

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

obras jurídicas de primer orden, a la cual suman desde hace algunos años, la posibilidad de lectura *on line* de las mismas desde su página web. Gracias a dicha labor aparece este año la última publicación de Andrés Ollero, con el número 372 de la que el Instituto de Investigaciones Jurídicas ha llamado “Serie Doctrina Jurídica”. Bajo el título “**Derechos Humanos. Entre la Moral y el Derecho**”, nos encontramos con una recopilación de importantes trabajos de este Catedrático de Filosofía del Derecho; reunidos con una interesante estructura que logra dar unidad a la diversidad de temas que trata a lo largo de sus 348 páginas. Es esa estructura la que ayuda a que este nuevo libro sea un buen reflejo de la concepción que del Derecho en general, y de los Derechos Humanos en particular, tiene este Iusfilósofo nacido en Sevilla.

Así, el volumen está compuesto de dieciséis capítulos agrupados en cuatro partes. En la primera parte se abordan las relaciones y co-implicaciones existentes entre el Derecho y el sistema democrático y de allí su nombre: “Derecho y Democracia”. Esta primera parte reúne seis capítulos (Tomarse la Democracia en Serio; Los Derechos Humanos Entre el Tópico y la Utopía; Derecho y Moral Entre lo Público y lo Privado. Un diálogo con el Liberalismo Político de John Rawls; ¿Qué Podría Significar Hoy “Uso Alternativo del Derecho”?; El Derecho a lo Torcido; Deontología Jurídica y Derechos Humanos). A lo largo de ellos Ollero repasa temas tan polémicos en las democracias actuales como la misma legitimidad del poder público (La legitimación del poder político, p. 3), la fundamentación –filosófica y antropológica– de los Derechos Humanos (A la búsqueda de un fundamento: entre escepticismo y razón problemática, p.16) o la cada vez más frecuente tendencia a convertir en derecho todo aquello que el ciudadano pueda desear (El derecho a lo recto como alternativa al “buenismo” jurídico, p. 71).

La segunda parte agrupa cuatro capítulos bajo un título que es reflejo del profundo realismo que impregna la visión del Derecho que tiene nuestro autor: “Los Derechos Como Centro de la Realidad Jurídica” (Relevancia Constitucional de la Igualdad; Estado Social y Democrático de Derecho. Algo más que Retórica; La Ponderación Delimitadora de los Derechos Humanos: Libertad Informativa e Intimidad Personal; Los Llamados Derechos “Morales” del Autor en los Debates Parlamentarios). No es casualidad entonces que estos capítulos estén llenos de referencias a sentencias del Tribunal Constitucional Español, en las cuales se puede apreciar cómo los preceptos constitucionales y normativos de cualquier otra jerarquía, “descienden” a la realidad del día a día para acabar convirtiéndose, en su interpretación y aplicación, en eso que llamamos derecho. En esta parte son tratadas –entre otras paradigmáticas manifestaciones de los derechos fundamentales– la igualdad (No discriminación e igualdad ante la ley, p. 98), la fórmula del Estado Social y Democrático (este tema en todo el capítulo octavo, p. 111) y la siempre interesante ponderación necesaria entre libertad informativa e intimidad personal (el capítulo noveno se dedica a ello en su integridad). Por otra parte, esta “técnica” consistente en apoyarse en la jurisprudencia constitucional, es ya recurrente en el Profesor Ollero (un ejemplo, entre otros, es su libro “España. ¿Un Estado Laico?” de 2005), lo cual responde a la convicción de que el Derecho no se agota en la producción normativa, y termina por delinarse con la decisión que determina lo que sea el derecho en el caso concreto.

Los siguientes tres capítulos (Juzgar o Decidir: El Sentido de la Función Judicial; El Papel de la Personalidad del Juez en la Determinación del Derecho. Derecho, Historicidad y Lenguaje en Arthur Kaufmann; Control Constitucional, Desarrollo Legislativo y Dimensión Judicial de la Protección de los Derechos Humanos) forman

una tercera parte con el título “El Protagonismo del Juez”. La labor judicial será analizada para preguntarse por lo que hace el juez (v. gr. La actividad jurídica como cobertura formal de una decisión, p. 181; El dilema positivista: conocimiento o decisión, p. 184), resaltar la importancia de la labor hermenéutica judicial –y cómo ésta no está libre de historicidad objetiva y subjetiva– (v. gr. Juez e historicidad del derecho, p. 202; El juez contribuye a decir un derecho que es lenguaje, p. 210), o la importancia de el oficio judicial en la determinación del contenido y límites de los Derechos Humanos.

La cuarta y última parte parecería estar dirigida únicamente al teórico del Derecho: “Repensar la Filosofía Jurídica”. Conformada por tres capítulos (La Crisis del Positivismo Jurídico. Paradojas Teóricas de una Rutina Práctica; La Eterna Polémica del Derecho Natural. Bases Para una Superación; Derecho Positivo y Derecho natural, Todavía), cada uno de ellos es muestra de la sólida argumentación con que el Profesor Ollero expone su postura acerca del papel que la filosofía jurídica tiene y debe tener... aun hoy, cuando el positivismo parece haber zanjado toda polémica, o quizá precisamente por eso. No se trata entonces de una mera exposición teórica, sino más bien de una verdadera teoría –en esta parte se puede apreciar con mayor claridad el planteamiento de lo que es el Derecho, según Ollero–, con repercusiones prácticas en la realidad jurídica. Nuevamente el realismo del también ex parlamentario se pone de manifiesto, desnudando las falacias y paradojas de la teoría jurídica aún dominante.

Detrás de esta estructura *física* del libro, hay una estructura *mental* bastante bien proyectada en el resultado final, que aunque no pretende ser un compendio de la teoría jurídica del autor, lógicamente refleja sus posturas; y permitiría reconstruir, a partir de sus páginas, los elementos centrales de su Teoría Jurídica (aunque al parecer, nos evitará tal tarea al hacer él mismo dicha labor en una próxima publicación).

II.- Resumen del libro y comentarios

1.- Primera Parte: Derecho y Democracia

No es gratuito que el libro empiece por cuestionarse la mismísima democracia. Por una parte, es congruente con la sinceridad científica del autor, y por otra responde a una necesidad argumentativa. ¿Se puede concebir el Derecho de la manera en que Ollero lo hace, fuera del sistema democrático? Y la democracia, ¿puede ser defendida y mantenida en las sociedades “posindustriales”? Y si se puede defender, ¿cómo es esa democracia?, ¿se corresponde con la práctica social? “Quizá todo ello nos lleve a concluir que tomarse la democracia en serio obliga a abandonar el abrigo inconsciente de los tópicos para asumir, en toda su exigencia, una novedosa y lúcida utopía” (p. 3). La primera parte del libro, entonces, está dedicada a ahondar en un debate previo y necesario para abordar luego el problema central del derecho y de los derechos humanos; y aunque en apariencia se trata de preguntarnos por la conveniencia y hasta la necesidad de la co-implicación entre derecho y democracia; de lo que se trata, en el fondo, es de plantearnos la posibilidad de aproximarnos a la verdad.

En efecto, el breve pero sustancioso primer capítulo (“Tomarse la Democracia en Serio”, p. 3) aborda temas de gran calado, enmarcados en el específico ámbito de la democracia, pero con alcance mucho más amplio. Resulta muy interesante cómo de manera sucinta y precisa se abordan elementos centrales del vigente “modelo de legitimación política”, para decirlo con sus propias palabras, y se comparan uno a uno con el paradigma teórico que tenemos de la democracia. “La clara discrepancia entre las exigencias del modelo de legitimación política, teóricamente vigente, y la efectiva práctica social, parece invitar a su replanteamiento” (p. 5). Resulta curioso descubrir al hilo de los 20 párrafos (numerados) de este primer capítulo, que la democracia actual

se parece cada vez menos a la democracia que teóricamente hemos perseguido, y en la que el derecho servía de cauce para las legítimas aspiraciones del ciudadano. En suma, una democracia sin sustrato material para defender, a fuerza de vaciar cada uno de sus elementos: “La dignidad humana parece –retóricas aparte– archivada” (p. 6). Una democracia como la actual “[...] excluye la admisión de cualquier valor objetivo o dotado de fundamento consistente; quienes lo propongan serán convenientemente tachados de “fundamentalistas”, emparentándolos así con los personajes más incompatibles con el modelo de legitimación política vigente” (p. 6).

Ante este panorama, Ollero esgrime su propuesta, concentrada en el epígrafe IV del primer capítulo; y nos la hace ver desde un fundamental optimismo antropológico... el hombre es capaz de aproximarse a la verdad, aunque nunca la logremos tener del todo. “Esta cultura ha de asumir la dimensión social ya apuntada: el que está convencido de tener la verdad puede sentir la tentación de imponerla –coactivamente– al ignorante; el que se sabe empeñado en su cultivo siente la necesidad de abrirse a una argumentación, que ponga a prueba sus logros y permita contar con la colaboración de los demás en tan decisiva búsqueda. Se tejerá así un debate social pre-político, decisivo para la operatividad de la verdad y para el destierro de toda violencia.” (p. 8).

Una vez asumida la posibilidad de la verdad, el segundo capítulo se pregunta por el concepto que ha servido de hilo conductor para esta publicación. “Los Derechos Humanos Entre el Tópico y la Utopía”, es un trabajo escrito con un motivo inmediato muy concreto: el cuadragésimo aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Pese al tiempo transcurrido y a lo coyuntural de su génesis, el tema sigue siendo de una actualidad sorprendente. Constata el profesor Ollero que en el ámbito de los derechos humanos, con el paso del tiempo, sucede una curiosa “conversión” social de lo utópico en tópico: “Se aceptan como verdades éticas exigencias no hace mucho consideradas irrealizables, inoportunas, inconcebibles o simplemente ridículas. Pero la conversión de la utopía en tópico no deja de llevar consigo riesgos, dada la ambivalencia de lo que, por indiscutible, llega a darse por supuesto.” (pp. 11 y 12). Así las cosas, “La utopía degenerada en tópico se cierra al alumbramiento de nuevas “generaciones” de derechos que hagan aparecer como dignas de reconocimiento y garantía exigencias incumplidas de lo humano.” (p. 12). El ejemplo utilizado no solamente es gráfico, sino alarmante: el derecho a la vida, convertido en tópico, no despierta ya sensibilidad alguna, al punto de que puede ser negado al calificarse la de su titular como vida no deseada, indeseable o meramente improductiva (léase, por ejemplo, no nacido o enfermo terminal cuya situación se estima insoportable) (cfr. P. 12).

