

UN MANUAL DE TEORÍA DEL DERECHO (EN TEORÍA)

Marta ALBERT MÁRQUEZ
Universidad Rey Juan Carlos (España)

Ollero Tassara, Andrés, *El Derecho en Teoría. Perplejidades jurídicas para crédulos*, Thompson Aranzadi, Madrid, 2007, 262 páginas.

Decía Kant que la máxima “tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica” ocasionaba gran daño cuando se aplicaba al mundo jurídico¹. Lo que Andrés Ollero dice del *derecho en teoría* no sólo es, desde mi punto de vista, correcto, sino que, además, sirve, y mucho, para la práctica jurídica. La reivindicación de la actividad del jurista como filosofía práctica no hace sino dejar constancia de la fidelidad del autor al maridaje, no por desmentido menos perseverante, de la teoría y la práctica del derecho, de la que acaso constituya óptima prueba la continua presencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en las páginas de esta teoría jurídica.

Por mi parte, lo que yo digo en teoría (que se trata de un manual de la asignatura), es muy probable que se quede corto en la práctica, con el permiso de Kant, porque, de hecho, el manual se convierte en depositario de toda una filosofía del derecho, y no precisamente en una de sus versiones más fáciles.

Empecemos por el principio. La filosofía del derecho de Andrés Ollero es auténtica filosofía. Algo de esto nos sugiere ya el mismo subtítulo de la obra *Perplejidades jurídicas para crédulos*. Como “guía de perplejos” concebía Maimónides la filosofía². Es necesario reconocerse algo confuso para ponerse en el camino del conocimiento filosófico, por tanto, sólo para hacer filosofía se necesitan perplejidades.

No debe extrañarnos que fuera Von Wright quien pusiera interrogaciones a la concepción de la filosofía como “guía de perplejos”³. Para el positivismo son mucho más valiosas las respuestas que las preguntas: cuanto más “exhaustivas” mejor, da igual si nos proporcionan conocimiento acerca de algo que, francamente, nos importa bastante poco, y callan, en cambio, sobre lo esencial. La receta es

1. “Esa máxima —que ha llegado a ser bien común en nuestros días, tan abundantes en dichos como parcos en hechos— ocasiona el mayor daño cuando afecta al ámbito moral (al deber de la virtud o del derecho), pues se trata ahí del canon de la razón (en lo práctico), donde el valor de la práctica depende por completo de su conformidad con la teoría subyacente”, Kant, I., *En torno al tópico: “Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica”*, trad. de M. Francisco Pérez López y R. Rodríguez Aramayo, en *Teoría y Práctica*, Tecnos, Madrid, 2006, 4ª ed.

2. Maimónides, *Guía de Perplejos*, Gonzalo Maeso, D. (ed), Trotta, Madrid, 1998, 2ª ed.

3. Von Wright, G. H., “La filosofía, ¿una guía para perplejos?”, en *Doxa*, 21, 1998.

simple: deje usted de pensar en ello, la comezón intelectual pasará⁴... (¡Cualquiera, dicho sea de paso, anima a los alumnos con estos mimbres!). Afortunadamente, este *Derecho en Teoría* apunta al conocimiento de lo que realmente importa, y, por eso, carece de pretensiones científicas. Ni falta que le hacen.

Y es que el objeto fundamental de esta teoría del derecho es el propio ser de lo jurídico. Se trata de una filosofía que busca la verdad del derecho y, por tanto, plantea abiertamente la cuestión ontológica, esa misma que la ciencia jurídica sustrae a todo esfuerzo de reflexión colectiva, pero que en ningún caso elude. Como bien se muestra, toda ciencia jurídica es deudora de una peculiar ontología jurídica. Pongamos, pues, las cartas sobre la mesa, no sólo por honestidad intelectual, sino también por un principio de responsabilidad hacia los discentes.

En la respuesta de Ollero a la pregunta ¿qué es derecho? nos topamos con un aparente triunfo del positivismo: “sólo es derecho el derecho positivo”. “Todos de acuerdo” añade el autor, (no sé si con ánimo conciliador o con cierta guasa) y, a continuación, desvela con meridiana claridad el carácter pírrico de ese triunfo, al esclarecer qué ha de entenderse por positividad del derecho. A mi juicio, hay dos ideas centrales en esta obra, íntimamente vinculadas entre sí: la concepción de la positividad como un proceso en el que operan valores y la idea, antes citada, de la actividad del jurista como filosofía práctica.

La idea de la positividad instantánea, una de tantas simplezas de la teoría del derecho positivista, no puede soslayar la realidad de los complejos procesos de creación de lo jurídico: “*poner* el derecho exige ir siempre más allá de lo que el *texto* de la ley propone, porque éste sólo resulta inteligible dentro de un *contexto* de sentido que en buena parte lo trasciende; enlaza, en efecto, con claves valorativas, que no parece nada sensato disimular u ocultar” (p. 56).

