

OLLERO TASSARA, A. (2024). *ENTRE EL DERECHO Y LA VIDA PÚBLICA*. MADRID: ARANZADI. COLECCIÓN RAICES DEL DERECHO

María Rosa RIPOLLÉS SERRANO
Letrada de las Cortes Generales
<https://orcid.org/0000-000-7492-4992>

Esta obra es un libro de vida pero, como el propio autor nos dice, no será su último libro, no lo ha sido, de hecho, sino que en su mente ya se pergeñaba cuando lo escribió el próximo, «Saberse universitario», y otros, muestra evidente de vitalidad intelectual y de la acreditada capacidad de trabajo del autor.

Pues bien, el libro que comentamos está integrado por catorce capítulos y aborda, respectivamente, los años de formación del autor y sus vicisitudes personales, intelectuales, profesionales y públicas, desde aquellos profesores que fueron un hito en su vida como Kaufmann o Cotta, a su maestro académico Nicolás María López Calera; al *leitmotiv* de su formación y profesión académica, su especialidad jurídica y vital: los derechos humanos, el análisis desde la Filosofía del Derecho de la vida y la muerte, el iusnaturalismo, la relación entre Derecho y moral, la libertad religiosa y el laicismo positivo, la Constitución como eje jurídico y símbolo, en su caso, del paso desde la Universidad a la actividad política, o más precisamente parlamentaria, la Academia de Ciencias Morales y Políticas, la magistratura en el Tribunal Constitucional y el secretariado general del Instituto de España: una vida de por sí valiosa como testimonio de un jurista, profesor, parlamentario, académico, magistrado constitucional del último tercio del siglo xx y primero del XXI, a lo que se añade una condición que no se puede ignorar en nuestro autor, porque es esencia misma de su vida y sus vivencias: hablamos de un hombre cristiano, católico militante, lo cual en estos tiempos que corren podría hasta interpretarse como un intromisión casi ilegítima en su intimidad, pero no es el caso,

sino que se infiere del propio libro e ignorarla sería como hablar de Hegel sin mencionar la dialéctica.

En el primer capítulo el autor vuelve a los orígenes: a dos de las ciudades de su Andalucía natal, Sevilla y Granada, al admirado maestro López Calera, a su tesis, –Ortí y Lara 1826-1904–, por la que se intuye menor entusiasmo que por Merleau-Ponty y el nuevo humanismo tratado más extensamente; y, al referirse al mundo universitario traza una comparación que ilustra más que bien el ambiente de aquella (¿aquella?) Universidad, la estructura marcadamente gremial del profesorado universitario; nos habla de la estancia en Alemania, donde no solo se vincularía a la filosofía jurídica de aquel país, puntal entonces en la materia, sino también a catedráticos alemanes de esta disciplina, alguno hispanófilo y me consta que buen amigo. Circunstancia que luego se repetiría con ocasión de la estancia en Italia en *La Sapienza*, con Sergio Cotta y sus discípulos, especialmente D'Agostino.

Pero no espere el lector un libro de anécdotas, recuerdos y olvidos, parafraseando a un conocido autor y colega, pues ya el capítulo 2 más propiamente filosófico, se adentra de lleno en diferentes planteamientos actuales de la filosofía jurídica, lo que no empecé para que a la par que la exposición de la filosofía analítica, la hermenéutica existencial, la teoría crítica, o la funcionalidad del positivismo jurídico, nuestro autor deslice ideas muy propias como que «La crítica es la pieza clave de la racionalidad humana, solo lo irracional no admite crítica y se inmuniza contra ella recurriendo a instancias de autoridad» (Ollero, 2024, p. 44) al hablar del racionalismo crítico; o afirme que, «La pretendida neutralidad científica es más metafísica que la metafísica» (Ollero, 2024, p. 55) al hablar de la teoría crítica; o los tres requisitos que opone a los riesgos de la personalización de la tarea de «repensar» la ley, como propia de la función interpretativa del juez, en la amplia reflexión que efectúa al hablar largo y tendido del filósofo del derecho alemán Kaufmann, a saber:

la existencia de elementos éticos objetivos cuyo conocimiento resulte problemático, pero factible mediante un esfuerzo intersubjetivo, la eficacia de mecanismos procesales que puedan dar cauce a dicho esfuerzo, y la actuación como posible instancia rectificadora de hipotéticos errores y la nitidez de la llamada independencia objetiva

de ese gremio judicial, capaz de transmitir una apariencia de imparcialidad que consolide la credibilidad social de sus resoluciones. (Ollero, 2024, p. 72).

