

**OLLERO TASSARA, Andrés, *El derecho en teoría. Perplejidades jurídicas para crédulos*. Pamplona, Thomson. Aranzadi. 2007, 265 pp.**

La tesitura de volver a dar clase tras diecisiete años ejerciendo de legislador, ha llevado al profesor Ollero a revisar algunas de sus más consolidadas posturas como la de no escribir nunca algo que pudiera asemejarse a un manual o tratado para uso escolar. Una actitud fundada en el temor de que alguien se considerara obligado a aprenderse y que, ahora, solicitando expresamente perdón por ello, reconoce haber abandonado.

Ahora bien, pese a ese reconocimiento y a la petición de perdón que lo acompaña, no parece que dicha actitud haya sido revisada tanto como a primera vista pudiera pensarse. Y es que, como el propio autor apunta, ha de resultar más que difícil «examinarse» de Teoría del Derecho a partir de un manual que comienza por modificar el nombre de la asignatura, ahora *El Derecho en teoría*, y que prosigue con un subtítulo, *Perplejidades jurídicas para crédulos*, al que se hace honor inmediatamente remitiéndose a la obligación de luchar contra la cómoda credulidad del alumno para lo que se le anima a que no se crea nada de lo que oiga o lea... y ello sin perjuicio de que se le incite a argumentar por qué no se lo cree.

Un manual que, además, –y esto ya no lo apunta el autor pero está en plena sintonía con lo anterior–, presenta una estructura peculiar. Y en efecto, si bien cada uno de los trece temas que lo integran se articulan en la forma habitual de texto y «contexto bibliográfico» correspondiente, sin embargo, vienen precedidos tanto de la referencia a una «posible lectura adicional recomendada» –también del propio autor–, cuanto de preguntas previas a cada lección, dado que «el profesor debería siempre premiar la mejor pregunta en vez de evaluar obligadas respuestas...»

Así las cosas, el futuro examinando se encuentra con un manual en el que, aparte de modificarse el rótulo de la asignatura, se le pide que no se crea lo que va a leer y que sea capaz de argumentar por qué no se lo cree. Asimismo se le recomienda que, antes de cada lección, lea otro texto y tenga en cuenta determinadas preguntas previas que habrán de llevarle, a su vez, a formular nuevas y mejores preguntas. No es de extrañar que el propio autor recurra al símil taurino y admita que trata de que los alumnos no vean los toros desde la barrera,... Toros-capítulos, por cierto, en número de trece por si faltaba algo, que el profesor Ollero brinda a otros profesores a quienes reconoce deudas por saldar o simplemente impagables.

Todavía más pues, ese alumno, arrojado así al ruedo de la asignatura, se encuentra en primer lugar con un capítulo titulado *Vaya a saber usted qué es el derecho*, que ciertamente suena a resignado abandono a las primeras de cambio por mucho que el autor le atribuya una dimensión imperativa, tildándolo de ineludible mandato, de modo que si alguien quiere saber qué es eso del derecho en teoría ha de comenzar por aclarar qué es eso del derecho sin más. Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que este primer tema está dedicado a la ciencia jurídica, la filosofía del derecho y la teoría del derecho, así como a sus mutuas relaciones hasta llegar a la conclusión de que tiene pleno sentido ocuparse de la filosofía jurídica en la medida que hace del jurista un profesional consciente de la filosofía –y de la concepción de la justicia– que colabora a consolidar.

El capítulo segundo, *Todos de acuerdo: Sólo es derecho el derecho positivo*, examina la respuesta positivista a la pregunta qué es el derecho, poniendo de relieve los diferentes tipos de positivismo, con especial atención al legalista, así como a las críticas iusnaturalistas que lo consideran indeseable por sus consecuencias prácticas, plasmadas en la *reductio ad Hitlerum*. El capítulo se cierra mostrando cómo la historicidad obliga a replantear el positivismo legalista, al igual que el iusnaturalismo del mismo corte y es que, según el autor, *poner* el derecho exige ir siempre más allá de lo que el texto de la ley propone, porque éste sólo resulta legible dentro de un contexto de sentido que en buena parte lo trasciende. A fin de cuentas, no cabe derecho más positivo que el que logra dar paso a lo históricamente razonable, gracias precisamente a una razonable interpretación.

De modo condicional-interrogativo se rotula el capítulo tercero *Si debe el derecho hacer justicia y cómo*, en el que se vuelve sobre el tema clásico de las relaciones entre moral y derecho, referencia a los derechos morales incluida, para llegar a la conclusión de que en realidad derecho y moral, más que dos códigos normativos, son dos dimensiones de la actividad humana. Una que apunta al logro de la máxima perfección o beneficio personal y otra que se conforma con ajustar, de modo mínimo, pero suficiente, el juego de la propia libertad con la de los demás, de modo que muy a menudo una misma conducta será moral y jurídica a la vez. El capítulo examina desde esa perspectiva la cuestión de la eutanasia, analizando el caso Pretty, para llegar a la conclusión de que, aun teniendo lo jurídico una dimensión radicalmente judicial, la ley cumple a su servicio una función normalizadora, lo que hace particularmente inadecuado el pretender afrontar por vía legislativa casos límite que podrían admitir por vía judicial una respuesta atenuante o eximente.