La positividad es un proceso en el que inevitablemente entran en juego valores. Sencillamente, porque la actividad jurídica es un juicio (en el más genuino sentido de la palabra) que exige una ponderación axiológica.

El derecho ajusta las relaciones sociales para hacer posible la convivencia, y esto exige una continua preferencia y postergación de valores. Claro que el papel de los valores en la conformación de lo jurídico es un poco más sutil de lo que la caricatura positivista sugiere (francamente, algunos iusnaturalistas se lo han puesto fácil). El autor lo explica en clave hermenéutica. Las exigencias iusnaturalistas, afirma Ollero, gravitan sobre el proceso de creación del derecho “denunciando, ante todo, desajustes concretos” (p. 56). La teoría fenomenológica de la funcionalización del valor viene a decir precisamente esto: que los valores guían nuestro obrar práctico de forma inconsciente, y que se vuelven conscientes cuando arremetemos contra ese margen axiológicamente trazado: entonces se nos muestran protestando por lo malo, más que mostrando lo bueno. Pero tras de

4. “La demanda de conocimiento es autocontradictoria: se quiere saber algo que damos por cierto que no puede saberse. Cuando nos damos cuenta de que hemos estado llorando por la luna, queriendo algo que es imposible tener, cesamos de anhelarlo y nuestra mente descansa”.

esa denuncia late “una comprensión *positiva* de lo bueno y un ideal positivo de nuestra vida individual y universal humana”⁵. En el ámbito de lo jurídico, podríamos decir que tras esas exigencias “iusnaturalistas” que nos interpelan siempre en negativo, opera una concepción positiva de lo justo en su dimensión objetiva, que ha estado latiendo en todo el proceso de creación del derecho, aunque sólo se muestre explícitamente cuando ese proceso transgrede los límites puestos por nuestra experiencia de lo justo.

Esa concepción positiva se cifra en las ideas de justicia y de bien común. El autor sitúa esta última en el ámbito de la convivencia societaria (quiere decirse, desligada de la idea de la comunidad). No escamotea, por tanto, los problemas a los que deberá enfrentarse su determinación en las sociedades multiculturales. Personalmente, me cabe la duda de la operatividad del concepto de bien común fuera del marco comunitario, ¿cómo encontrar un bien que trascienda la suma de los bienes individuales allí donde no hay sino individuos aislados?

La postura frente al problema de la ley injusta termina de aclarar el asunto. Se expone (como no podía ser de otra manera) al hilo del análisis del juicio de los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín en 1972: reconocimiento de la juridicidad de la norma y rapapolvo con advertencia: las sociedades que se olvidan de sus responsabilidades morales suelen terminar convirtiéndose en cómplices involuntarias de injusticias de toda especie. “Afirmar que la ley injusta no es derecho suena a desafío jurídico cuando puede en realidad acabar encubriendo una dimisión moral” (p. 227).

Esta concepción del derecho, que es denominada “iusnaturalismo inclusivo” (recordemos: sólo es derecho el derecho positivo) profesa un realismo digno de una novela de Stendhal: una teoría del derecho debe ser como un espejo que se pasea por la realidad jurídica⁶. Claro que para eso es necesario pensar que el derecho tiene alguna entidad, distinta del contenido de la voluntad del poderoso de turno. El positivismo jurídico vendría a ser poco más que un espejo de feria, de esos que devuelven una imagen distorsionada de quien se mira en ellos. Uno de los aspectos más positivos, a mi juicio, de esta teoría del derecho es que critica al positivismo en su propio lenguaje (quizá así alguno se dé por enterado...). El positivismo jurídico no es éticamente indeseable. Es *científicamente* inviable (pp. 46 y 219).

Sobre estas bases se despliega toda una filosofía del derecho que aborda los clásicos de la disciplina: ni que decir tiene, la relación entre el derecho y la moral, que, como vemos, forma parte en realidad de la propuesta ontológica de Ollero; la conexión entre el derecho y el poder o la economía; los conceptos de norma, derecho subjetivo, derechos humanos, etc. A estos asuntos se suman otros a los

5. Scheler, M. F., *Probleme der Religion*, en *Gesammelte Werke*, V, Francke Verlag, Bern / Bouvier Verlag, Bonn, ed. M. Frings, 1954, p. 198.

6. Es famoso el prólogo de STENDHAL, a su *Rojo y Negro*, donde podemos leer: “Una novela es un espejo que se pasea por un ancho camino”. Puede verse la edición castellana de Espasa Calpe, *Novelas y Relatos*, Madrid, 2002.

que el autor tiene especial querencia: laicidad, laicismo, imposible “neutralidad ética” del Estado; democracia, verdad, tolerancia... Todos se tratan, por cierto, con generosas dosis de incorrección política (así, la condena del funcionario que dispara al fugitivo en la frontera berlinesa le parece al autor “una chapuza jurídica de dudosa moralidad” (p. 244) y bajo sugerentes epígrafes (por ejemplo, “¿Puede el derecho actuar sin recurrir de hecho a elementos morales?”, “No tenemos derecho a todo lo no prohibido”).