Sabe a poco la reflexión sobre Kelsen que titula llamativamente «un golpe de estado cotidiano», cuando al glosar la noción kelseniana del principio de legitimidad y su no aplicación en caso de revolución, con lo que –aduce–, la validez queda condicionada a la eficacia, «Una Constitución es eficaz cuando las normas establecidas conforme a ella son aplicadas y acatadas en términos generales», en expresión de Kelsen, de modo que «ante un golpe de Estado que pone en cuestión la validez de la primera norma positiva no cabe pronunciarse sobre la validez de las normas que en ella se apoyan sin esperar el desarrollo de los hechos»; y, por ende, «si la revolución no triunfara...no sería entendida como un proceso de producción de nuevo derecho, sino como un delito de alta traición» de modo que «el principio de legitimidad está limitado por el principio de efectividad».

Tales consideraciones llevan a nuestro autor a afirmar que Kelsen convierte tales fenómenos en una modalidad más de la dinámica jurídica cotidiana, lo que le lleva a concluir, a falta de matices, que se acaba entronizando más que una teoría pura del derecho, una teoría pura de la fuerza. (Ollero, 2024, p. 110).

En el capítulo 3, una circunstancia como es la materia de un ejercicio de oposición lleva al autor a abordar la compleja cuestión de los derechos humanos, que inicia con la inquietante pregunta de: ¿cuál es el difícil fundamento de los derechos? Y responde mediante un soliloquio que sistematiza posibles respuestas que van pasando de un derecho natural prepositivo, «campo minado concienzudamente por la crítica positivista al iusnaturalismo» (Ollero, 2024, p.125); o los «derechos morales» en la acepción anglosajona de «valores concernientes a la convivencia social que cuentan con efectivo arraigo» (Hart); o la fundamentación hobbesiana «tener un derecho es contar con libertad de movimientos en todo aquello que el soberano ha tenido a bien no prohibirnos» (Ollero, 2024, p. 127); o, ante la dificultad de hallar el fundamento, el irracionalismo ético: Bobbio, «los valores no se fundamentan, se asumen»; y, sostiene Ollero, que con la Declaración universal de derechos de 1948, hemos pasado «de la objetividad metafísica a la intersubjetividad del consenso» (Ollero,

2024, p.128), patente, afirma, en la concepción de los derechos humanos como ideología propia del socialismo democrático, citando en nuestro panorama a Elías Díaz, sobre quien el autor escribirá no ha mucho una sentida semblanza al colega, con ocasión de su reciente fallecimiento. Concluye Ollero con una referencia crítica a la idea de un planteamiento funcional de los derechos humanos que, apoyada en referencias a Luhmann, transforma los derechos humanos «traducidos funcionalmente en derechos fundamentales».

Desde tales reflexiones el autor da un paso cualitativo cuando entra de lleno en los derechos humanos: la vida, especialmente de los más vulnerables, en el origen y en las postrimerías, en su desarrollo y en su final, patente en sus trabajos académicos universitarios «Se va consolidando felizmente una cultura de los derechos que nos urge a sentirnos solidarios superando fronteras estatales. Habrá que ir acompañando de una cultura del deber, sin la que los derechos pueden quedar en declamatorio» (Ollero, 2024, p.144).

Y es desde su preocupación por el derecho a la vida, desde donde el autor inicia su capítulo 4, titulado «Entre la vida y la muerte» que comienza, como parte de su tarea representativa, refiriendo el carácter de eje de convivencia del código penal, como «mínimos indispensables» para una convivencia humana, y el cambio de paradigma de lo percibido como normal en relación al acortamiento voluntario de la vida; para ocuparse después de la posición del TC en la STC 44/2023, sobre «derecho» al aborto, de clara resonancia americana, –afirma–, con abandono de los precedentes propios (STC 53/1985, de fundamento despenalizador y la STC 120/1990, cuyo fundamento distinguía la actuación lícita por no prohibida, de la actuación como derecho, que exige una intervención jurídica para proteger obligadamente una determinada conducta.