El capítulo cuarto, presentado disyuntivamente *¿Jueces críticos o ingenieros sociales?* examina con detenimiento las variantes teóricas de ambas posturas, marxismo, escuela de Frankfurt, uso alternativo del derecho, funcionalismo, realismo escandinavo... para acabar decantándose por la primera opción al sostener expresamente que el discernimiento crítico no es una aleatoria actitud de algunos juristas, sino que forma parte inevitable de toda actividad jurídica. Los juristas, según el autor, no se dividen entre los que optan por una tarea creativa y los que renuncian a ella, sino entre los que, conscientes de su creatividad, se saben obligados a responder de ella y los que la ejercen inconsciente e irresponsablemente.

Bajo el paradójico título de *Si el derecho es siempre por principio norma*, el capítulo quinto presta atención al normativismo, señalando sucintamente las razones para suscribirlo, así como los motivos que lo hacen problemático: fundamentalmente el tomar la parte por el todo. El derecho no es concebible sin normas, pero resultaría incompleto un planteamiento que lo presente como integrado sólo por ellas. Y es que, tal y como se muestra a partir de abundante jurisprudencia constitucional, el jurista parte de una *pre-comprensión* en la que valores jurídicos y realidad entran en correspondencia, buscando luego en las normas disponibles en el sistema el respaldo necesario para poder fundamentar una decisión. Así las cosas, habría que invertir el punto de partida, en vez de dar por hecho que el derecho es por principio norma, sería más razonable convertir en norma el reconocimiento de la inevitable e indispensable relevancia de unos principios de carácter inequívocamente jurídicos.

Jugando con la ambigüedad del término, el capítulo sexto *¿A qué nos da derecho el derecho?* vuelve sobre el normativismo y su reducción del dere-

cho a normas, con los corolarios de la prioridad del derecho objetivo sobre los subjetivos, el protagonismo de los deberes y la consideración de los derechos como residuales y reflejos. Como contrapunto, el autor atiende también al individualismo anglosajón y su concepción de los derechos entendidos competitivamente como triunfos frente al «estado y sus poderes», así como al replanteamiento, tras la segunda posguerra mundial, del concepto de ley que sólo sería ya legítima si respeta el marco de los derechos fundamentales. A partir de ahí, acude de nuevo a la jurisprudencia constitucional para tratar de demostrar que no tenemos derecho a todo lo no prohibido, sino que tenemos derecho a todo y sólo a aquello que aparece como resultado del ajustamiento de una relación social. Las normas no otorgan derechos, sino que los reconocen; el auténtico título fundamental de un derecho sería esa justicia o ajustamiento objetivo, tal y como el ordenamiento jurídico la va expresando mediante normas y principios.

De forma condicional/disyuntiva el capítulo séptimo *Si lo jurídico ha de servir de disfraz al fuerte o de protección al débil*, pone en cuestión la relación entre derecho y poder político, «uno de nuestros más arraigados prejuicios teórico-jurídicos», con el corolario de que el derecho sería inseparable del poder político. Y así, tras un amplio recorrido histórico desde Roma hasta el Estado social de derecho, acaba concluyendo que entender el derecho como mero instrumento de la voluntad del que manda, identificándolo con la fuerza, sería reducirlo a uno de sus aspectos, obviando que el derecho para ser obedecido ha de garantizar valores que el ciudadano considera propios y dignos de obediencia.

El capítulo octavo *¿Son jurídicos los derechos humanos?*, comienza aclarando el sentido de la pregunta que, a primera vista, podría parecer ilógica dado que, si calificamos como jurídico todo lo relativo al derecho, cómo no podría ser jurídico algo que identificamos como derechos. La cuestión en realidad es la de si hay derechos antes del derecho, si los derechos que tendría el hombre por el simple hecho de serlo son tan jurídicos como los otorgados por una ley. Al respecto se examinan las sucesivas generaciones de derechos fundamentales, con las antropologías subyacentes, para concluir que efectivamente no hay derechos antes del derecho, lo que no supone que no haya derechos antes del Estado, como se pone de manifiesto cuando los propios ordenamientos penales internos apelan al principio de justicia universal, con la consiguiente tipificación de crímenes contra la humanidad.

*Garantizar derechos o calcular utilidades*, es la disyuntiva que plantea el capítulo noveno y con la que puede abordarse la tendencia de lo jurídico a enlazar con términos, datos o realidades vinculadas a la economía. En efecto, cabe asumir que la regulación jurídica y la económica están llamadas a convivir en la vida social, lo que llevaría a estudiar sus posibles sinergias, o bien cabe una absoluta identificación entre la racionalidad económica y la justicia, dejando abierta la puerta a una creciente y casi exhaustiva sustitución de lo jurídico por lo económico. El autor, tras examinar sucintamente la evolución intelectual de Ihering, así como las metamorfosis de la idea de propiedad y el imperialismo metodológico de la economía, acaba alertando contra los peligros del economicismo, sea del signo que sea, y reivindicando las sinergias positivas entre derecho y mercado, debiendo erigirse el primero en garante del ámbito de racionalidad del segundo, haciendo efectiva la libre competencia.

