igual que la Filosofía del Derecho que OLLERO entiende liquidada —no como posición personal, como es lógico—, sino como diagnóstico que comparto.

El Positivismo persiste en una actitud, en una maquinaria legislativa y de aplicación mecánica de las normas, y como es muy moldeable sabe aprovechar el momento de relativismo moral que se está viviendo.

La segunda discrepancia débil se refiere a su análisis del llamado buenismo jurídico al que concede o da categoría de escuela jurídica, tampoco así lo entiendo, pero estoy convencido que es una cortesía intelectual por imaginar

que persisten doctrinas o escuelas en la época de la relatividad y de la puesta en tela de juicio de cualquier sistema ideológico, simplemente no conozco ninguno de sus representantes en cuanto a filósofos del Derecho, sino más bien manifestaciones públicas o pintorescas de buenos deseos —provenientes de personajes de la política activa de forma principal— para todos, que compartimos, pero que jurídicamente no tiene la entidad que, benévola-mente y por conseguir una vez más que la Filosofía del Derecho esté ahí, le concede el autor.

En suma, la obra de Andrés OLLERO no es una más de las que tiene y tendrá, sino la que mejor define el recorrido evolutivo y de pensamiento científico del autor, en mi opinión. Responde a los deseos de explicarnos y explicarse qué es el Derecho y en una permanente reflexión sobre su papel en el mundo y en la persona así como un intento loable de que siga viva la idea de reflexión, de valores, y sobre todo de Justicia sin la que nuestra asignatura y actitud científica y vital la haría desaparecer. En ese contexto histórico está la Filosofía del Derecho en estos incomprensibles —pero legales, eso sí— planes de estudio europeos y españoles que parecen armonizarnos con Europa en no se sabe qué desconocimiento del Derecho o en una formación interdisciplinar en un caos difícilmente explicable en el que esta asignatura, que tuvo un papel decisivo en el clima social y jurídico en nuestra transición al desaparecer la dictadura, lo va a pasar mal.