Se plantea entonces la necesidad de considerar a los derechos humanos como una “utopía abierta”, en un doble sentido: evitar la cerrazón que funda en meros tópicos una utopía “estática” –una utopía que podría ser utilizada para defender cualquier tipo de situación o *statu quo*–; y la cerrazón de entender esta utopía de los derechos humanos como una utopía clandestina, que impediría la mínima crítica hacia la definición de sus alcances, convirtiendo al crítico no en alguien que propone una “utopía alternativa”, sino en un reaccionario que busca subvertir lo ya logrado, que sería así indiscutido e indiscutible (cfr. P. 14).

Pero esta utopía ha de tener un referente que al menos posibilite la argumentación intersubjetiva (en concordancia con la ya encontrada y necesaria posibilidad de verdad en la que se funda la democracia), y no ciegue esa doble apertura de la que se ha hablado líneas arriba. Se trata entonces de encontrar un fundamento a los derechos humanos,

necesario además porque “El rechazo apriorístico de todo fundamento objetivo y razonable obliga –si es coherente– al silencio y empuja –a quien se auto dispense de ello– a la logomaquia” (p. 16). El problema es que la pregunta por el fundamento tropieza con la sentencia de muerte dada a la metafísica y con el temor al autoritarismo práctico que escondería cualquier propuesta de fundamentación que no haga alarde de debilidad (cfr. p. 17). En suma, la pregunta por el fundamento reconduce su respuesta a un consenso que, por no argumentado, termina por ser irracional. La falta del fundamento objetivo y razonable hace que se necesiten formas de “atenuación” a tan alarmante panorama, de lo contrario no estaríamos más que a merced del poder arbitrario. Estas vías serían convertir dicho poder en *formalmente condicionado* o en todo caso concebirlo como *funcionalmente dosificado*. Resultan muy interesantes las explicaciones a estas dos formas de concebir el poder, una vez que se ha excluido la posibilidad de fundamentarlo objetivamente (pp. 17 y ss.).

Ante este derroche de irracionalidad por parte de una disciplina que, irónicamente, buscó durante mucho tiempo su certificado de nacimiento como ciencia racional; el autor nos propone la tópica como camino para recuperar la racionalidad (y seguir teniendo fe en ella). La *inventio* tópica puede ser un buen camino para recuperar la utopía (p. 19). No se ofrece como solución definitiva, ni cierra la utopía... al contrario, ayudaría a mantener esa apertura necesaria. “Se ofrece más bien como decantación histórica que atesora argumentaciones y soluciones explicitadoras de lo justo. El problema básico –la justicia o verdad de las soluciones propuestas o de los criterios a los que remiten– sigue abierto. [...] La *Razón problemática* presupone la existencia de un fundamento, pero es a la vez consciente de que no “dispone” de él. No cabe, sin fundamento, aspirar al logro de una *solución con sentido*.” (p. 20).

Tras constatar que el consenso sobre los derechos humanos es solamente presunto, el Profesor Ollero se adentra en el debate antropológico que late detrás de dicho consenso (Debate antropológico tras el presunto consenso sobre los derechos humanos, p. 22). Se concluye allí que “Sin garantías formales no cabe reconocimiento práctico de lo humano, pero sólo con ellas tampoco; sobre todo si se las ritualiza, sin reflexionar una y otra vez sobre su eficacia al servicio de los valores que históricamente las hicieron exigibles” (p. 24). Las soluciones meramente procedimentales podrían también tener efectos perversos... “Pueden llegar a cobrar un funcionamiento autónomo que lleve a sustituir en la práctica los valores a cuyo servicio juegan [...]” (p. 24). Aunque el trabajo no haya sido escrito con pretensiones proféticas, esas posibles consecuencias de la defensa del mero procedimiento, nos suenan hoy bastante conocidas.

Por fin, se ponen los tópicos a salvo de la utopía (p. 26) tras constatar la existencia de un grave peligro: “[...] la degeneración de la utopía de los derechos humanos en un conjunto de tópicos instrumentalizables”. Mantener la apertura de la utopía exige, sobre todo, actitud personal y, entre otros, esfuerzo por encontrar el trasfondo antropológico de cada alusión tópica, buscando saber en qué se está de acuerdo; convertir en alusión tópica, mediante la argumentación, las exigencias de los derechos humanos que aún hoy son deficitarias; hacer lo que Ollero llama un “uso reflexivo” del ordenamiento jurídico – “[...] que ayude a recordar que la pasividad ante los derechos humanos equivale a su traición [...]” (p. 26)– que implica la ponderación de los diferentes principios que lo conforman; y finalmente, volver la tópica jurídica transparente mediante una argumentación que “permita convertirla en una utopía atesoradora de exigencias de lo humano” (p. 26). En suma, no se trata de comportarse como dueño de la verdad, pero tampoco como si ella no existiera. No es un llamado a asumir actitudes “fundamenta-

listas”, sino un llamado a asumir un imperativo constitucional, “que nos impone la honrosa carga de garantizar el “contenido esencial” de los derechos humanos [...]” (p. 27).

El tercer capítulo es un artículo publicado primeramente en el número sesentainueve de la Revista de Estudios Públicos (Chile) en el año 1998, y que tuvo su origen en la ponencia presentada por Andrés Ollero en las XVI jornadas de la sección española de la IVR; las cuales tuvieron lugar en la Universidad de Castilla-La Mancha en 1997. El trabajo lleva por título “Derecho y Moral Entre lo Público y lo Privado. Un Diálogo con el Liberalismo Político de John Rawls”, e incide, una vez más, en el añejo problema fronterizo entre el Derecho y la Moral. Para ello, el autor elige un interlocutor muy en boga en los últimos años, que además ha sido calificado en no pocas ocasiones como uno de los más importantes filósofos jurídicos y sociales del siglo XX. Lo que el Profesor Ollero se propone en este trabajo es “[...] abordar la relación que mantienen derecho y moral, situándonos en la no menos polémica frontera entre lo público y lo privado.” (p. 32).

La elección de Rawls como interlocutor no es casual. Dado el tema que nuestro autor aborda, el contraste de sus ideas con el ya fallecido profesor de Harvard ofrece al lector precisamente eso... contraste. Como bien apunta Ollero, para Rawls la unión social no se funda en una concepción común del bien, sino en una concepción pública compartida de la justicia que, entre otras cosas, entiende a los ciudadanos como libres e iguales en un Estado democrático. La ética pública acabará entonces identificándose en algunas cosas con las dimensiones sociales de las éticas privadas suscritas por algunos ciudadanos, mientras entrará en conflicto con las éticas privadas que suscriban otros. Rawls reitera una tajante división entre derecho y moral al distinguir –neokantianamente– *a priori* entre un ámbito formal y otro procedimental. El ámbito procedimental sería el correspondiente a esa ética pública que se debe construir para luego ser también jurídicamente exigible. La ética material estaría necesariamente confinada al ámbito privado. Siempre según Rawls, la ética pública tiene que ser procedimental porque no señala conductas obligatorias ni impone criterios para alcanzar el bien. Sin embargo, en esta aparente descripción de lo que debiera ser la ética pública, Ollero encuentra una falacia. Y es que no imponer criterios para que se alcance el bien, no implica necesariamente que la ética pública haya de ser procedimental. Es también posible establecer conductas obligatorias con el sólo fin de hacer viable un grado mínimo de convivencia, sin intentar imponer concepción alguna del bien. Descartar esa posibilidad puede llevar a una doble conclusión: “[...] dudosa en un caso: una ética pública meramente procedimental sería viable en la práctica; exagerada en el otro: ella sería la única vía legítima teóricamente imaginable para plantear en el ámbito público propuestas éticas no maximalistas. Así parece insinuarse cuando se nos afirma que lo que diferencia a la ética pública de la privada es que la primera es formal y procedimental y la segunda es material y de contenidos.” (p. 33). Queda entonces claro para Ollero que el mero procedimiento en el ámbito público no asegura absolutamente nada. Habría que justificar el recurso a lo procedimental en algo más que el mismo procedimiento. Acaso las éticas omnicomprendivas suscritas por los ciudadanos de manera privada podrían ser adecuadas para tal fin.

Como bien anota el autor (p. 35), la ética pública exige determinados contenidos materiales, en tanto que señala criterios de organización de la vida social; lo cual desborda lo meramente procedimental y formal. Ello implica que no se pueda defender un espacio público totalmente “neutral” –únicamente procedimental– respecto a las

éticas omnicomprendivas suscritas por los ciudadanos. Cabe entonces preguntarse qué sucedería si la pretendida neutralidad procedimental es impuesta: ¿se puede decir que dicha neutralidad es totalmente “aséptica”? Parece poco compatible con la democracia, tal como la entendemos, postular la neutralidad obligada. Es más o menos lo que sucede, por ejemplo, con la tácita prohibición de fundamentar cualquier propuesta en ideas sospechosas de parentesco confesional, al margen de si son racionales o no (el ejemplo es bastante ilustrativo y ha sido tratado monográficamente por nuestro autor en España: ¿un Estado Laico? (2005)).

Sin embargo, se ha de notar que Rawls no propone que la razón pública deba erradicar las convicciones religiosas. En suma, no se puede pedir al ciudadano que conciba el mundo (no solamente la política) como “partiendo de cero”. Quizá por eso es que, como apunta Ollero (nota al pie nº 15, p. 37), Rawls distingue entre una “neutralidad de propósitos” y una “neutralidad de efectos”; a propósito de la posible “discriminación” a la que habría lugar si se “favorece” o “promueve” alguna de las doctrinas comprensivas presentes en el imaginario social. Es curiosa la paradoja a la que se llega con el intento neutralizador, por lo demás, nada inocente; y es que si se promueve una cierta ética pública, necesariamente ésta ha de coincidir con algunos aspectos de las éticas privadamente suscritas por un cierto sector de la ciudadanía. La neutralidad es materialmente imposible. No parece posible lograr una ética pública lo suficientemente amplia e indeterminada como para “permitir el indiscriminado libre juego de todos los imaginables estilos de vida.” Sucede pues, que la ética pública, por ser pública, ha de condicionar el despliegue de las distintas concepciones del bien, en aquello en que pueda existir conflicto; y es por eso que no todas las distintas concepciones del bien son aceptables (Cfr. p. 37). El problema del alcance de la moral y el derecho sigue abierto. Lo que queda claro, para Ollero, es que el intento delimitador llevado a cabo con fórmulas apriorísticas, esconde el peligro de establecer un límite desde una particular ética privada, sin someter ésta a debate. (p. 38). Si el derecho es un medio para lograr un fin –el desarrollo integral de las personas–, no se puede ignorar que el *diseño* de ese medio estará condicionado por la concepción que se tenga del fin perseguido: “Así, cuando una concepción del bien lleve a suscribir que “hay que tratar a los demás como fines y no como medios”, o que “hay que cumplir las promesas”, difícilmente podrá ser compatible con una articulación de la ética pública que ignore esas premisas.” (p. 38). Resulta entonces de principal importancia, mantenerse alerta respecto al riesgo de, inconscientemente, enmascarar opciones delineadas por determinados contenidos materiales; identificándolas *a priori* con el sentir común (cfr. p. 38).