No es de extrañar que nuestro autor comience la reflexión constitucional del capítulo 5 volviendo a sus clásicos, y, así, lo inicia diciendo que la «Constitución acabaría ocupando, para muchos, el lugar del derecho natural» (Ollero, 2024, p.155); tanto en los planes docentes, cuanto filosóficamente, lo que le lleva a traer a colación una ponencia de 1979 en el Congreso mundial de filosofía del Derecho en Basilea, donde afirmaba, con tesis que encuentro muy sugerente, que la reforma del título preliminar del CC de 1974 y la CE de

1978, tienen una extraordinaria repercusión en la concepción filosófica del ordenamiento jurídico español, al incidir de modo directo en el sistema de fuentes y en «la superación práctica del legalismo», y servirán de apoyo a una jurisprudencia de principios, sustentada en el propio art.1 de la Constitución, o el 9.2 o 53.3.

De ahí Ollero pasa a la interesante reflexión sobre el alcance del valor normativo de los valores, «El derecho –afirma– es, ante todo, un juicio de valor. Una actividad humana que inevitablemente se refiere a valores (más o menos superiores) a cuya luz ajustar relaciones» (Ollero, 2024, p.171). Mas adelante y con citas de su discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (RACMyP) volverá sobre la cuestión, desde la crítica al positivismo legalista.

En el capítulo 6, el autor vuelve a sus clásicos desde una epatante afirmación: «quizá por mi poca afición al martirio, hace ya tiempo que di por bueno que *solo es derecho el derecho positivo*», si bien a continuación precisa:

Valores, principios y normas acabarán con frecuencia combinados, y no sólo por pura falta de precisión terminológica. Esta aparente heterogeneidad expresa en realidad un peculiar sistema, no compuesto sólo de normas (como exige el normativismo), nítidamente puestas (como exigiría el positivismo), tras un transparente procedimiento legislativo (como exigiría el legalismo). Nos hallamos –sigue la larga cita– ante un sistema bien distinto en el que unos valores –que operarán siempre como principios motores del ordenamiento, lleguen o no a conformarse como normas– animarán ese proceso de positivación de una concepción de la justicia en el que –mediante un continuo esfuerzo de fundamentación– toda actividad jurídica consiste. (Ollero, 2024, p. 202)

Precisamente, porque sólo es derecho el derecho positivo, resulta ineludible –para todo jurista empeñado en garantizar y proteger las exigencias humanas básicas– la preocupación por evitar que el proceso de positivación de lo jurídico las margine hasta hacerlo degenerar contra natura, degradando inevitablemente la convivencia social. (pág208).

Que «el derecho tiene razón», precisa jugando con el título de otro de sus libros, no significa que el Estado de Derecho, equivalga al derecho del Estado, es preciso «que no se convierta en mero ins-

trumento de la razón de Estado; solo será algo distinto si se funda en la naturaleza humana, sin perjuicio de que...necesite verse positivado a través de las instituciones del Estado» (Ollero, 2024, p. 228).

Ya en el capítulo 7, con el llamativo título de Derecho y moral, sigue el orden de consideraciones iniciado en el previo, y reflexiona sobre su planteamiento a este respecto en los últimos treinta años, planteamiento que, afirma, ciertamente ha evolucionado.

El autor recapitula sobre los elementos de deslinde derecho-moral, citando en primer lugar la distinción entre el carácter social o individual de uno y otra, por más que haya implicaciones de ambos elementos; o la distinción entre conciencia individual que atañe a la moral y conducta exteriorizada que atañe al derecho; pero se pregunta: ¿es que no hay conductas jurídicas vinculadas a la conciencia?, tales como ¿la noción de dolo, o buena fe?, o acaso ¿la «moral» no forma parte como requisito de determinadas normas como la costumbre?, o más modernamente –añado– ¿en todas las corrientes de derecho penal restaurativo, no juega la «moral» un papel relevante más que lo estrictamente jurídico, entendiendo por tal la norma puesta, más allá, pues, del puro positivismo?

En la modernidad, argumenta el autor, hay tres postulados que inciden en el dilema moral-derecho; la secularización, la razón de Estado, y el individualismo:

lo moral, orienta el esfuerzo del hombre por encontrar el sentido de su existencia, El derecho, como dimensión de la conducta del hombre, aspira a lograr un ámbito de convivencia social, armonizando sus pretensiones individuales con las de los demás...un mínimo ético. Solo lo que afecta a esa convivencia social tiene relevancia.

Por ello si en su reflexión actual sobre moral y derecho, apostilla el autor:

Me enfrento a mi mayor discrepancia respecto a lo que hace decenios deje escrito. El derecho es deudor de un punto de partida ético de fundamento antropológico y no de una opción moral. (Ollero, 2024, p. 249)

Dicho lo cual, no estaría de más considerar que también en este caso, nos situamos ante un dualismo más nominal que real por-

que en los modernos Estados la noción de «Estado de Derecho» salva el aparente dilema.

Así, desde la estricta reflexión filosófica nuestro autor pasa, en expresión castiza, «de las musas al teatro», tránsito no fácil como nos relatará en el capítulo 8 que titula «Del ámbito académico a la actividad política», pero no quiera ver el lector aquí unas meras reflexiones políticas, sino que, igualmente, en esta parte de la obra, como en el resto, se inserta también la reflexión de un filósofo del derecho que, por otra parte, nunca aparcó en sus diecisiete años de parlamentario su labor docente e investigadora –nueve libros y más de cuarenta y cinco colaboraciones, no es parca cosecha para un parlamentario activo–, actividad parlamentaria que llevaría a cabo, como no podría ser de otro modo, en materias y comisiones como Universidades, Educación, Cultura y Justicia.

Y como propia de la reflexión filosófica de un académico sobre el Parlamento el autor nos trae a colación asuntos ya tratados en una ponencia en Méjico sobre la materia: la representación, opinión pública y responsabilidades políticas, las transformaciones del parlamento, dirá, y coincido en ello, a las que no son ajenas el papel de los partidos políticos en la actualidad y los MCS; las listas cerradas y bloqueadas, el transfuguismo, la desaparición de figuras como el cronista parlamentario; y así hasta alcanzar a un clásico, y espinoso, asunto como es la razón de Estado, y su correlato de materias reservadas, secretos oficiales, canon de visibilidad de los políticos, etc. (Ollero, 2024, p. 277 y ss.) páginas que constituyen, según creo, algunas de las más ricas aportaciones del libro; siquiera sea porque no todos los días un filósofo y jurista y transitoriamente político, se presta a profundas y documentadas disquisiciones sobre el político, el Estado, el poder, el derecho, disquisiciones que, además, responden a una vivencia de todo ello.

Allí nos encontramos con sugestivas ideas que remata con una afirmación de futuro, que los tiempos están viniendo a constatar: «En el delicado juego de mecanismos institucionales de una democracia, si algunos resortes decisivos se oxidan, resulta muy difícil que el deterioro no acabe repercutiendo en toda la maquinaria». (Ollero, 2024, p.293).

En el siguiente capítulo –el 9– recupera el espíritu universitario y retoma un asunto que ya ha sido planteado en otros capítulos: valores, principios, normas, que, en este estado del libro, sirven como, reflexión para un estudio de casos en materia de igualdad y, de ahí, a reflexionar sobre la tolerancia, asunto que inicia refiriendo como el discurso sobre la tolerancia se ha ido apoyando históricamente en cuatro dilemas: ilustración y autoridad, progreso y tradición, crítica y dogmas, y secularización y confesionalidad; y, como epítome, subjetivismo, relativismo cultural y hasta nihilismo en el peor de los casos; por el contrario, el autor asienta la tolerancia sobre requisitos recogidos por Garzón Valdés: competencia adecuada (que la conducta sea considerada mala y rechazable), tendencia a prohibir el acto (que quien tolera esté en condiciones de prohibir el acto) y ponderación de los argumentos (que se renuncie a prohibir tras ponderar otros valores concurrentes más relevantes); de lo que infiere que «si nada es verdad ni mentira no tendría sentido alguno hablar de tolerancia».

No dejara de lado el autor abordar, tras la tolerancia, la idea de libertad como verdad, con cita de Kaufmann, «la verdad es el *telos* de la tolerancia, así como la libertad es condición», libertad tan ajena a dogmatismos excluyentes cuanto a relativismos nihilistas y, citando a Jesús Ballesteros, «el núcleo duro de los derechos humanos», inviolables e irrenunciables, «se erigirán en frontera de lo intolerable». (Ollero, 2024, p. 343).

Como colofón de las muy interesantes reflexiones sobre la tolerancia y la democracia, dirá Ollero «Ser tolerante es ser capaz de ver en el otro siempre a una persona, portadora de intangible dignidad, sea cual sea el juicio que sus opiniones o sus conductas nos merezcan», en coincidencia con Innerness, al que cita, «tolerancia no significa que todas las opiniones sean igualmente respetables, o sea que no las haya mejores o peores, magníficas y peregrinas; lo que merece respeto es el que la sostiene, porque las personas son mejores que las opiniones». (Innerness, 1995, El País)

En el capítulo 10 el autor retoma otro de sus temas más elaborados: libertad religiosa, laicidad del Estado y laicismo. Análisis que se inicia como reflexión a partir del artículo 16 del texto constitucional, esto es *de lege data*, más que *de lege ferenda*, y, después

de hacer un *resoconto sumario* de las nociones de laicismo en la academia española, se adentra en la exégesis de la STC 46/2001 y el concepto de laicidad positiva, definida por S. Catalá como la propia de un Estado que debe colaborar con las confesiones religiosas, esto es «se exige a los poderes públicos una actitud positiva desde una perspectiva que pudiéramos llamar asistencial o prestacional» (cita de la referida STC, p. 369), cuyo fundamento puede estar en la valoración del hecho religioso por parte del Estado como positivo, en cuanto contribuye al desarrollo integral de la persona; o como factor social que forma parte del bien común; y que en la STC 34/2011, partía de dilucidar dos aspectos en tanto en cuanto «la dimensión objetiva de la libertad religiosa comporta una doble exigencia, a que se refiere el art.16.3 CE: primero, la de neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado; segundo, el mantenimiento de las relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas confesiones» (STC citada FJ 3).

Nuestro autor se muestra en toda su fortaleza al abordar la cuestión de derecho, moral y consenso, epílogo del capítulo 10, y es que, como como nos dice, «no hay ordenamiento jurídico alguno que no responda a un modelo moral determinado».

En estas el libro da un salto para contarnos el retorno de la política a la vida civil y el ingreso en la RACMyP. Derecho y razón practica ocuparan parte sustancial de este capítulo que se abre con una afirmación tan rotunda como otras que se han citado, a las que el autor a estas alturas de la obra nos tiene acostumbrados: «En la Modernidad se intenta sustituir el protagonismo de la justicia, como punto de referencia de lo jurídico, por el de seguridad». (Ollero, 2024, p. 406)

Pero, en paralelo, retorna un clásico: al derecho como mero instrumento de la voluntad estatal –sostiene Ollero– se opondrá en la democracia constitucional el sometimiento de los poderes públicos a la ley y al Derecho, abriéndose paso el juego de los principios como reconocimiento de una razón práctica que paradójicamente implica una recuperación del clásico derecho natural. El capítulo finaliza trasladando las reflexiones filosóficas a asuntos de la vida social, como la objeción de conciencia y la desobediencia civil, con estilo de impronta más periodística que académica.

Y así llegamos al capítulo 12, titulado con el nombre de la villa de vacaciones del canciller Adenauer, –Villa La Colina– como símbolo de la narración de una etapa centrada en la universidad y con amplia proyección internacional especialmente en Polonia, Rumania y Ucrania, incluida la investidura como doctor *honoris causa* en la Universidad Alba Iulia en 2010, discurso que registra los elementos más relevantes de su pensamiento: rechazo del relativismo, búsqueda de valores para evitar el poder absoluto del Estado, respeto a los derechos humanos, en el sentido con que J. Rawls conceptúa el «nuevo derecho de gentes» como «condición necesaria de la legitimidad del régimen y de la decencia de su ordenamiento jurídico». (Ollero, 2024, p. 426).