Poco a poco, el rey se va quedando en cueros. Caen por su propio peso los grandes mitos de la ciencia jurídica decimonónica: la plenitud del ordenamiento, la irretroactividad de las normas y, cómo no, la teoría de las fuentes. Al cabo, el *common law* y el sistema continental no son dos paradigmas completamente extraños (¿será que el derecho es lo que es, por más que los teóricos nos empeñemos en complicar el asunto?). De paso, se recuerdan al acaso sorprendido lector cosas como que con el nacimiento del Estado moderno “no arranca la historia de la Humanidad” (p. 221), y es que más de uno en nuestra disciplina lo ha olvidado o no ha terminado de enterarse...

Este desmantelamiento progresivo de la impostura positivista sería muy complicado sin el otro pilar de esta teoría del derecho: la concepción de la actividad del jurista como filosofía práctica. “La actividad jurídica misma consiste en el arte de saber hacer prudentemente justicia” (p. 263).

Sorprende lo poco acostumbrados que estamos a reflexionar sobre los perjudiciales efectos de la concepción positivista del oficio de juristas. Aún no sé cómo ningún alumno (que a mí me conste) nos ha acusado de fraude: cinco años y un dinero en matrículas para que le enseñen a uno a comportarse como una máquina digna del cielo de conceptos jurídicos de Ihering...

Séanme permitidas unas palabras más sobre los estudiantes, al cabo, los destinatarios principales de esta obra. Realmente no es un libro fácil, o al menos no lo es para las víctimas de la catastrófica política educativa española, a los que sólo alguna furtiva aparición de Sabina (sí, Joaquín) devuelve el aliento. Es un libro que obliga a pensar, pues no es posible entenderlo “sin mejorar nuestras entendederas”, como advierte el autor evocando al machadiano Mairena (p. 17). Desengañémonos, eso de “pensar” provoca ataques de pánico en un sistema que parece diseñado para conseguir que los estudiantes dejen a sus entendederas en paz sepulcral. El autor ha querido evitar la publicación de una “papilla divulgativa” (p. 15). Lo ha conseguido hasta el punto de que digerir este plato de filosofía jurídica prácticamente exige el sistema de evaluación continua, pues la digestión lleva, al menos, el semestre completo y eso, con el acompañamiento e impulso constante del profesor.

El esfuerzo de adaptación al nuevo Espacio Europeo de Educación Superior puede convertirse en una magnífica ocasión para mejorar la formación de nuestros alumnos, y este manual constituye una valiosa herramienta para conseguirlo. Es sabido que el nuevo sistema propugna una filosofía de la tarea docente para la que la dimensión práctica del aprendizaje es esencial. Se trata de que enseñemos a hacer... Desde las coordenadas de esta teoría del derecho, la filosofía jurídica

no ha de temer quedarse fuera de juego en este nuevo escenario. Si la actividad del jurista es filosofía práctica, quiere decirse que la filosofía que enseñamos es actividad: actividad jurídica.

Y precisamente esto es lo que se aprende en este libro: que el derecho es praxis (apenas hay cuestión, como se ha señalado, que no se analice al hilo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional), y que los que hoy tratan de aprenderlo mañana contribuirán positivamente a crearlo. El derecho no se hace en la imprenta del BOE, sino a través de ese complejo proceso al que antes me refería y que es, visto desde la perspectiva del futuro jurista como persona, un saber práctico: una filosofía. Volvamos a nuestros profesionales, al menos, conscientes de ello.

Con esto regresamos a donde empezamos: a la filosofía del derecho como filosofía, pero como filosofía que no se practica tanto en la biblioteca como en el foro. “La actividad jurídica deja de ser la aplicación técnica de una ciencia jurídica dogmática, para asemejarse a la búsqueda investigadora propia de una filosofía práctica de fuerte contenido antropológico” (p. 258) —nada más cercano, por cierto, al conocido como *life long learning*: el jurista está condenado a “formación perpetua”—.

Pero para todo eso es necesario, en primer lugar, pasar del estatus de “crédulo” al de “perplejo”. El autor nos ayuda comenzando las lecciones con unas preguntas previas (lo esencial son, ya se sabe, las preguntas) que no están tanto para ser contestadas como para interpelar a quien se acerca al texto por vez primera. En segundo lugar, se requiere querer salir de esa perplejidad: el hecho de afrontar la práctica totalidad de los problemas que se plantean desde la óptica de la jurisprudencia hace que el alumno sienta, en el caso concreto, la necesidad de ir saliendo de los atolladeros en que nos mete el *derecho en teoría*. Por último, es preciso escapar de la perplejidad pensando... Andrés Ollero acompaña a quien quiera seguirlo (no sólo ni necesariamente a los estudiantes) en este itinerario. Recorrerlo no exige mucho más que abdicar de la pretensión manipuladora de la mentalidad cientificista y aprestarse a abrir los ojos para contemplar la realidad, compleja y apasionante, de lo jurídico.