El problema central está entonces en establecer la frontera para evitar imponer la identificación de alguna de esas éticas privadas comprensivas que los ciudadanos pueden abrazar particularmente (las creencias religiosas incluidas), y las lógicas y obvias *influencias recíprocas* con la ética pública. No se trata de imponer la ética pública como ética privada, sino de poner los necesarios límites al total despliegue de ciertos aspectos de las éticas privadas que podrían ser un obstáculo a la vida en común que, precisamente, esa ética pública intenta posibilitar. La democracia de nuestras sociedades plurales no puede ser totalmente compatible con todos los estilos de vida que se puedan concebir. Por ello resulta curiosa la crispación que surge en ciertos sectores cuando alguien, desde una ética privada, hace propuestas que cree pueden aportar algo a la ética pública, porque las considera como verdaderas y por ello, beneficiosas para todos. La pretensión de verdad es más bien necesaria, pues ello permite argumentar la propuesta para expresar el por qué sería conveniente su incorporación en la ética públi-

ca con vistas al fin perseguido, esto es, a la convivencia digna del hombre. Lo contrario (excluir la propuesta por la mera *pretensión de verdad* que suscribe quien la propone) equivaldría a imponer un capricho suscrito mayoritariamente, sin haber sido convenientemente argumentado: “Verdad y consenso no tienen por qué entenderse como dilema alternativo.” (p. 45); pues “Para los convencidos de la verdad de una propuesta ética, el consenso cobra sin más un añadido valor de refrendo.” (p. 46).

Las siguientes páginas analizan de manera interesante las paradojas de tomar el procedimiento como sustituto de la pretensión de verdad. Si el consenso ha de ir configurando un núcleo de contenidos jurídicos indispensables en el ámbito público; éste desbordará –y condicionará– lo meramente procedimental para incluir derechos que poseen un contenido esencial que ha de respetarse (p. 48). El consenso sobre ese contenido esencial no es más que el consenso sobre contenidos materiales, para lo cual el procedimiento es por sí mismo insuficiente. Como apunta el Profesor Ollero, “Rawls no parece tan coherente en este punto, al dar por sentado que su liberalismo político, “para mantener la imparcialidad”, “ha de abstenerse de entrar específicamente en tópicos morales que dividen a las doctrinas comprensivas.”” (p. 51) Ahora bien, aunque parezca reiterativo, ha de resaltarse que no por ser el procedimiento un instrumento insuficiente; las exigencias públicas necesarias para la convivencia han de imponerse desde éticas privadas que se vean mayoritariamente reflejadas en la sociedad, sin más. El procedimiento, en todo caso, debe mantener su papel de mecanismo posibilitador de un debate sobre argumentos que presuponen la existencia de la verdad, y la voluntad de aproximarse a ella. De lo que se trata, en suma, es de no renunciar a fundamentar una ética pública que, inevitablemente basada en las distintas éticas privadas presentes en una sociedad plural, han de articular su proyección “de un modo transparente y no sesgado, hasta conseguir una sociedad que no por pluralista renuncie a ser razonable.” (p. 55).

El cuarto capítulo lleva por título “¿Qué Podría Significar Hoy “Uso Alternativo del Derecho?”” y analiza en sus siete breves epígrafes una corriente de genealogía marxista nacida en Italia a comienzos de los años setenta, y que tomó el nombre de “Uso Alternativo del Derecho”. En ella se destacaba la “función creativa” del juez, cosa que, por otra parte, tampoco encerraba una verdadera novedad.

Antes de analizar dicha corriente, Ollero decide repasar las que él considera las tres actitudes más frecuentes ante la constatación de que le juez “crea” derecho (p. 57). En primer lugar se encuentra la actitud de alarma de los “devotos del positivismo legalista” ante lo que consideran una “alevosa agresión al principio de legalidad, con la consiguiente amenaza para la seguridad jurídica.” (p. 58). Frente a dicha “amenaza”, nuestro autor expone la también existente inseguridad que existe cuando el los operadores jurídicos no hace más que “aplicar” el texto legal. La seguridad jurídica no es, entonces un valor supremo, y mucho menos es logrado con la mera aplicación del texto legal... “La sabiduría popular lo ha plasmado con elocuencia: “pleitos tengas y los ganes”” (p. 58).

La segunda actitud sería la del *positivista en serio*, al estilo de Kelsen. Según esta actitud, la norma ofrece al juez una gama de soluciones frente a las cuales no cabe objetivamente establecer que una sea más justa que la otra. El juez no tendrá más remedio que optar por una de ellas, siendo su preferencia un mero acto de voluntad, del cual se excluye cualquier tipo de razonamiento práctico. Al ser así, el juez no está emitiendo, en puridad, juicio alguno. Al final de la cadena normativa lo que se tiene no es una cosa juzgada, sino una “cosa querida” por aquél al que le tocó decidir (el juez) en última

instancia. Si se sigue esta actitud con todas sus consecuencias, “[] el derecho dejaría de funcionar, al no contar con más motivo para ser respetado que el recurso a esa fuerza bruta a la que está llamado a sustituir.” (p. 59).

La tercera actitud es la de aquél que no abraza la fe positivista, y admite el papel de la razón práctica en la decisión judicial. Se trata de la prudencia como paradigma de la virtud judicial, que desde su génesis misma, acompaña al derecho en la búsqueda de la solución más justa y razonable. Es, en suma, la jurisprudencia.

Volviendo al uso alternativo del derecho, queda patente en el análisis del Profesor Ollero, que “Como teoría, el invento no era nada sofisticado.” (p. 60); pues se trataba de sustituir la arbitrariedad del positivismo kelseniano o los “intentos de razonamiento práctico” por la lucha de clases. El jurista alternativo se mueve en una dialéctica ya conocida: lo burgués-conservador o lo emancipador-progresista. Una vez constatada la pervivencia de la corriente en tierras sudamericanas –por ejemplo en Brasil, tal como Ollero lo comprueba–, y también en España, pese al “archivamiento” sufrido por el marxismo; lo que se plantea el autor es: “¿En qué puede quedar un uso alternativo del derecho sin fe marxista?” (p. 60). Cuando esa dialéctica antes puntada ha desaparecido, lo que puede suceder es que se sustituya por una peligrosa lógica de amigo-enemigo. “Del esquema marxista sólo quedaría (y no es poco) el dualismo conservador-progresista y la primacía de la praxis, o sea (eufemismos aparte) la capacidad del buen fin para justificar malos medios.” (p. 61).

Se concluye que el marxismo no hizo más que plantear de manera antidemocrática (por aquello de “alternativo”) la legitimación de algo que, bien visto, es inevitable: la creatividad judicial. El juez meramente “técnico” del positivismo legalista, legítimable por oposiciones; no es la solución. Ollero propone la rehabilitación de la publicidad y la transparencia como contribución a mejorar muchas de las instituciones políticas españolas. El poder Judicial, dice, podría quedar muy por encima de esas instituciones calificadas como “mejorables” si renuncia a disimular la función creativa del juez y la hace más diáfana y abierta a una “beneficiosa intemperie” (p. 61, *in fine*).

El capítulo quinto, cuyo sugestivo título es “El Derecho a lo Torcido”, goza de gran actualidad, dados los parámetros políticos de hoy. En este trabajo, Ollero se adentra en el provocativo debate acerca de la existencia o la conveniencia –ni es lo mismo, ni es igual–, de un supuesto *right to do wrong*, o en español y “dado el inequívoco juego de palabras al que se acude” (p. 64), un “derecho a lo torcido”. El análisis del tema vendrá además enmarcado por el “buenismo” en su vertiente jurídica. Entiende Ollero por buenismo esa tendencia que marcha de la mano del relativismo, generosa al momento de conceder derechos sin un necesario fundamento; y según la cual nada es verdad ni mentira, sobre todo si se trata del ejercicio del poder, evitando así tentaciones autoritarias. En este contexto, ese derecho a lo torcido tiene obvia cabida, pues lo contrario sería admitir un criterio de verdad.

Ollero identifica “sin pretensiones de exhaustividad”, los principios del buenismo en su vertiente jurídica:

- 1) Prohibido prohibir.
- 2) Tendremos, en todo caso, derecho a todo lo no prohibido.
- 3) No cabe imponer las propias convicciones a los demás.
- 4) La tolerancia nos exige un máximo reconocimiento de derechos, en lucha contra toda discriminación.
- 5) Toda desigualdad implica discriminación.
- 6) Derechos gratuitos.

En esta primera parte del capítulo, el autor hace una exploración somera de cada uno de los principios enunciados. Así, respecto a 1), concluye que la prohibición de prohibir está lejos de una convivencia social ordenada. Una vez se ha desechado un concepto compartido de vida buena, lo único que podría justificar alguna prohibición sería el cálculo consecuencialista. Aún así, no se podrán evitar las externalidades que la sociedad habrá de internalizar necesariamente. Ejemplos de ello serían los costes sociales no contemplados (v. gr. los medioambientales), el impacto de la permisividad del consumo de drogas, o las muertes no consentidas al legalizarse la eutanasia. En cuanto a 2), queda claro que no es lo mismo tener derecho que un mero *agere licere*. Lo no prohibido no es más que tolerado, pero no legitima al agente de esa conducta a exigir que el ordenamiento jurídico y sus instituciones se pongan a su disposición para llevar a cabo la conducta deseada. A lo apuntado en 3) nuestro autor responde que el derecho, paradigmáticamente el penal, contiene convicciones de fondo bastante fuertes y que son impuestas a quien no está convencido de que esas convicciones facilitan la vida en común. El problema consistiría en qué prohibiciones se pueden imponer y mediante qué procedimientos las podemos identificar.