En 2012, un nuevo episodio vital: la magistratura en el Tribunal Constitucional, que se narra en el capítulo 13, penúltimo capítulo, referente a su etapa como magistrado del Tribunal Constitucional que se inicia con un clásico en la teoría jurídica: la frontera entre legalidad-constitucionalidad, y, constata el autor, desde su experiencia como magistrado, parte de que el TC efectúa un enorme esfuerzo de autocontención en sus relaciones con el Legislativo «alejando la tentación, dirá, de convertirse en evaluador de la mayor o menor constitucionalidad de posibles legítimas alternativas de desarrollo legal» (Ollero, 2024, P. 436 y 437); con aún «menos directa tarea de contraste relativa a las intervenciones del Poder Ejecutivo», con excepciones, habría que añadir como la jurisprudencia del TC sobre el estado excepcional durante la COVID, en la que nuestro autor formuló un interesante voto particular favorable a la competencia del Gobierno; y donde pudiera haber mayor fricción «se dará a la hora de que el Tribunal ejerza el control de constitucionalidad sobre la tarea del Poder Judicial», si bien en este supuesto,

también se ha producido ese «esfuerzo de autocontención», de modo que en los casos de vulneración del derecho fundamental sustentado en el art. 24 CE, cuando la causa proviene del acceso al recurso, el TC se limita a constatar que la resolución judicial «siempre susceptible de crítica» no puede considerarse manifiestamente irrazonable, vetando aquellas que incurren en error factico o resolución abiertamente arbitraria; mientras que en la modalidad de vulneración por afectar al acceso a la jurisdicción, el juego del principio *pro actione* obligará

a calibrar la proporcionalidad del fallo ponderando el interés jurídico sacrificado.

Como paradigma de esta autocontención cita la reforma de la LOTC operada por la LO 6/2007 que incorporó un «nuevo recurso de amparo», en expresión de Manuel Aragón, para la objetivación del recurso de amparo «descartando su arraigada conversión subjetiva en tercera instancia procesal». (Ollero, 2024, p. 440).

Objetivismo jurídico, dirá el autor, «la filosofía de la justicia no es sino filosofía del derecho, sin perjuicio de que pueda tener el efecto colateral de orientar a alguien en su empeño de comportarse más virtuosamente». (Ollero, 2024, p. 448)

Y, como en momentos anteriores, ejemplifica su posicionamiento con una STC –la 11/2016– de la que fue ponente. Metodología que aplicara en las páginas siguientes trayendo a colación diversas sentencias del Constitucional, algunas ya recogidas en otros capítulos del libro, sobre el *nasciturus*, el *habeas data*, la igualdad de género, las sentencias interpretativas, que ejemplifica con el caso de la STC sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, a vueltas con la modificación legal del recurso de amparo «remedio del viejo recurso en interés de ley, en este caso en interés de la Constitución» (Ollero, 2024, p.471), laicidad positiva, globalización versus tradición y, en fin, libertad ideológica mutada en derecho a la intimidad, con clara influencia de la jurisprudencia de Estrasburgo, para finalizar con el papel y su papel en los llamados votos particulares (69 presentados, de los que 33 sería sobre sentencias consideradas como «conservadoras» y 36 sobre otras tantas consideradas «progresistas») y la afirmación última al dejar el cargo de magistrado: «me voy tranquilo en lo que a independencia se refiere, pero la escarapela no hay quien me la quite».

Y cierra el libro en el último capítulo, el 14, como un epílogo tras una vida entre el Derecho y la vida pública, su papel como secretario general del Instituto de España por elección de los presidentes de las diez Reales Academias, un espacio para investigar, estudiar, que nuestro autor ha aprovechado con numerosas publicaciones y reuniones académicas.

La obra, tan interesante como testimonio intelectual y público, cuanto densa y de lectura necesariamente sosegada, bien podría

haberse subtitulado «Ser un filósofo del derecho y estar en la vida pública», matiz semántico que, a diferencia de otras lenguas, nos permite la riqueza del español y encuadra el libro que Andrés Ollero nos presenta como testimonio de un filósofo del derecho, publicista, parlamentario, magistrado, prolífico autor y como académico, miembro de Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y Secretario General del Instituto de España, ya «inmortal», como se califican los cuarenta miembros de la Academia francesa y casi casi, como diría Ihering, «en el cielo de los conceptos jurídicos».