

PRESENTACIÓN

Es un honor para mí hacer la presentación del primer libro publicado en México de uno de los profesores más destacados en el área de filosofía del derecho de lengua castellana, y uno de los más importantes catedráticos de dicha área en la universidad española, me refiero a Andrés Ollero Tassara. Hacerlo constituye además un placer, no sólo por la amistad que nos une de hace ya algún tiempo, sino también por lo gratificante que suele ser para el espíritu leer temas tratados con gran profundidad y amplitud de conocimientos, características ambas tan ausentes en buena parte de libros y artículos publicados en uno y otro lado del Atlántico.

El libro que ofrece hoy el profesor Andrés Ollero se compone de cuatro partes, divididas en dieciséis capítulos específicos. Cada una de éstas trata lo que podríamos llamar los “tópicos más importantes” en el concierto de la filosofía jurídica, igual en el mundo continental europeo que en el ámbito anglosajón. No voy a explicitar el vasto y rico contenido de cada uno de los capítulos que componen el trabajo, no es el objeto de unas palabras de presentación; intentaré, en cambio, hacer una reseña muy general de esos “tópicos” filosófico-jurídicos que, si he interpretado bien, constituyen los argumentos centrales del libro del profesor Ollero. Aunque, evidentemente, una mala interpretación de su obra es sólo responsabilidad de quien escribe estas líneas.

Pienso que uno de los argumentos base desde donde ha de comprenderse la visión de la filosofía jurídica asumida por el profesor Ollero es, sin duda, la de un fuerte cuestionamiento del positivismo jurídico, y consecuentemente, la puesta en evidencia de su más profunda crisis. Para algunos, el derrumbe de la metodología positivista se puede ubicar perfectamente a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial,¹ para otros, el

¹ Baste recordar la posición crítica que Dworkin asumiría contra el positivismo jurídico a partir de la década de los sesenta, a través, entre otros, de su clásico libro *Taking rights seriously*, Massachussets, Harvard University Press, 1978, *passim*. Sobre este argumento, y dentro de la bibliografía mexicana más reciente, Serna, P., *Filosofía del dere-*

desplome de dicho modelo pudo incluso producirse mucho antes de esta fecha.² De cualquier forma, lo que hoy es una verdad innegable es que el positivismo jurídico se encuentra en declive, no solamente a nivel teórico e ideológico, sino también como propuesta metodológica (para emplear la trilogía de Bobbio). Esta idea que se presenta como novedosa, y en un cierto sentido lo es en culturas tan normativistas y formalistas como la mexicana, ha sido una de las propuestas mejor argumentadas del profesor Ollero desde hace mucho tiempo. Por eso creo que no se comete ningún error si se señala que es precisamente a partir de este argumento central desde donde uno puede comenzar a asomarse a la filosofía del derecho del profesor Andrés Ollero. Y es precisamente esta tesis la base desde donde aborda igualmente el análisis de otras disciplinas prácticas.

Ahora bien, ¿dónde se fundamenta dicha crítica? En Ollero la respuesta a la anterior pregunta es relativamente fácil de contestar, a saber, en su profunda y clara visión realista del derecho, o, por mejor decir, en la concepción iusnaturalista que tiene del mismo. El profesor Ollero, como jurista que es, se da cuenta que el derecho, al menos en el que nos hemos formado y que por desgracia sigue enseñándose en nuestras facultades, no puede seguir estando exclusivamente fundado en la ley, y mucho menos puede seguir siendo ésta sólo el producto de una voluntad, por más soberana que sea. Este último argumento resulta especialmente significativo si consideramos que quien lo formula ha sido durante más de diecisiete años parlamentario del Congreso español de los Diputados tras la transición democrática. Se esperaría que su posición fuera la de defensa a ultranza del legalismo, pero Andrés es más científico que político. En suma, para el profesor Ollero, la racionalidad del derecho pasa por asumir una visión mucho más amplia de la pura imposición estatal de las normas. Pasa por hacer suya la *practicidad* del derecho vivo, del derecho en acción. Para esto, siempre ha creído que el saber jurídico encierra inevitablemente una labor interpretativa, es decir, la necesaria tarea hermenéutica de aquello que se designe bajo la expresión *derecho*, y en el positivismo legalista, de la ley. En este punto el profesor Ollero está convencido de

cho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas, México, Porrúa, 2006, pp. 13-59.

² Así, por ejemplo, para Recasens Siches el positivismo jurídico, como teoría dominante, fue sólo un acontecimiento efímero, pronto superado. Es 1880 la fecha en que comienza su decadencia, consumándose ésta en el primer decenio del siglo XX. *Cfr.* Recasens Siches, L., *Introducción al estudio del derecho*, 8a. ed., México, Porrúa, 1990, p. 277.

que sin una tarea hermenéutica o de interpretación, el derecho o la ley se quedarían como algo inconcluso, inacabado, como ingenuamente había pensado el positivismo jurídico con todo y sus modelos de interpretación. Por eso Andrés Ollero no concibe el saber jurídico sin una tarea hermenéutica, indispensable para una comprensión cabal del mismo.

En este contexto, quien sin duda juega un papel relevante en la interpretación del derecho es el juez, no porque se considere que los otros miembros de los poderes respectivos, los juristas de a pie, o doctrinarios, estén impedidos para llevar a efecto una labor hermenéutica; todo lo contrario, la interpretación se exige tanto en la creación de las normas como en el análisis de cualquier expediente, pero es el juez quien realiza la auténtica función jurídica, pues es, nada menos y nada más, quien dice lo que el derecho es, en definitiva, quien determina lo justo de cada quien en el caso concreto a partir de unas exigencias objetivas de justicia. Es claro que desde estas coordenadas debemos considerar como algo superado la imagen tan reduccionista que se tuvo del juez, dibujado por Montesquieu bajo la expresión según la cual éste no era otra cosa sino sólo “*la bouche de la loi*”. El juez desempeña ahora un papel fundamental al determinar lo justo, y tal determinación no se podría lograr sin una ineludible tarea de interpretación que necesariamente lo coimplica, tal y como ha señalado A. Kaufmann.

Esta caricatura del juzgador y de su labor mecanicista de interpretación que el mismo Bobbio habría de reprochar, se derrumbó ante la realidad presentada por el derecho vivo, el derecho de los tribunales, el cual evidenció que la pura *aplicación* mecanicista de la ley al caso concreto era una ficción. El juez no sólo subsume los hechos a la ley previamente establecida; esto es algo que sólo podía ser presumido desde posiciones ingenuas. En realidad, el juez se ve forzado a llevar a efecto una labor hermenéutica a lo largo de todo el proceso judicial, lo mismo en la valoración de los hechos, que en la elección de la norma que ha de aplicar, concluyendo dicha tarea en la propia sentencia judicial. ¿Desde dónde lleva a efecto dicha labor? Sin duda de criterios jurídicos, aunque no necesariamente legales, podríamos decir *pre-legales*, los cuales necesitan ser positivizados o determinados por el propio juez.

Admitido el razonamiento anterior, habrá entonces que aceptar, como el mismo profesor Ollero siempre ha propuesto, que a más de que dicha explicación cuestiona fuertemente el modelo de interpretación heredado por el positivismo jurídico, abre la puerta a la posibilidad de considerar si acaso es posible contar con elementos igualmente jurídicos que orien-

ten dicha labor hermenéutica, los cuales tengan la capacidad suficiente de controlar tanto la arbitrariedad estatal expresada en disposiciones injustas, como la pura voluntariedad del juzgador establecida en sentencias arbitrarias.

Lo anterior nos coloca de lleno en otro “tópico” estudiado a profundidad por Andrés Ollero —es lo que se considera el corazón del debate filosófico-jurídico—, nada menos que en la discusión de las posibles relaciones entre el derecho y la moral. En torno a esta relación se desarrolla lo que probablemente sea el bastión más fuertemente defendido por el positivismo jurídico en su disputa con el derecho natural.

Enraizada en la tradición positivista de Bentham y Austin, la línea divisoria entre el derecho (por supuesto, el positivo) y la moral se encuentra perfectamente delineada, estableciéndose en forma categórica la separación entre el derecho que *es*, por un lado, y el derecho que *debe ser*, por el otro. Así, para un positivista, la validez jurídica de una norma no implica su validez moral, o a la inversa: la validez moral de una norma no implica su validez jurídica. En la misma tradición positivista, pero ahora contemporánea y analítica (Hart y Raz), se explicaría tal argumento admitiendo que entre ambos ordenamientos existen, sin duda, diversidad de conexiones que suelen presentarse de diversas formas, como por ejemplo las de carácter político, histórico o lingüístico; sin embargo, es una exigencia positivista que ni conceptual ni lógicamente puede haber vinculación necesaria entre ambos ordenamientos. Y si acaso la hubiera, ésta sería sólo de carácter contingente, pero nunca imperiosa.

El anterior argumento resulta falaz si lo confrontamos nuevamente con la realidad que presenta el derecho vivo. En éste, los protagonistas del derecho, es decir, los jueces, al llevar a cabo una necesaria labor hermenéutica, echan mano de elementos que no se presentan como meras exhortaciones morales, sino que siendo jurídicos en el sentido más estricto de la expresión, como la justicia y la equidad, orientan su labor y a la vez limitan su subjetividad, ayudándoles a resolver el problema planteado. Estos elementos, que en el debate contemporáneo suelen presentarse bajo el rubro de “principios jurídicos”, han ocupado desde siempre un lugar preponderante en la decisión judicial, y de hecho hoy nadie negaría, en su sano juicio, que los mismos son empleados en el razonamiento judicial. De modo que buscar la respuesta justa al caso concreto (tarea central de los jueces), acudiendo para ello a estándares convencionales y jurídicos, siendo éstos

racionales, nos evidencia realmente la articulación necesaria entre exigencias éticas y jurídicas.

En esta necesaria vinculación mucho ha tenido que ver el tema de los derechos humanos, asunto al que igualmente el profesor Andrés Ollero ha dedicado gran parte de su producción intelectual, tomando distancia de la consideración que el positivismo jurídico tiene de éstos. Para los autores positivistas estos derechos no son derecho en sentido estricto, porque no puede haber ningún tipo de derecho ni antes ni fuera del Estado. Los derechos humanos sólo pueden alcanzar su real juridicidad cuando una norma de derecho positivo estatal así lo establece, proveyendo además los medios para hacerlo efectivo; tales medios vienen constituidos generalmente por el conjunto de garantías procesales que resguardan su efectivo cumplimiento, y la eventual imposición de sanciones ante la violación de los derechos.

En rigor, la visión que los positivistas tienen de los derechos humanos es muy reducida, como casi toda su visión sobre el derecho. Si aceptamos sin miramientos que los derechos humanos son sólo expresión de la voluntad estatal, entonces tenemos la patente para convertir en jurídico casi cualquier cosa, esto es, lo que a la voluntad del gobernante en turno se le ocurra que sea derecho, eso será, independientemente de que se puedan afectar bienes tan básicos para la convivencia humana como la vida, la libertad, la igualdad, etcétera. En este punto la historia nos proporciona la mejor muestra de que lo dicho no es un sin sentido.

El problema central es que el positivismo jurídico se encuentra imposibilitado para admitir, desde sus postulados epistemológicos, ideas imprescindibles para la justificación de los derechos humanos como, por ejemplo, la dignidad de la persona humana. En consecuencia, un positivista auténtico rehuiría al dilema que plantea ofrecer una respuesta al problema del fundamento de los derechos humanos, simplemente porque para ellos no existe ningún fundamento que no venga determinado por lo que la norma objetiva de derecho positivo establezca, o, en el mejor de los casos, por lo que proponga alguna forma de transubjetividad, sea dialógica, consensual o procedimental. Pero los derechos del hombre evidencian que al ser humano, a todo ser de la especie *homo sapiens*, le son inherentes una serie de bienes que no pueden ser producto de la concesión estatal, y que tampoco pueden ser transgredidos por el poder político, porque violentarlos acarrearía graves injusticias. La realidad vuelve a im-

ponerse, pues ésta nos demuestra que tales bienes existen previamente al derecho positivo, que son anteriores a cualquier regulación estatal, y que su violación haría de tal un régimen antidemocrático y tiránico. Estos bienes son los derechos humanos, corolario directo e inmediato de la dignidad de la persona humana.

La propia dignidad de la persona y los derechos que la componen supone el ejercicio de éstos en un estado democrático. Esto parece que hoy no admite disputa alguna; lo que sí pareciera objeto de una consideración más profunda es preguntarse por el tipo de democracia que se requiere para que la dignidad humana pudiese expresarse en toda su plenitud. Sin duda, este es otro “tópico” desarrollado amplia y rigurosamente por el profesor Ollero. Hasta ahora, sólo un modelo democrático es el que con mayor fuerza se ha privilegiado, el procedimental o formal, llamado así por estar basado exclusivamente en las reglas formales o procedimentales del juego democrático, principalmente, aunque no en forma exclusiva, en el principio de mayoría, sin ninguna referencia a criterio material alguno, y menos si éste se presenta como objetivo. En esto, Kelsen es especialmente claro, para él “no existe un bien común objetivamente determinable”.³ De modo que en la democracia experimentada, hasta hace relativamente poco tiempo, importaban más los medios, esto es, las reglas del juego democrático, que cualquier contenido que la sustentase, o conjunto de fines que con ella se pretendiera alcanzar.

Sin embargo, como el propio profesor Ollero ha propuesto, el modelo anterior ha sucumbido igualmente ante la fuerza de la realidad. Si no hay un criterio jurídico objetivo que oriente la participación política de los ciudadanos en la consecución del bien común, ¿cómo se podría justificar la cohesión de tal comunidad política y los fines comunes que justifican su propia existencia?, ¿cómo se justificaría la obligación de respetar la dignidad de las personas y los derechos que le son inherentes si es que éstos son tomados en serio? Por eso el profesor Andrés Ollero ha propuesto siempre hablar de una *legitimidad democrática*, que no sólo se base en el respeto de las reglas democráticas puramente procedimentales, sino que además esté “abierta a la búsqueda de valores objetivos y consistentes, y una capacitación personal para su propuesta, argumentada y respe-

³ Kelsen, H., “Foundations of Democracy”, *Ethics*, LXVI, 1995. Existe una traducción al castellano de J. Ruiz Manero, “Los fundamentos de la democracia”, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1998, p. 209.

tuosa con otras discrepantes”.⁴ En definitiva, es la apuesta por contenidos jurídicos objetivos para la democracia, ya no sólo formales o meramente “morales”. Éste es el sentido indicado por la propia Constitución Española, por ejemplo, en el artículo 1o., que en su primer párrafo establece que: “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. O el artículo 10 del mismo texto fundamental, que también en su primer párrafo establece que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Negar que los valores anunciados en estos artículos, y en otros más (artículo 53, por ejemplo), sean jurídicos, es negar igualmente el carácter jurídico de la Constitución, postulado que sería la más absurda de las retóricas.

Como se puede ver, el derecho para el profesor Andrés Ollero no plantea la falsa disyuntiva de elección entre el derecho natural y el derecho positivo. Asumir uno u otro es en el fondo casarse con un fantasma, simplemente porque como el mismo profesor Ollero ha señalado: “no existe un derecho natural puro con el que haya de quedarse, ni tampoco un derecho positivo puro”. Lo jurídico consistiría en un continuo proceso de positivación de exigencias objetivas de justicia que reclaman dicha positivación jurídica, la cual se da a través de un proceso hermenéutico por el que se llega a determinar lo justo del caso concreto, con las características, peculiaridades y circunstancias históricas de tal problema. No es así resignarse con lo “puesto” y suspirar por lo “deseable”, sino, como lo señala Ollero, “disponerse a conocer una verdad práctica inevitablemente «por hacerse»”.⁵ Desde aquí, entonces, resulta justificada su afirmación de que “sólo es derecho el derecho positivo”; sentencia que resulta muy polémica, incluso para los iusnaturalistas.

En fin, lo hasta aquí expuesto no ha tenido otra intención que destacar algunos, sólo algunos, de los muchos “tópicos” tratados por el profesor Ollero a lo largo de su prolífica vida académica, y que encuentran una explicación más profunda y detallada en el libro que el lector tiene en sus manos. Como se puede comprobar a través de una rápida lectura por

⁴ *Infra*, p. 7.

⁵ *Infra*, p. 307.

el índice, se han dejado en el tintero muchos temas más, pero se ha hecho deliberadamente para que el lector atento y riguroso se acerque a la lectura del libro sin prejuicios ideológicos, con la certeza firme de que en el trabajo encontrará un verdadero compromiso con la búsqueda de la verdad, hecho con firmeza, y, sobre todo, con mucha inteligencia.

Javier SALDAÑA
Ciudad Universitaria, noviembre de 2006