Contrariamente a lo expresado en 4), la tolerancia, ya desde sus antiguos teóricos, es siempre ejercida frente a un comportamiento rechazable o una opinión equivocada. La tolerancia excede la justicia. No se puede plantear como gesto de tolerancia el reconocimiento de un derecho porque pertenecen a ámbitos distintos. La diferencia está en el justo título que el poseedor del derecho tiene, frente al respeto que merece el autor de una conducta en principio rechazable pero tolerada. Por otra parte, resulta obvio, frente a 5), que no toda desigualdad implica discriminación. Ello queda bien patente cuando el Tribunal Constitucional Español declara en sus sentencias que únicamente las desigualdades carentes de un “fundamento objetivo y razonable” son realmente discriminaciones. Finalmente, respecto a 6), habría que advertir que para los partidarios del buenismo jurídico, los derechos son gratuitos hasta en tres acepciones: la primera acepción brota de la falta de fundamento objetivo ya apuntada, pues bastaría la indiferencia de quienes no son conscientes de cuánto puede afectarles la conducta que busca reconocimiento como derecho, para contar con un curioso consenso que acogería cualquier deseo arbitrario. La segunda, ignora que todo derecho conlleva un deber (v. gr. despenalizar la eutanasia conlleva el deber de cooperar con el suicidio). La tercera es la profunda convicción de que los derechos no generan costos o que “operan gratis” (p. 67). Según esto último, por ejemplo, quienes planteaban la despenalización del aborto no se cuestionaban su financiación pública, sin plantearse que los recursos (por ellos mismos aportados), son siempre limitados.

Expuestos los principios del buenismo jurídico, el autor expondrá a la luz el lenguaje nada neutral utilizado por dicha tendencia, el cual va dejando huella incluso en la teoría jurídica. El “motor” del mismo será el horror ante la posibilidad de que alguien pretenda usar el derecho para imponer convicciones, buscando hacer buenos a los demás (cfr. p. 68). La solución será la neutralidad moral de las normas jurídicas. Paradójicamente, se busca así que la sociedad deje de considerar inmorales determinadas conductas (v. gr. el matrimonio homosexual o el aborto). Otra exigencia del buenismo en su vertiente jurídica es el rechazo al iusnaturalismo, precisamente por su falta de neutralidad y sospecha de parentesco confesional. Consecuencia de ello es dar por bueno, *necesariamente* que sólo es derecho el derecho positivo. El problema, apunta Ollero, es qué debemos entender por ese derecho “puesto”. Una teoría jurídica supuestamente neutral y meramente descriptiva, acaba diciéndonos que sus principales prota-

gonistas utilizan ciertos elementos “morales” para decir qué es el derecho. Curiosa paradoja que se manifiesta una y otra vez (las anécdotas de las páginas 69 y 70 son realmente ilustrativas al respecto).

Lo que encierra el buenismo, entonces, es algo no tan inocente, pues va más allá de una estrategia política oportunista. Es capaz de ayudar al gobernante de turno a mantenerse en el poder a fuerza de no debatir acerca de los temas de fondo más importantes. El asunto es que, “como todo timo, sólo funciona con la soterrada colaboración de sus víctimas.” (p. 70). Y es que el éxito del buenismo y su generalizada suscripción social responde, precisamente, al llamado “pensamiento débil” y a la ética de lo “políticamente correcto”. El asunto de fondo es que a nadie se le ocurre sugerir que existe algo que puede ser malo en sí mismo, pues ello exigiría fundamentar el bien.

Finalmente, frente al buenismo, el Profesor Ollero nos propone el derecho a lo recto como alternativa. Una vez constatado que no es posible vivir con derechos sin fundamento o a merced de quien ostenta el poder; se hace necesario vincular los derechos a una teoría de la justicia. Cuestión distinta es que esa teoría de la justicia “la pueda tener alguien guardada en su caja fuerte o archivada en la sacristía.” (p. 72). Aquí el autor expone de manera bastante breve pero muy precisa, su particular visión del derecho. Todo derecho implica un “ajustamiento” de relaciones, y ese ajustamiento solamente es posible ponderando las exigencias del libre desarrollo de la personalidad con las que derivan de considerar al otro como un igual. Ergo, la libertad y la igualdad ilimitadas no pueden ser jurídicas. Por ello ese ajustamiento supone una tarea ardua, pero es eso, precisamente en lo que consiste la actividad jurídica. Por ello no puede haber derecho alguno sin una referencia a una concepción de la vida buena que nos posibilite una idea de “lo recto”. La alternativa al buenismo consiste entonces, en proponer una teoría de la justicia basada en un concepto de la vida buena que pueda ser argumentado democráticamente. Lo contrario sería imponer, de manera antidemocrática, principios sin fundamento que únicamente cumplen el papel de guarecer de la sospecha de fundamentalismo al director de turno.

El último capítulo de la primera parte lleva por título “Deontología Jurídica y derechos Humanos”, y se adentra en un análisis que tiene como fondo el viejo problema existente entre la moral y el derecho. La conexión entre deontología jurídica y derechos humanos la encuentra Ollero “[] en su acrobática ubicación, que bordea la afilada y rasante entre moral y derecho; problema filosófico-jurídico donde los haya.” (p. 73). Así, ¿qué carácter tienen las exigencias deontológicas?, ¿morales o jurídicas? ¿son realmente jurídicos los derechos humanos, aún antes de su positivación? A lo largo del capítulo, advierte el autor, se irán acumulando términos equívocos. Por ejemplo, la reiterada alusión a la ética, que podría llevar a confundir el diverso objetivo y alcance de instancias tan distintas como las jurídicas y las morales. En el específico caso de la deontología jurídica ¿se trata de establecer de manera imperativa un modelo de juristas o más bien de meras exhortaciones morales?, o dicho de otra manera, ¿las obligaciones deontológicas son obligaciones jurídicas o morales? El autor nos propone (cfr. p. 75) tratar unas y otras sin olvidar sus “oportunas diferencias”. Lo marcado por la Constitución española respecto a los jueces en su artículo 117,1 (la sumisión al imperio de la ley), es un claro ejemplo de que cualquier deontología profesional incluye exigencias no solamente jurídicas, sino también morales.

La primera relación a analizar será la que existe entre la deontología jurídica y la moral personal. Es obvio que el trabajo profesional no es más que un aspecto de la vida personal, por lo que es lógico que existan ciertos principios morales que dirijan a

ambas de manera unitaria. Lo contrario no parece ser un modelo de uso de razón o de ejercicio de la libre voluntad. El abandono de los propios principios en el ámbito profesional, además de producir una limitada eficacia en dicho ámbito, “[] halla difícil acomodo en el contorno ético de cualquier deontología.” (p. 76). Como resulta lógico, el ejercicio de la profesión podrá plantear problemas de conciencia como sucedería en cualquier otro ámbito de la vida diaria. En este sentido, la deontología jurídica podría someter a sus destinatarios a situaciones “de riesgo”, en palabras del autor, con más frecuencia que en otras profesiones. Valga como ejemplo paradigmático el problema de la aplicación de la ley injusta, en una profesión en la que el agente ha de entenderse-las, de una u otra forma, con la aplicación de las leyes. La segunda relación a analizar es la existente entre la deontología jurídica y la moral social. Aquí nuestro autor advierte nuevamente el peligro del equívoco, pues la moral puede ser calificada como social en base al objetivo y alcance de la conducta evaluada o también por el sujeto que establece los criterios de evaluación. En el primer sentido serían sociales las exigencias que, desde la perspectiva de nuestra personal concepción del bien, tienen que ver con nuestra relación con los demás; y que serán la mayoría de las exigencias morales. Un comportamiento social contrario a las propias convicciones resultaría incoherente. En esta perspectiva amplia, se contempla el recurso a la objeción de conciencia como una exigencia de “mi” moral social. Sin embargo también en ese sentido amplio se puede calificar como moral social a las diversas exigencias éticas que serían deseables para conformar una sociedad en donde la búsqueda del propio concepto de bien –deseable también para los otros– no tropiece con obstáculos. Aquí tendría cabida la desobediencia civil, pues apunta a un replanteamiento general de la institución ante la que se manifiesta la insumisión (cfr. p. 78).

En el segundo sentido antes apuntado, la moral social se referiría a un concepto más bien restrictivo de la deontología profesional. Así, hablaríamos de moral social para referirnos a exigencias éticas que son “morales” en la medida en que no son “jurídicas”; y que corresponden a criterios socialmente consolidados *de hecho*, y que responden a una concepción “potencialmente plural” (cfr. p. 78) del bien. Como apunta el autor, en esta tesitura adquiere especial relevancia el concepto de *persona*, contrastado con el de *papel social*. La importancia de la unidad –coherencia– en la actuación personal y profesional salta a la vista al ser la misma *persona* la que actúa, ya sea asumiendo ciertas exigencias éticas propias y otras que se hacen propias en la medida en que se asume una función (profesional) determinada. Las primeras exigencias vienen marcadas por la propia persona, mientras que las segundas dependen de todos aquellos –incluido el propio agente– que contribuyen con su actuación profesional a configurar un modelo profesional deseable para el gremio.

De esta manera, sostiene Ollero que la ética profesional deja de ser una ética “especial”, reguladora únicamente de un aspecto particular de mi conducta; para adquirir una dimensión “primordialmente racional” (cfr. p. 79). Entrarán en juego entonces nociones tan importantes como la responsabilidad o la confianza. Las expectativas que mi actuación profesional puede generar se convierten también en elemento decisivo para configurarla. Resulta interesante al efecto la alusión que el autor hace a la obligación de ajustar el fallo judicial al precedente; o de lo contrario la obligación de sustentar suficientemente el fallo diverso; cuestión que cada ordenamiento aborda según su tradición jurídica.

En el tercer punto del capítulo se aborda la relación entre la deontología y la moral positiva. Dice el autor que la significativa presencia de los otros a la que se ha

hecho antes referenciado, podría oscurecer un aspecto importante del problema que ahora se analiza: el fundamento capaz de atribuir auténtica dimensión ética a las obligaciones que gravan a los profesionales. Es pertinente entonces recordar la llamada "falacia naturalista" en la que fácilmente se cae al atribuir carta de naturaleza ética a lo que de hecho sucede en la vida social, transformando ese "ser" en un "deber ser". Así, la valoración ética de ciertas conductas se percibe como idéntica a su reiteración cuantitativa. Las expectativas de los ciudadanos no han de entenderse necesariamente como fundamento de dichas exigencias éticas. Lo que el ciudadano puede esperar de la actuación de los profesionales a su servicio se guía entonces por un implícito marco ético vinculado de manera muy estrecha con el respeto por los derechos de los demás y la salvaguarda del llamado "interés público". Como resulta previsible, el debate nos lleva nuevamente a la relación existente entre el derecho y la moral.

Si la mera reiteración de conductas no basta para que ésta pueda ser considerada como expresión de la moral positiva, ¿qué es lo que podría convertirla de realidad fáctica en exigencia ética? Siguiendo de manera analógica la conocida teoría de la costumbre como fuente del derecho, haría falta una cierta *opinio* —en este caso, una concepción práctica de lo justo— que no es más que una petición de principio, lo que nos haría volver, circularmente, al inicio: ¿cuál es el fundamento de nuestras exigencias deontológicas y aún, de las jurídicas?, ¿existe algún fundamento "natural" que pueda justificar determinadas exigencias éticas, aún cuando ellas no alcancen rango jurídico? Una muy recurrida vía para responder a la cuestión —que como a se apuntó, es en el fondo responder al añejo problema de las relaciones entre derecho y moral— es la de remitir la moral a lo privado y lo jurídico a lo público, lo cual realmente no resuelve nada, pues sigue en pie la principal cuestión... ¿cuándo una conducta debe ser reconducida a lo privado —para actuar en conciencia de acuerdo con las propias convicciones éticas—, y cuándo ha de ser objeto de control jurídico? Si se toma como buena esta vía, la misma deontología jurídica dejaría de existir, pues sería o una mera exigencia ética privada, o una exigencia jurídica (p. 83). Si se tiene en cuenta que la deontología pretende hacer efectivas en el ejercicio profesional determinadas exigencias éticas que pueden estar fuera de las particulares convicciones éticas de los agentes, sin por ello recurrir a una plena positivación jurídica; la paradoja es más patente.

La deontología es entonces un intento de diseñar los adecuados perfiles de una buena práctica profesional, y por consistir precisamente en una praxis, estará transida de exigencias éticas. Se tratará de un peculiar escalón situado entre lo moral y lo jurídico. Los códigos deontológicos, muchas veces, irán por delante de la ley, y en ese sentido pueden ser catalogados como *prejurídicos*. Serán ellos los que determinarán, en primer lugar, qué exigencias éticas han de considerarse de obligado cumplimiento en la profesión. Si el exceso pudiera resultar invasivo respecto a las convicciones morales de los colegiados, pues éstas tendrán siempre la posibilidad del recurso a la objeción. Los colegios serán entonces los lugares más adecuados para un indispensable debate ético cuyos resultados, en su momento, podrían alcanzar status jurídico positivo.

El punto anterior lleva de manera natural al siguiente tema analizado en este capítulo (epígrafe IV, p. 88) y es la relación entre deontología y derecho. Si las exigencias deontológicas son únicamente exigencias morales, deberían dejarse al libre albedrío de cada profesional. Si por el contrario, las exigencias deontológicas son realmente jurídicas porque tienen que ver con la justicia, cómo es que los poderes públicos pueden delegar su control en instituciones como los colegios profesionales. Respecto a esto último, el Tribunal Constitucional español, en su Sentencia 219/1989, ha justificado la

capacidad autorreguladora de los colegios profesionales no sólo en su relevancia pública –distinguiendo acertadamente entre lo “público” y lo “estatal”–, sino también en la sujeción especial que los colegiados mantienen respecto de su respectivo colegio, en virtud de una delegación de potestades públicas. Según lo antes señalado, y teniendo también en cuenta el artículo 26 de la Constitución Española por el que se proscriben los Tribunales de Honor en el ámbito de la administración civil y profesional; podría parecer que las exigencias deontológicas jurídicas no serían propiamente “obligatorias”, pues el jurista no se vería sometido a ninguna prescripción que no goce de respaldo jurídico. Dicha conclusión es en verdad sólo aparente, pues “las leyes sólo nos dicen, en múltiples aspectos, qué exigencias derivan del respeto a los derechos, en la medida en que se parte implícitamente de un concepto, tan prelegal como jurídico, de su contenido. La moral social positiva, como fuente de *opinio*, se convierte en inevitable clave interpretativa y auténtica frontera de lo jurídico. La *realidad social* que condiciona la aplicación de la *ley*, y garantiza que se convierte en derecho vivo, no es un mero dato sociológico, sino expresión práctica de una exigencia de justicia, que aflorará a través de conceptos indeterminados –pero no por ello menos jurídicos...– como la *buena fe*, lo *razonable*, lo *proporcional* y tantos otros.” (p.89). La deontología deja de ser así tan “estricta”, aportando los contenidos jurídicos que luego serán formalizados por la entidad pública o la corporación delegada respectiva.

Como puede observarse, la continua relación –no identificadora– entre derecho y moral, explica incluso la misma creación del derecho, y deja sin sentido viejos debates simplistas entre iusnaturalistas y positivistas. Finalmente, “son quienes tienen razones morales para obedecer el derecho quienes lo mantienen vivo” (p. 91).

2.- Segunda Parte: Los Derechos Como Centro de la Realidad Jurídica

El primer capítulo de la segunda parte, séptimo de esta amplia recopilación, se enfrenta al interesante debate que los llamados “valores superiores del ordenamiento”, y en concreto la igualdad, han suscitado; una vez que la jurisprudencia constitucional española descartó de manera clara (STC 16/1982) que hubiera que esperar un desarrollo legislativo ulterior para reconocer como vinculante a la norma suprema de 1978. El título del capítulo es inequívoco: Relevancia Constitucional de la Igualdad.

Ciertamente el término “valor superior del ordenamiento”, como bien apunta el profesor Ollero (p. 96), fue objeto de polémica entre politólogos y “juristas positivos”, por su afán de interpretarlos con una dimensión expansiva unos; o por considerar a la Constitución un instrumento más técnico que político los otros. Sea como fuere, se ha dado a estos valores la condición de norma jurídica –interesante referencia al trabajo del profesor Peces Barba y a la crítica realizada al mismo por nuestro autor (vid. nota al pie 3)– con el fin de resaltar su carácter vinculante. Sin embargo, tal solución es, a juicio del profesor Ollero, arriesgada e innecesaria (p. 97). “Arriesgado, porque el bienintencionado interés de dar a los valores la calidad de “normas”, puede acabar transfiriendo a las normas los “pretendidos vicios de los valores”. No habría beneficio práctico alguno al considerar como normas a la libertad o al pluralismo político. Por otra parte, sería innecesario porque solamente desde un positivismo normativista ya desfasado, se podría concluir que los valores no tendrían carácter vinculante, a menos que se les considerara como normas. Para el catedrático de la Universidad Rey Juan Carlos, los valores gozan de operatividad jurídica, indistintamente de si se les considera principios o normas, siendo ambos igual de vinculantes. Así, la igualdad se constituye como un valor superior del ordenamiento jurídico, ya sea operando como principio, o bien como norma.

Posteriormente se analizan las estrechas relaciones existentes entre la igualdad y la no discriminación. El artículo 14 de la Constitución Española no contiene un derecho autónomo, sino que se determina su contenido según las relaciones jurídicas concretas (STC 76/1983). En otras palabras, se trata de un derecho fundamental que modula otros derechos (STC 862/1986). Dicho precepto constitucional no obliga al trato igualitario, sino que postularía incluso un trato desigual para situaciones de relevante diversidad. Se trata de una *dimensión relacional* de la igualdad, que hace jurídicamente rechazable un determinado tipo de desigualdad: la discriminación. La doctrina asentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ayudado a definir lo que se entiende por tal discriminación. Así, se ha de tratar de una desigualdad de trato carente de justificación objetiva y razonable, apreciable en relación a los efectos y finalidad de la medida, atendiendo siempre a la proporcionalidad de los medios empleados para dicho efecto. La referencia a la *justificación objetiva y razonable* nos hace advertir que nos encontramos ante un problema con alcance filosófico-jurídico. La actividad jurídica queda planteada como una actividad de la razón práctica, y presupone la existencia de tal realidad práctica, así como la posibilidad de explicarla por medio de la razón.

Sin embargo, ha de lucharse contra el excesivo arraigo que aún domina el léxico judicial, identificando casi inequívocamente términos como norma-vinculatoriedad, o principio-declaración programática. Al respecto, resultan bastante ilustrativo el ejemplo que protagonizan la Primera Sala de la extinta Audiencia Territorial de Sevilla, con motivo de su Sentencia del 31 de enero de 1980; y la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su Sentencia del 8 de abril de 1982 (p. 100). Centrando nuevamente la atención en el artículo 14 de la Constitución, éste enumera ya una serie de supuestos en los que el trato diferenciado sería discriminatorio, pero a juicio del autor, ello no debe hacer olvidar que la más notable operatividad de dicho artículo se muestra al aparecer como principio jurídico valorador de las más diversas relaciones sociales. Además, el ya mencionado carácter *relacional* de dicho principio, otorga al artículo 14 de la Constitución Española especial interés al analizar los derechos fundamentales, no ya como garantía frente a los poderes públicos, sino también en las relaciones entre particulares; aunque como anota Ollero, ello deberá tener en cuenta las matizaciones que señala el Tribunal Constitucional Español en el fundamento nº 2 de la Sentencia STC 34/1984 (p. 102, nota al pie nº 15).

El siguiente punto a analizar será la igualdad en la aplicación de la ley, lo que dará lugar a interesantes reflexiones del profesor Ollero. Desde una visión estrictamente normativista, la igualdad ante la ley extinguiría cualquier posibilidad de discriminación. Sin embargo, la dimensión judicial del derecho obligaría a revisar tan simple interpretación, pues es obvio que una misma norma puede ser aplicada de manera distinta en situaciones idénticas, sin mediar justificación objetiva y razonable. No bastaría pues una igualdad *ante la ley*, sino que haría falta también una igualdad *en la aplicación de la ley*. Como puede inferirse, el autor acometerá el siempre interesante análisis de la posibilidad de existencia de la "creatividad" judicial y los problemas que ésta podría acarrear (la sujeción —o no— al precedente, la posibilidad de interpretaciones inconstitucionales de leyes constitucionales, etc.). Después de un bien ilustrado razonamiento, el autor propone tanto por razones de rigor teórico, como de economía procesal, la incidencia de la igualdad *en la aplicación de la ley* sobre el sistema de fuentes; debe tener reflejo en el Título Preliminar del Código Civil, sentando expresamente la necesidad de fundamentar de manera objetiva y razonable el cambio de criterio jurisprudencial.

Posteriormente el profesor Ollero analizará (epígrafe IV, p. 106) la dimensión activa de la igualdad. La igualdad es, junto con la libertad, uno de los dos ingredientes de ese “ajustamiento” en que consiste el derecho, y por ello no puede ser confinada únicamente a los llamados “derechos civiles y políticos”, sino que mostrará su capacidad de ser un elemento modulador, también en los denominados “derechos económicos, sociales y culturales” que exigen de los poderes públicos una prestación. El artículo 9.2 de la Constitución Española resulta para ello elocuente, pues ordena una labor promocional por parte de los poderes públicos para lograr la igualdad y libertad “reales y efectivas”; labor que consistirá en modificar unos puntos de partida ciertamente mejorables, haciendo alusión incluso al artículo 1.1 de la Constitución, en lo que respecta al pluralismo político. El “Estado Social y Democrático de Derecho” contenido en el mencionado artículo 1.1 no sería posible si se contase solamente con la no discriminación del artículo 14. En todo caso, los imperativos del principio de subsidiariedad y el concepto de “socialización” a él vinculado, ayudarán a delimitar de manera adecuada esa actuación positiva que la dimensión activa de la igualdad exige de los poderes públicos.

Finalmente en este capítulo, el autor constatará la omnipresencia de la igualdad en la Constitución Española, dado su carácter de valor superior del ordenamiento, pero sobre todo, por ser ingrediente básico de lo jurídico. Así, las referencias a la igualdad abundan dentro y fuera del título inicial de la Constitución, en las que se reduplican o concretan exigencias del artículo 14, “con desigual operatividad, según el grado de protección a que dan pie.” (p. 109). Muestra de esa diferente operatividad y protección son, por ejemplo el artículo 22.3 (derecho a acceder a las funciones y cargos públicos) susceptible de amparo; y el artículo 32.9 (igualdad de los hijos con independencia de su filiación) que encuentra mejor cobijo en los vetos a la discriminación del artículo 14 de la Constitución.

El octavo capítulo se ocupará de un tema por demás interesante, en la línea anunciada por el título de la segunda parte. Se trata ahora de analizar la cláusula del Estado Social: “Estado Social y Democrático de Derecho, algo más que retórica” es un trabajo escrito con motivo del vigésimo quinto aniversario de la Constitución Española. Apunta Ollero que la alusión al Estado “Social” marca un obvio contrapunto al antiguo modelo liberal del Estado, el cual pretendía únicamente un freno al poder estatal. Por añadidura, el estado “social” busca recabar de esos mismos poderes una prestación que los haga efectivos. Dicha evolución ha sido admitida ampliamente, al punto de estar también plasmada constitucionalmente en el ámbito económico.

Contrariamente, la mención al estado “democrático” sí ha planteado problemas respecto al alcance que se le pretendiera dar, pues parecía inevitablemente emparentado con el entendimiento del socialismo como plenitud histórica de la utopía liberal que sería dudosamente compatible con el pluralismo reconocido como valor superior en el mismo artículo 1 de la Constitución Española. Lo que no deja dudas es su relación con el artículo 9.2 por el cual se grava al Estado con una necesaria actividad promocional para lograr que la libertad y la igualdad sean “reales y efectivas”. Ello, sin embargo, no dejaba de encender las alarmas respecto a un posible “uso alternativo del derecho” que podría anunciar la voluntad de “lograr por vía judicial lo que, a través de elecciones democráticas no podría alcanzarse por vía legislativa.” (p. 113). De allí surgirían intentos judiciales de interpretar la Constitución como meras normas programáticas, necesitadas de una *interpositio legislatoris* para surtir efectos. La doctrina del Tribunal Constitucional, sin embargo, haría frente a esto, sentando drásticamente el carácter de

norma jurídica directamente aplicable que era obligado reconocer a la Constitución; reconocimiento del cual se deriva la responsabilidad de los jueces de controlar la validez de las leyes preconstitucionales, en virtud del último párrafo de la Disposición Derogatoria de la CE.

Se abre de esta manera un debate muy interesante en torno a la problemática frontera entre legalidad y constitucionalidad. Se intentó reducir el control constitucional a mera “legislación negativa”, según el sistema de control concentrado, el cual no prevé la posibilidad de recursos en amparo de derechos fundamentales. Sin embargo, estos últimos, puesto que se plantean como subsidiarios de la labor de la jurisdicción ordinaria, acabarían traduciéndose en la anulación de numerosas resoluciones judiciales. Se hace patente entonces que la jurisprudencia constitucional sí posee un carácter positivo y corrector que tiene como principal destinatario al Poder Judicial.

El capítulo noveno se ocupará a su vez de uno de los temas de fondo más interesantes de la teoría general del derecho: el de los límites a los derechos humanos, concretamente, los conflictos que pueden surgir con las llamadas “colisiones” entre ellos. Sirve para ello al autor un caso general muy ilustrativo al efecto: los conflictos entre Libertad Informativa e Intimidad Personal, de la mano de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Este capítulo titulado “La Ponderación Delimitadora de los Derechos Humanos: Libertad Informativa e Intimidad Personal”; fue redactado como contribución del autor a las sesiones de trabajo de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1998).

Para ello, Ollero parte del corolario que nos dejan los artículos 18 y 20 CE: “*no hay derechos ilimitados*” (p. 128). Desde el punto de vista anglosajón, se entiende que todo derecho es una *libertad limitada* (marcando así el tránsito del Estado de naturaleza al Estado civil). El derecho sería igual a libertad limitada, por lo que “pretender que los derechos fueran a su vez limitados parecería querer poner alabarda sobre alabarda” (p. 128). Los derechos se entenderían entonces en este ámbito, como límites a los poderes públicos (por lo que solamente dichos poderes públicos serían interlocutores válidos cuando de poner límites a las libertades se tratara). Así, se entiende entonces a las libertades individuales –siempre desde el punto de vista anglosajón– como todo aquello que ha quedado fuera del ámbito de actuación de los poderes públicos. Es por eso que en dicho ámbito, hablar de colisiones de derechos podría llevar a la perplejidad.

En el ámbito continental, sin embargo, dicha perplejidad encuentra su paralelo en las llamadas antinomias de los sistemas jurídicos. Libertades como la de expresión, son entendidas como paradigmáticas... ¿puede entonces el poder público imponerles límite alguno? La mencionada libertad de expresión, por ejemplo, ¿podría ser limitada por el poder público de manera legítima?, o, excluido cualquier límite previo, ¿se podría ver limitada por la privacidad, igualmente ilimitable? La libertad de expresión, atendiendo a la jurisprudencia constitucional española, es más que un derecho fundamental, pues es presupuesto del pluralismo político, que es a su vez un valor superior del ordenamiento. Sin embargo, la misma jurisprudencia constitucional nos sigue diciendo que no hay derechos ilimitados. El límite se encuentra, según el artículo 20.2 CE en los mismos derechos allí reconocidos, en los preceptos y leyes que los desarrollen, en el derecho al honor y a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. El artículo 1.1 CE también da pistas al respecto, estableciendo como valores superiores la igualdad y la libertad, con la justicia de por medio “como en un intento esforzado por evitar el previsible conflicto.” (p. 130).

Desde la perspectiva del artículo 1.1 CE entonces, hablamos de unas libertades que han de ser ejercidas reconociendo al otro como igual. No se trata entonces de derechos determinados que el poder público luego “recortará” al colisionar con otros derechos. En suma, no se trata propiamente de una “colisión”, sino de una teoría de la justicia que proyecta sobre cada libertad individual las exigencias de tratar al otro como igual... “Una teoría de la justicia que alimenta un continuo proceso de *positivación* jurídica que se verá reflejado en un paralelo esfuerzo de *delimitación* de derechos.” (p. 131). Dicha positivación se da de manera privilegiada en la jurisprudencia constitucional, que intenta ajustar la libertad y la igualdad delimitadora de unos derechos y otros. Ese ajustamiento es planteado no como una colisión, sino como una ponderación. He allí la clave para entender de manera meridiana la afirmación del autor sobre la inexistencia, en puridad, de las llamadas colisiones de derechos; las cuales serían únicamente posibles en un planteamiento normativista del derecho.

Cuando se afirma que la libertad de expresión no ampara un supuesto “derecho al insulto”, no se está imponiendo límite alguno, sino que se excluyen conductas que están fuera del ámbito del derecho que se pretende hacer valer. El derecho a expresarse libremente no ha retrocedido ni ha sido “recortado”. Antes bien, se deja claro que nunca estuvo más allá (p. 134). Igual resultado se daría si se tratara de una injustificada intromisión en la esfera privada de otro. Cosa semejante sucede con el derecho a la información al que le es aplicable en su ejercicio el “límite interno de veracidad” (p. 135).

Sin embargo, el problema de la delimitación de los derechos pretende ser evitado por una *positividad instantánea* que aseguraría desde el comienzo los límites de un derecho. Las ventajas de la propuesta no son discutidas por nuestro autor, quien a este respecto únicamente se pregunta si es posible su implementación en la práctica. La respuesta negativa a esta propuesta queda patente al considerar que ese proceso de positivación antes aludido no es una mera aplicación de normas (con el que erróneamente se suele identificar al derecho), sino que consta necesariamente de un cruce de principios que son inevitablemente valorativos; proceso que encuentra su término en la convenida “cosa juzgada”. El juicio ético, por tanto, siempre se encontrará presente en la positivación del derecho. Los aspectos normativos ciertamente contribuyen a hacer más previsible y ordenado dicho proceso, dotándolo también de líneas argumentales, e incluso facilitarán su posible revisión; pero están lejos de eliminar el juicio de valor (que es finalmente un juicio de tipo moral); cuya emisión, por otra parte, aparece muchas veces como la única manera de trazar una frontera entre lo meramente loable y lo exigible jurídicamente. Se constata así que la resistencia de algunos juristas a reconocer como derechos *proprio vigore* los derechos humanos es fruto de tomar una opción normativista simplificadora de la realidad, presentando al derecho únicamente como un sistema de normas que han de ser aplicadas mecánicamente, sin necesidad de juicio alguno.

Finalmente, por si no hubiera quedado clara la opción del autor, se propone una rehabilitación de la filosofía práctica, la cual asume al derecho como una “verdad por hacer”; construyendo así una teoría de la justicia que necesariamente ha de tomar en cuenta una serie de dimensiones antropológicas sin cuya participación el derecho no podría dar verdadera respuesta a los problemas que está llamado a solucionar. Concluye así nuestro autor este capítulo apuntando que una de las grandes virtudes del debate actual sobre los derechos humanos ha sido la de mantener despierta la preocupación filosófica por la dignidad del hombre, ofreciendo un campo jurídico operativo para su realización práctica.

El último capítulo de esta segunda parte se titula “Los Llamados Derechos “Morales” del Autor en los Debates Parlamentarios”, y aborda el interesante tema de los llamados “derechos morales”. Este trabajo es una ponencia con la que el catedrático de Filosofía del Derecho contribuyó al Curso sobre “Propiedad Intelectual: aspectos civiles y penales” organizado por el Consejo General del Poder Judicial en noviembre de 1995.

El análisis es realizado en el marco de los Derechos de Autor por dos motivos principales, a saber: el primero es la actividad parlamentaria que el autor desempeñó durante más de 17 años y que le llevó a ocuparse de la legislación sobre Derechos de Autor en España con motivo de los importantes y reiterados debates que produjo la actual legislación española en la materia. El segundo motivo es que quizá sea esta materia la ideal para explicar cómo es que operan estos derechos. Puesto que esta segunda parte del libro se ocupa de los derechos “en concreto”, como bien anunciaba su nombre (“Los Derechos Como Centro de la Realidad Jurídica”); el autor se sirve de un debate cada vez más actual para exponer sus ideas acerca del carácter de esos supuestos derechos “morales”, cuya calificación resulta por lo menos ambigua.

Pocas materias como la equívocamente llamada “propiedad intelectual” para constatar el tópico de la “aceleración histórica” que cada vez más frecuentemente afecta a las leyes y demás normativa positiva, escenificando de manera muy significativa las fluctuantes relaciones entre la realidad social y la dogmática jurídica. Como bien apunta el profesor Ollero, la discusión en este caso va más allá de la mera terminología. El debate de fondo versa sobre “aspiraciones personales que el derecho ha de reconocer (los derechos) y aspectos de la realidad social que debe regular lo que está en juego.” (pp. 145 y 146) Con la calificación del derecho de autor como derecho fundamental, no se trata de plantear el reconocimiento de nuevos horizontes, sino de evitar que se acabe desconociendo el reconocimiento que ya se le ha atribuido.

En la historia legislativa española respecto a la materia se ha producido una doble evolución. Por una parte, la propiedad ha ido perdiendo el destacadísimo reconocimiento que antes se le brindaba como tal para ceder, al menos en teoría, a otros derechos más estrechamente vinculados a la dignidad humana. Una buena muestra de ello es la polémica doctrinal sobre el entronque constitucional de los derechos de autor; pues de optarse por su vinculación con el artículo 20.1.b CE, nos encontraríamos ante un derecho fundamental con la protección que le correspondería por vía de amparo. El autor se decanta claramente por esta opción; pues como el propio debate prueba, se quería insistir en la hondura jurídica y el auténtico centro de gravedad del derecho de autor; de tal manera que los aspectos patrimoniales no se conviertan en criterio prioritario al momento de interpretar su sentido y diversas manifestaciones. Si, por el contrario, se entendiera que los derechos de autor no son más que un tipo especial de propiedad, quedarían enmarcados en el artículo 33 CE, quedando desprovistos de la protección procesal antes referida, además de serles aplicables el epígrafe 2 de dicho artículo, según el cual “la función social de estos derechos limitará su contenido”, cosa menos relevante al ser tales límites bastante parecidos a los que derivan de la protección del acceso a los bienes culturales.

La propiedad, entonces, se muestra como un derecho real incapaz de abarcar toda la realidad que implica el derecho de autor, especialmente cuando se trata de aquellos aspectos del mismo vinculados más estrechamente a la dimensión creativa del trabajo del agente; aspectos que por otra parte son irrenunciables e inalienables. Según el simple esquema de la propiedad real, al enajenar una obra de arte, por ejemplo, se esta-

rían también transmitiendo esos aspectos cuyo titular solamente puede ser el autor. De aquí surge la necesidad de superar la caracterización monista del derecho de autor para resaltar la existencia de una doble gama de bienes, todos ellos dignos de protección jurídica. Sin embargo, la superación por la vía del "dualismo" ha sido también insuficiente y ha contribuido más bien a aumentar el equívoco, siempre en favor de los "derechos patrimoniales".

Respecto a los "derechos morales", la expresión no deja de ser paradójica al usarse en un ambiente jurídico como el español. Formados en su mayoría en el positivismo, los juristas españoles no encuentran, en este tema, cómo casar la separación estricta entre derecho y moral y la existencia de unos supuestos "derechos morales". Éstos tendrían que ser, necesariamente, realidades prejurídicas o jurídicamente inmaduras (cfr. p. 154); a diferencia del mundo anglosajón, en el cual el calificativo "moral" no hace sino reforzar la relevancia jurídica de tales derechos. Quizá la influencia de la analítica anglosajona haya acabado facilitando la llegada de tan "exótico término" (p. 155). Sin embargo, no ha de olvidarse que lo que se pretende con la denominación es recordar que la creación artística lleva consigo, además de los intereses patrimoniales obvios; otro tipo de intereses de carácter inmaterial. El uso de la palabra "moral" para signarlos "puede responder quizá a la arraigada querencia a considerar poco compatibles lo moral y lo pecuniario..." (p. 155 y sgte.). La raíz más profunda de los "derechos morales" justificaría también que no dejen de "irradiar" consecuencias patrimoniales que podrían encontrar algunas veces adecuada instrumentalización en el ordenamiento rector de la propiedad; pero "no es lo mismo admitir la utilidad instrumental de estas categorías jurídicas que instrumentalizar determinados derechos reduciéndolos a su simple caricatura" (p. 156).

Ollero está convencido de que para regular adecuadamente esta variedad de derechos, hay que replantearse cuál es la efectiva base real que la creación artística ofrece, de tal manera que no fabriquemos una "realidad jurídica" artificial, que poco o nada tenga que ver con lo que ha de ser protegido. El derecho de autor sería entonces, según el replanteamiento propuesto por este iusfilósofo; un único derecho (con tal importancia que hasta se incluye como un derecho fundamental), el cual tiene diversos atributos, cuantificables monetariamente algunos, no cuantificables otros.

3.- Tercera Parte: El Protagonismo del Juez

La Tercera parte de esta obra aborda un problema de suma importancia para el derecho en general y para la Teoría del Derecho en particular; y es el del papel del Juez en ese proceso de positivación por medio del cual se determina el derecho, tal y como es entendido por el autor. Aunque los tres capítulos que componen esta sección tienen autonomía, creemos que su lectura es más provechosa si se les toma como unidad. El problema de fondo no es otro que el planteado por el ya bastante antiguo intento por librarnos de la discrecionalidad judicial. En suma, ¿cabe evitar la discrecionalidad del juez? ¿Se puede evitar la formulación de juicios éticos cuando se lleva a cabo una decisión judicial?

Desde el positivismo se nos dirá que la labor del juez consiste simplemente en reconocer jurídicamente lo que otros ya decidieron políticamente (p. 182), para obtener con la asepsia valorativa propia de la técnica, las consecuencias oportunas para el caso a resolver. Como es fácil deducir, la antes evidente conexión del derecho con la racionalidad práctica termina por evaporarse. Resulta bastante interesante la referencia del autor a "tres positivismos" (el de las escuelas "realistas", el de la dogmática jurídica posthistoricista y el del voluntarismo no-cognotivista), pues así el autor nos ofrece

un análisis mucho más detallado de aquella corriente (el positivismo); de tal manera que sus diversas vertientes quedan sucintamente expuestas, al igual que permite abordar el problema de fondo que el positivismo nos plantea en este caso, que es el dilema del juez: conocimiento o decisión. El mero encadenamiento lógico es incapaz de que la ley nos hable del derecho, pero el diálogo de ésta con la realidad jurídica sí que será capaz de convertir en palabra su letra (p. 186). Es de destacar la claridad en la crítica hecha fundamentalmente a Kelsen. En nuestra opinión, la obra de Ollero es, en buena medida, una respuesta clara a la propuesta positivista kelseniana, aún hoy, paradigmática.

El tema del papel judicial es expuesto de manera similar en el capítulo siguiente, cuya referencia a la obra de Arthur Kaufmann resulta muy pertinente para el efecto, sobre todo por lo que respecta a su aporte respecto a la analogía como instrumento interpretativo. Se deja claro que, también *iuxta* Kaufmann, la interpretación es compañera inseparable de toda aplicación de la norma, con una llamada necesaria a la prudencia, pues “lo unívoco no necesita interpretación, y lo equívoco no la admite” (p. 203).

Los dos primeros capítulos de esta sección pueden llevarnos a la conclusión de que el papel protagonista del juez es inevitable en la determinación del derecho. Su función no consistirá en aplicar mecánicamente una norma cuyo contenido es neto (salvo error u omisión del legislador), sino en contribuir a llevar a cabo el proceso de positivación del derecho que se inició con la norma. Pasaríamos de un juez que “aplica” el derecho a un juez que “interpreta” la norma para, fruto de esa interpretación, decantar su mejor “sentido” en el caso propuesto. Ello equivaldría, para el positivismo, a quedar a merced de una subjetividad todopoderosa. Sin embargo, ese temor es fruto del convencimiento positivista de que no hay más referencia a un derecho objetivo que la que nos da la norma misma. Si se rechaza la posibilidad de todo razonamiento práctico, entendiendo que el mensaje del legislador no es más que producto de una volición, es fácil sentirse “a merced” de la discreción judicial. Si por el contrario se entiende que el derecho pasa por un proceso de positivación en el que coinciden elementos de derecho natural y de derecho positivo, para concluir en un único derecho; esa discreción judicial no sería más que una fuerza colaboradora y necesaria para el buen fin de dicho proceso (p. 206). Ciertamente, el segundo capítulo de esta sección trata problemas bastante más particulares en la teoría del derecho de Arthur Kaufmann (interesantísima, por ejemplo, resulta la referencia a la “teoría de la verdad convergente”); pero es muy representativo de la teoría del derecho elaborada por el catedrático de la Universidad Rey Juan Carlos.

El tercer capítulo de esta parte se centra en un tipo especial de decisión judicial, la referida a la protección de los derechos humanos. La continuidad de la exigencia práctica de los derechos humanos, ha venido acompañada, paradójicamente, de un pensamiento que el autor califica de “débil” para brindarles apoyo ético objetivo, al punto de que intentar fundamentar los derechos humanos se ha convertido en una tarea, por lo menos políticamente incorrecta; pese a que nadie estaría de acuerdo en intentar vivir sin la vigencia práctica de tales derechos humanos (cfr. p. 240). Resulta ciertamente curioso que el panorama jurídico actual nos anime a renunciar a “ociosos debates” sobre el fundamento real de los derechos humanos, conminándonos más bien a que—dada la unanimidad acerca de la existencia de tales derechos— encontremos vías efectivas para garantizarlos. El mero consenso no parece ser el mejor camino para la tan anhelada protección real de los derechos humanos, pues en el negado caso de que en lo que a estos derechos respecta, el consenso fuera suficiente; ¿hasta cuándo podremos

seguir imaginando ordenamientos jurídicos que remiten a un consenso social homogéneo? (p. 241).