Al interrogante que abre el capítulo décimo *¿Puede no imponer convicciones el derecho?*, el autor contesta negativamente: se quiera o no, el dere-

cho ha de imponer convicciones en la vida social. Conclusión que no deja de ser perfectamente compatible con el reconocimiento del pluralismo como valor superior del ordenamiento jurídico, tal y como recoge el artículo 1.1 de la CE, y a la que se llega tras sucesivos análisis sobre democracia y pluralismo, democracia y derecho y el imposible derecho a ser tolerado. Asimismo se aborda la posibilidad de admitir excepciones en determinados casos, lo que lleva a un análisis de la objeción de conciencia y de la desobediencia civil. El capítulo se cierra con el examen de una posible extensión de la tolerancia al ámbito internacional hasta la consumación de un efectivo cosmopolitismo y en la que los derechos humanos se convertirían en el criterio decisivo para evaluar, en términos jurídico-internacionales, la *decencia* de los pueblos.

Rozando la contradicción óntico-deóntica con el rótulo *Prohibido el derecho natural pero haberlo haylo*, el capítulo undécimo se dedica a la defensa de un «iusnaturalismo inclusivo» que vendría a ser un paso más allá del llamado positivismo inclusivo, esto es del de aquellos que llegan a conceder que el derecho no funcionaría sólo gracias a elementos formalmente jurídicos, sino que exigiría el acompañamiento de otros materiales identificados como morales, lo que ciertamente supone una revisión del decimonónico punto de partida «sólo es derecho el derecho positivo». Para el autor, retomando una vieja doctrina aristotélica, no tiene ya sentido presentar el derecho natural como alternativa al positivo, sino que resulta más positivo detectarlo como estimulador y acompañante inevitable de su mismo proceso de positivación, nada simple pues en él juegan elementos jurídicos no estrictamente textualizables y cumple un papel decisivo la actitud práctica de los propios ciudadanos, animados por perspectivas de justicia.

Esa misma línea argumentativa se prosigue en el penúltimo capítulo de la obra, *Qué cabe considerar como derecho positivo* –sin interrogaciones–, y en el que autor se resiste a negar validez jurídica a la ley injusta, lo que parece obligar a considerarle positivista. Sin embargo, ello no sería sino una muestra más de ese iusnaturalismo inclusivo que defiende, pues negarse a identificar como jurídica una ley injusta, pese a reunir los requisitos exigidos de formalización institucional, sería tan absurdo como negarse a identificar como jurídicos los derechos derivados de la naturaleza humana, por el hecho de no reunir cumplidamente tales requisitos. La ley injusta es derecho, pésimo derecho, pero derecho, al igual, afirma el autor, que los derechos humanos, «pírricamente» jurídicos, si carecen de toda institucionalización formal.

Finalmente el capítulo decimotercero, *Qué hacer para que el derecho acabe teniendo razón*, cierra la línea argumentativa, afirmando, en primer lugar, que el derecho tiene algo que ver con la razón y que no se reduce a mera fuerza o cálculo económico. Esa vinculación de la actividad jurídica con la razón lleva consigo que el derecho deje de constituir un objeto más de la reflexión filosófica para convertirse en una prudencial filosofía práctica, esto es, la actividad jurídica misma consistiría en el arte de saber hacer prudentemente justicia, lo que exige saber ajustar las exigencias de la libertad y de la igualdad detectando el punto medio que aparece como solución proporcionada o razonable.

Y es que la actividad jurídica como filosofía práctica supone partir de la base de que el derecho tiene una realidad propia, que es captable racionalmente, supone admitir la existencia de una verdad jurídica y considerar posible el acceso cognoscitivo a esa realidad del derecho, resistiéndose a reducirla a mera imposición arbitraria.

Ni que decir tiene, a la vista de la peculiar estructura del texto, de las ambigüedades, interrogaciones, disyuntivas, cuasi-contradicciones, paradojas... con que se juega en los diversos capítulos y, sobre todo, a la vista de la afirmación que se acaba de recoger sobre una realidad propia del derecho racionalmente captable, que el libro del profesor Ollero va mucho más allá de un mero manual o tratado para uso de los alumnos y que se dirige asimismo a un lector especializado. Algo por cierto, de lo que el autor es plenamente consciente, pues incluso se muestra preocupado de que en algún momento ese posible lector pueda sentirse convencido de haberle entendido. Se tratará, sin duda, de un pasajero espejismo, por lo que le ruega que no se desanime y siga leyéndole.

Aurelio DE PRADA GARCÍA  
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid