

Andrés Ollero

¿QUÉ ES
EL DERECHO?



SENDEROS



Biblioteca de Conceptos
Fundamentales

13

Director:

Juan Arana



REAL ACADEMIA
DE CIENCIAS MORALES
Y POLÍTICAS

© Andrés Ollero
© Editorial Senderos (2025)

ISBN: 978-84-126871-7-0
DL: SE-1.457-2.025

PRODUCCIÓN EDITORIAL: Los Papeles del Sitio
DISEÑO DE CUBIERTA: Laura Anaya

EDITORIAL SENDEROS
C/ Poeta Manuel Benítez Carrasco – Bloque 6 – Local 7
41013-Sevilla (ESPAÑA)

[Reservados todos los derechos. El contenido de esta obra está protegido por la Ley, que establece penas de prisión y/o multas, además de las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios, para quienes reprodujeren, plagiaran, distribuyeren o comunicaren públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la preceptiva autorización]

ÍNDICE

PRÓLOGO, Juan Arana	II
CAPÍTULO 1: NO HAY DERECHO	17
CAPÍTULO 2: ¿SÓLO ES DERECHO EL DERECHO POSITIVO?	21
CAPÍTULO 3: UN POSITIVISTA CLÁSICO: NORBERTO BOBBIO	25
CAPÍTULO 4: ESTADO DE DERECHO O DERECHO DEL ESTADO	29
CAPÍTULO 5: ¿CABE TODAVÍA SER IUSNATURALISTA?	33
CAPÍTULO 6: UN IUSNATURALISMO DESNATURALIZADO	43
CAPÍTULO 7: LA JUSTICIA JURÍDICA	47
CAPÍTULO 8: LA JUSTICIA ENTRE LOS VALORES SUPERIORES	51
CAPÍTULO 9: DERECHO Y MORAL CON LA EUTANASIA AL FONDO	55
CAPÍTULO 10: ¿QUÉ FUE DE AQUELLO DEL DERECHO DE FAMILIA?	65
CAPÍTULO 11: <i>IN CLARIS NON FIT INTEPRETATIO?</i>	69
CAPÍTULO 12: IMPARCIALIDAD JUDICIAL Y RIESGO DE POLITI- ZACIÓN	75
CAPÍTULO 13: EL PAPEL DE LA CONSTITUCIÓN	89
CAPÍTULO 14: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	93
CAPÍTULO 15: EL INEFABLE DIÁLOGO DE TRIBUNALES	97

CAPÍTULO 16: NORMAS Y PRINCIPIOS	103
CAPÍTULO 17: EL DERECHO Y LOS DERECHOS	107
CAPÍTULO 18: LAS PECULIARIDADES DEL ÁMBITO PENAL	115
CAPÍTULO 19: DEMOCRACIA Y PARTITOCRACIA	119
CAPÍTULO 20: ¿PARA QUÉ SIRVEN LOS PARTIDOS?	123
CAPÍTULO 21: ¿QUÉ ES UN PARLAMENTARIO?	129
CAPÍTULO 22: ¿ELECTORADO CAUTIVO?	133
CAPÍTULO 23: REFORMA CONSTITUCIONAL Y CONSENSO	137
CAPÍTULO 24: RELATIVISMO Y BÚSQUEDA DEL CENTRO	143
CAPÍTULO 25: CORRUPCIÓN Y RESPONSABILIDADES POLÍTICAS	147
EPÍLOGO: LA ENSEÑANZA DEL DERECHO	153
PARA LEER MÁS	159

PRÓLOGO

ESTE libro ha sido pensado y escrito para los que no son expertos en derecho, pero quieren iniciarse en el conocimiento de la materia, así como de las funciones que cumple en la vida social. Me atañe la honrosa tarea de presentarlo sin ser yo mismo un profesional del ramo. Mi única acreditación para hacerlo es la buena amistad que me une al autor desde que empezamos a tratarnos en las sesiones de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid. Cuando ingresé en esta institución mi ignorancia de las ciencias jurídicas y de los entresijos de la vida pública era casi perfecta. La escucha de lo que allí se decía consiguió entreabrir mis entendederas, pero más para ablandar los oídos que para desatar la pluma. El magisterio de Andrés Ollero y otros ilustres juristas me han reconciliado con una tradición ancestral que yo había roto: soy hijo y nieto de notarios, bisnieto de un catedrático de filosofía del derecho y tataranieta de un magistrado de la Audiencia de Barcelona. No me había cuestionado por qué sin pensarlo demasiado me aparté de una tradición tan asentada. Pero en el libro de Ollero he encontrado la respuesta: nunca sospeché que pudiera ser algo con tan altísimo valor. Él es un jurista de pies a cabeza y además ha practicado el derecho desde todos los ángulos: en primer lugar como teórico, esto es, como investigador y profesor universitario; en segundo lugar, como legislador, gracias a su destacada carrera política, y en tercer lugar como juez, nada menos que en calidad de magistrado del Tribunal Constitucional durante una etapa crucial para propiciar la mayoría de edad de la Constitución que auspicia

nuestra convivencia. Así pues, es alguien que ha estudiado a fondo el significado de las leyes, luego ha estado ocupado en crearlas y finalmente ha contribuido a aclarar el modo más conveniente de interpretarlas.