Junto a las consecuencias que para los derechos humanos ha traído el destierro de la ética objetiva en el ámbito filosófico; las consecuencias sufridas en el ámbito teórico jurídico (el de la Teoría del Derecho) no serán menos alarmantes; pues aquí los derechos humanos han de enfrentarse con el positivismo aún dominante. Los derechos (Kelsen *dixit*), sea cual fuera su calificativo, no tiene más asidero que el derecho “real”, esto es, la norma. En esta tesitura, no cabría imaginar, por ejemplo, a las constituciones como el depósito de exigencias éticas y valorativas. Una constitución es la primera y suprema ley, fruto de un acto de voluntad específico y temporal (el que le concede una pretendida “positividad instantánea” con la seguridad jurídica como valor a perseguir). El problema surge cuando nos damos cuenta de que la mayoría de constituciones que además adoptan el sistema kelseniano de control de constitucionalidad (el control concentrado); han optado por incluir un buen número de derechos considerados como inamovibles e incluso de aplicación inmediata, cosa que según Kelsen sería propia de los sistemas estáticos (más cercanos a la moral), y no de los dinámicos, cuyo paradigma es el derecho, esto es, la norma. En esta situación, los mecanismos de aplicación propios del positivismo normativista son ya inviables. El ordenamiento jurídico necesita dejar de ser considerado un mero entramado “sistemático” de normas para incluir elementos capaces de justificar el pluralismo interpretativo que surge de la “aplicación” de tan importantes derechos. La presuntamente lógica aplicación da paso así a una ponderación, indisimulablemente valorativa, a cargo del Juez; única manera de hacer coherente la referencia –también positiva– a un “contenido esencial” de los derechos fundamentales.

La protección jurídica efectiva de los derechos humanos, concluye Ollero, nos obliga a archivar todo intento de aplicar el derecho de manera aséptica y meramente técnica, por imposible. Todo texto constitucional (toda norma jurídica positiva, podríamos generalizar), alude implícitamente a una teoría de la justicia que invita a plasmar en la práctica (p. 250). El peligro de que el juez cruce la delgada línea que separa arbitrariedad de discrecionalidad puede ser evitado si la delicada operación de proteger efectivamente los derechos humanos es llevada con transparencia, abriéndola así al debate y la crítica; lejos del escondite que podría brindarle el perpetuo reenvío al procedimiento como única garantía.

El papel del juez en el proceso de postivación que ha de llevarse a cabo para determinar el derecho, es pues, para nuestro autor, esencial. La asepsia avalorativa ha demostrado ser un ideal imposible y hasta peligroso por aquello de imponer criterios sin debate alguno. La discreción judicial no solamente es inevitable, sino necesaria. La seguridad enarbolada por el positivismo como valor supremo olvida que el derecho es fruto de un ajustamiento de libertad e igualdad, imposible de conseguir sin la valoración prudencial del juez.

4.- Cuarta Parte: Repensar la Filosofía Jurídica

La cuarta parte del libro parecería estar dirigida únicamente al estudioso de la teoría jurídica. Pese a ello, esta sección contiene las bases de lo que podría llamarse “iusnaturalismo inclusivo”, rótulo que, pese a no ser del todo preciso, puede aproximarnos muy bien a la propuesta iusfilosófica del profesor Ollero. Ésto quiere decir que no se trata únicamente de propuestas que incumben al teórico del derecho, sino que interesan al jurista en general. Si algo se suele criticar a los filósofos del derecho es su apartamiento de una realidad que es más bien la fuente de su actividad. Bien sabido es que esa crítica, dirigida a Ollero resultaría injusta.

Así, al igual que ocurre con la tercera parte de este volumen, la cuarta sección está compuesta de tres capítulos con autonomía propia, pero creemos que su mejor intelección se da si se les mira como una unidad. El tema que une los tres capítulos es quizá “el tema” de la teoría jurídica: el añejo debate entre positivismo y iusnaturalismo, por cuya superación el autor apuesta.

La propuesta de fondo es única en los tres capítulos, como unitaria es la concepción del derecho en el autor; aunque creemos que está mejor expresada en el último capítulo: la superación de la polémica –que ha sido casi la única ocupación del gremio durante muchos años–, es posible mediante la rehabilitación de la filosofía práctica. Después de todo, el derecho *tiene razón*, o al menos debería tenerla. Esa razón es una razón práctica, que nos muestra al hombre como un ser cuya ontología nos revela su relacionalidad coexistencial. Ha de hilarse fino para no recaer en el iusnaturalismo racionalista, y para ello son muy útiles los aportes que nos han llevado hasta la constatación de la necesidad de la dimensión hermenéutica del derecho (que ayuda a entender su historicidad); concluyendo que lo justo y lo jurídico son la misma cosa. Lo justo se abre paso mediante la acción humana como una tarea a realizar (“lo justo” ha de determinarse); y dicha tarea se realiza por una razón práctica situada también históricamente (cfr. 337). No se distinguen entonces dos ámbitos jurídicos diferentes, sino uno sólo, cuyos elementos naturales, en tanto existentes, es deseable que también sean positivos.

Para mejor entender esta propuesta resulta interesante la lectura del capítulo decimocuarto, en donde quedarán expuestas con meridiana claridad las paradojas teóricas de la “rutina práctica” con que el profesor Ollero identifica el positivismo. Es de destacar la identificación (y hasta la enumeración) de los elementos que para nuestro autor caracterizan el positivismo. Bien sabido es que ello no resulta fácil si se tiene en cuenta que el positivismo agrupa una buena cantidad de variantes. Para el lector poco especializado (por ejemplo, el alumno de licenciatura), esta labor contribuye en mucho a contextualizar correctamente tan importante corriente.

El segundo capítulo de esta parte plantea las bases para la superación de la ya secular polémica entre iusnaturalismo y positivismo. La exposición de la postura claramente realista (en el sentido literal) de Javier Hervada, es realmente sustanciosa y amena. Las referencias que el autor hace al derecho positivo son el complemento ideal para “descender” a lo que el positivismo llamaría “derecho de verdad”. Y es allí en donde precisamente, el profesor Ollero sabe encontrar las falencias de la postura positivista y de la caracterización que éste hace del iusnaturalismo.

5.- Conclusión

Se trata de un volumen bastante sustancioso. Quizá la cantidad de temas parezca excesiva, pero en cambio es una buena muestra de la teoría jurídica de autor. Su propuesta iusfilosófica puede ser perfectamente entendida con la lectura de este libro, y resulta interesante no solamente para el investigador especializado, sino para cualquiera que se adentre en la filosofía jurídica de nuestros días.

Posee la para algunos insólita propuesta de invitar al gremio a superar polémicas poco productivas, pese a la cantidad de papel y estudios que se le han dedicado. Nos propone un derecho más jurídico y menos “técnico”, más “real” y menos temeroso de su propio objeto. Por otra parte, su rigor científico es impecable, aunque ello no es una novedad en el profesor Ollero. La recurrencia de temas (si se hace una lectura integral se nota siempre la conexión de todos los temas) es lógica si se entiende bien la concepción del derecho que nos propone el autor.

Para el estudioso del derecho, quizá lo más interesante pueda ser la cuarta parte, en especial el último capítulo, en donde se concentra de manera muy clara su propuesta. Sin embargo, creemos que la totalidad del volumen es de lectura imprescindible si se quiere conocer el trabajo del profesor Andrés Ollero Tassara.

JAIME B. TALLEDO DE LAMA

SÁNCHEZ-CARO, Javier y ABELLÁN, Fernando (Coordinadores), *Investigación Biomédica en España. Aspectos Bioéticos, Jurídicos y Científicos*, Editorial Comares. Granada 2007, XVIII + 309 pp.

El presente libro –cuyo contenido es un comentario realizado por autores de diversas especialidades científicas sobre las cuestiones más relevantes planteadas por la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica– está integrado por una Presentación y nueve artículos.

En la Presentación, los coordinadores de la obra señalan que la mencionada Ley constituye uno de los hitos más importantes del panorama legislativo español en materia de investigación. Asimismo, ponen de manifiesto, entre otras consideraciones, que el libro comentado comprende tres aspectos básicos contenidos en el articulado de dicha Ley: el científico, el bioético y el jurídico.

El primer artículo lleva por título *La libertad de creación y producción científica en la Ley de investigación biomédica: objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley*, y su autora es Yolanda Gómez Sánchez.

La autora se refiere en primer lugar al significado y contenido del derecho fundamental a la libertad de investigación el cual, aunque no está mencionado en el artículo 20.1.b) de la Constitución, no cabe duda de que forma parte del contenido esencial del derecho consagrado en este precepto. Teniendo esto presente, señala que hasta la Ley de investigación biomédica no existía en España una norma que contemplara globalmente los problemas derivados de la investigación en este específico campo.

Por otra parte, después estudiar los límites de la investigación científica, la autora critica la naturaleza de ley ordinaria de dicha Ley. A su juicio, dado que regula una parte del contenido esencial del derecho fundamental garantizado en el artículo 20.1.b) de la Constitución, esta normativa debería tener naturaleza de ley orgánica.

En segundo lugar, el artículo aborda el estudio de los siete principios rectores de la actuación en el campo de la investigación biomédica, contenidos en el artículo 2 de la Ley. Alguno de estos principios, como el de libertad de investigación y de producción científica en el ámbito de las ciencias biomédicas, tiene naturaleza de derecho fundamental. En relación con este artículo, la autora critica que no se incluyan en él la libertad individual y la igualdad como principios rectores de la Ley.

En tercer término, son objeto de estudio otros principios rectores, regulados en los artículos 4 a 12 de la Ley. Entre ellos, tienen una especial importancia el consentimiento informado y el derecho a la información.

La Ley exige que el consentimiento informado en la investigación biomédica sea expreso. Asimismo, regula la posibilidad de su revocación en cualquier momento, aunque establece algunas limitaciones a ésta. Además, aunque el consentimiento informado es un acto jurídico que requiere capacidad y discernimiento para ser válido, la