Lo que el libro propone al lector se aleja bastante de una introducción al uso que explique de la «A» a la «Z» los entresijos del concepto, como aperitivo para un recorrido sistemático de las materias que lo desarrollan. Más bien invita a iniciar un viaje apasionante que lleva en muy pocos pasos al núcleo mismo de su problemática y funcionalidad. Los puntos fuertes y débiles de las principales interpretaciones, las zonas de encuentro y disensión entre los más destacados autores clásicos y contemporáneos, los triunfos y fracasos de los planteamientos puestos en práctica con mayor asiduidad, los problemas que se han conseguido resolver y los que amenazan con convertirse en aporías insolubles... Ollero brinda a los no iniciados la oportunidad de subir a un tren que está en plena marcha y consigue evitar que los árboles impidan ver el bosque. El lector descubre la enorme complejidad de las cuestiones abordadas y comprende la razón de que sea así: hay que iluminar y en la medida de lo posible resolver las dificultades que plantea la vida social, evitando que derive hacia la violencia y el abuso. Intenta trocar la ley del más fuerte o del más artero, por un *modus vivendi* razonable y —si no idílico— por lo menos soportable. Lo más sorprendente es que la navegación por este océano proceloso no concluye en el naufragio que podría parecer inevitable, porque, en lugar de aclarar uno por uno todos los tecnicismos que salen al paso, el autor los obvia atendiendo a la lógica subyacente: la teoría del derecho se ha convertido sin remedio en un cuerpo de doctrina complejo y sofisticado, por lo diversa y enrevesada que es la casuística que aborda y por la imposibilidad de encontrar para ella soluciones mágicas que a todos convenzan y que nadie objete. El filósofo y

el político pueden permitirse jugar con el maximalismo de las soluciones tajantes (aunque a la postre sean recetas que aboquen al fracaso tanto de uno como de otro). Pero el jurista no está en condiciones de dejar para un futuro incierto la solución definitiva de las cuestiones que acomete. Sus leyes, dictámenes y sentencias deben ser aplicados *hic et nunc* y por tanto no admiten dilaciones ni escapismos. En esto su trabajo se parece en algo al del médico: los remedios perfectos y definitivos casi nunca están al alcance de la mano, y por ello hay que optar siempre por el mayor beneficio *posible* y el menor daño *efectivo*. El hombre de leyes tiene que ser por fuerza *pragmático* y *posibilista*, lo cual tampoco implica que haya de recurrir a la precipitada improvisación típica del hombre de acción: el estudio concienzudo de los presupuestos teóricos, la ponderación escrupulosa de las evidencias disponibles y la adopción de decisiones previsoras y bien meditadas son sus principales armas, pero siempre que tenga los pies bien asentados en el suelo de la realidad y evite caer en la tentación del utopismo.

Andrés Ollero tiene una aptitud poco común para aunar la visión global de lo que la aplicación del derecho exige con la intuición concreta y certera de lo que en cada caso está en condiciones de otorgar. Además posee un talento sobresaliente para comunicarlo al lego sin pérdida de seriedad y rigor. El estilo riguroso y a la vez desenfadado, la capacidad para poner ejemplos extremos (aunque exactos), el humor irónico —pero nunca amargo— dosificado con maestría, el talento para encontrar expresiones sonoras (y a menudo sorprendentes) que resumen e iluminan con muy pocas sílabas lo que sólo una larga exposición ha conseguido esbozar, la sabia contención para no alargar las explicaciones más allá de lo necesario y conveniente... todo ello da como resultado una prosa accesible, con frecuencia casi festiva, siempre fácil de seguir, aunque nada superficial, sino preñada de cargas

de profundidad que premian a quien sea capaz de ir más allá de lo que una lectura despreocupada da de sí.

La contraposición entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico ha polarizado la evolución de esta disciplina por lo menos en los dos últimos siglos. Parece mentira que una cuestión a primera vista de tan alto vuelo teórico haya tenido y tenga tantas repercusiones en la práctica diaria de los que hacen las leyes y también de los que las aplican, y todo ello desde la primera instancia hasta la suprema casación. Ollero se mueve como pez en el agua dentro de la torre de Babel que ha generado esta bipolaridad. A pesar de mi nula preparación para hacer de árbitro en este contencioso, diré que me parece fascinante su capacidad de diseccionar todas sus capas y recovecos, al igual que la originalidad con que defiende un iusnaturalismo muy *sui generis*. En realidad, más que su adscripción, lo que resulta desacostumbrada es la tesis de que «los juristas se dividen en dos grupos: los que son conscientemente iusnaturalistas y los que lo son inconscientemente». Lo que más llama la atención en ese contencioso de los teóricos del derecho es la relación entre el derecho mismo y la ética/moral (obviando en la medida de lo posible las grescas terminológicas). Para el gremio filosófico la cuestión que late en el fondo es la pregunta de si cabe o no fundamentar el «deber ser» en el «ser». Es un asunto que dio lugar a la debatidísima controversia sobre la llamada «*falacia naturalista*», la cual perpetraría un tránsito indebido entre ambos ámbitos. Lo cierto es que, al situarse el positivista inequívocamente en el terreno de *lo que es*, las dificultades con que tropieza para fundamentar la normatividad jurídica son insuperables, a no ser que cometa inconscientemente el modo de proceder que pretende evitar o prohibir. Si nos atenemos a un formalismo estricto, condenar excesos tan intolerables como los del nacionalsocialismo o validar derechos

tan inalienables como los que la dignidad humana postula se convierten en misiones imposibles.

No entro en el desarrollo de estas cuestiones, de las que el libro proporciona cumplida cuenta, al tiempo que despliega toda una cartografía de la esfera del deber-ser, con vistas a establecer los ámbitos que corresponden a sus dos principales inquilinos, el derecho y la moral. La solución de hacer girar el derecho en torno a la noción de *mínimo ético* y la moral alrededor de la de *máximo ético*, es expuesta con particular brillantez. Sirve para deshacer toda una pléyade de confusiones y malentendidos que han malogrado el trabajo de tantos teóricos y llevado a incontables desvaríos de jueces y legisladores. Para quien sea consciente de la importancia del asunto, el librito que preludian estas líneas se convierte en un apasionante alegato que se lee con la misma fascinación que una obra maestra de intriga. Como efecto colateral, en lo que a mí respecta ha servido para acabar de cuestionar la noción de «ética de mínimos» que con tanto entusiasmo esgrimen algunos filósofos morales. No estoy seguro de que Ollero apruebe formularlo así, pero en todo caso es la moraleja que extraigo de su propuesta: no hay más ética de mínimos que la del derecho; en cuanto a la moral, o de un modo u otro aspira a convertirse en una ética de máximos, o simplemente no merece siquiera la pena plantearse.

JUAN ARANA

CAPÍTULO I:
NO HAY DERECHO

¿QUÉ es el derecho? Menuda preguntita. Nada más complicado que dar respuesta a lo que se considera obvio. No es fácil encontrar a alguien que no haya afirmado alguna vez ¡no hay derecho! Para ello no habrá necesitado dar paso a profundas reflexiones sobre qué pueda ser el derecho ni precisar que tiene derecho a algo.

Si se hubiera matriculado en una facultad que expida dicho grado académico, es posible que —al menos, de entrada y dadas las asignaturas previstas— consideraría que todo consiste en familiarizarse pacientemente con unos volúmenes o repertorios rebosantes de normas jurídicas, que sería aconsejable memorizar. Algo así como convertirse en una biblioteca ambulante de textos legales o, incluso —si su tonelaje lo merece— de códigos.

De ahí que los aspirantes a plazas, más o menos cotizadas, de la función pública, se enclaustran durante largas temporadas para estar en condiciones de superar el concurso oposición que permite acceder a ellas. Aunque el sufrido opositor no llegase a conseguirlo, más de un bufete dará por hecho que, tras tan intenso entrenamiento, será sin duda un buen candidato, porque sabrá no poco derecho.

Quizá mi condición de profesor de filosofía del derecho, pero también mi no poca experiencia de elaborar leyes en el parlamento —durante más de diecisiete años— y de poner sentencias en el Tribunal Constitucional —durante más de nueve— me llevará a entender que el derecho es, ante todo, una actividad humana, que ayuda a colaborar en la garan-

tía de una convivencia social ordenada, gracias al manejo de unos textos y a un saber convertirlos en fuentes de solución de problemas y conflictos, que puedan ponerla en peligro.

Lo de no hay derecho, no implica convencimiento alguno de que tal asunto no exista, sino más bien un conocimiento instintivo de qué es lo que me correspondería en determinadas situaciones como consecuencia de tanto trajín. No es extraño pues que la actividad jurídica, de uno u otro modo, haya sido tan antigua como la presencia de nuestra especie sobre la tierra: pleitos tengas y los ganas...

Puesto a brindar pistas, me parece que el derecho tiene bastante que ver con actividades de tan rancio abolengo como el arte o, incluso, el lenguaje. No en vano los romanos, famosos por su acierto al definir las más variadas realidades, identificaban a la actividad jurídica como el *ars boni et aequi*: el arte de colaborar a implantar lo bueno y lo equitativo.

La referencia a lo bueno nos sugiere ya que algo tiene que ver el derecho con la ética, como modo razonable de comportamiento. De ahí la conveniencia de que nos ocupemos en estas páginas de la relación del derecho con otros tipos de comportamiento, destinados —como la moral— al logro de objetivos más ambiciosos que la mera garantía de un razonable convivir. Por su parte, la referencia a lo equitativo nos pone ya de manifiesto la presencia de la igualdad, como uno de los ingredientes indispensables para dar paso a dicha convivencia.

En cuanto al lenguaje, no en vano lo de no hay derecho es un modo de hablar. La actividad jurídica es una tarea comunicativa que nos permite entendernos. De mi maestro alemán, Arthur Kaufmann, aprendí que el derecho no puede ser deducido lógicamente, a golpe de silogismos; innecesarios para llegar a la conclusión —ante una concreta