
Andrés OLLERO

Religión, razón y política

Comares, Granada, 2013

En el libro de entrevistas concedidas por el Papa Francisco en su etapa como Arzobispo de Buenos Aires, distinguía entre utópicos arraigados en la realidad y utópicos desarraigados (p. 115). Me parece que el caso del profesor Andrés Ollero es un ejemplo paradigmático del utópico arraigado. Su obra tiene un carácter janusial, bifronte: de un lado mira al Derecho positivo –creo que es el magistrado del tribunal Constitucional que más ha escrito sobre la jurisprudencia del alto Tribunal– por otro lado su obra tiene un sentido inconformista y utópico que persigue la defensa de los derechos humanos en su integridad, rompiendo con los tópicos negadores de los mismos (p. 214) Este libro, que hace el número 22 de su producción –dejando aparte sus ediciones en otras lenguas– mantiene de modo elocuente los signos de identidad de su autor.

Esta utopía arraigada implica el reconocimiento de una razón amplia –no sólo formal y o empírica– y por tanto capaz de preguntarse sobre el sentido y de luchar contra los tópicos, basados en un doble lenguaje, que impiden una visión ajustada de la realidad (p. 220).

El primer tópico a superar en el ámbito ético es del positivismo jurídico empeñado en separar derecho y moral. Cito textualmente: «Desde planteamientos positivistas, se presentaba con desenvoltura como inconcebible la posibilidad de objetar en conciencia la obediencia a la ley. Mi perplejidad fue total. Siendo la ley el único vínculo para la libertad imaginable en un Estado democrático, ¿ respecto a que otra instancia cabría objetar?». (p. 185). Ollero demuestra un exquisito cuidado en distinguir derecho y moral, en el cap. dedicado al tema «Derecho y moral. Implicaciones actuales» (p. 187). Así afirma: «El derecho encarna un mínimo ético, bien alejado de cualquier intento de hacer al ciudadano feliz, exitoso o santo». Pero rechaza el planteamiento positivista según el cual sólo el derecho pertenece al ámbito de lo público, mientras que la moral por su pretendido carácter subjetivo debería permanecer en el ámbito de lo privado. Frente a ello afirma que «la delimitación de lo jurídico encierra un problema moral. El nacimiento de tipos penales como el delito fiscal o el ecológico derivan de la acentuación de la relevancia moral de tales comportamientos» (p. 187).

Esa conexión entre derecho y moral es el signo distintivo de las Constituciones de la postguerra mundial, y muy especialmente de la Ley Fundamental de Bonn de 1948, al destacar como fundamento de todo el ordenamiento jurí-

dico el respeto al «contenido esencial de los derechos» (p. 188). En efecto este respeto al contenido esencial de los derechos humanos erradica toda arbitrariedad individual al someter las pretensiones subjetivas a un ajustamiento social (*Derechos humanos y metodología jurídica*, p. 162). Al mismo tiempo elimina toda posibilidad de arbitrio legislativo, al ser elevado a clave legitimadora de la democracia frente al principio de la voluntad de las mayores. Así ocurre en nuestra Constitución –inspirada en el modelo de la Ley Fundamental de Bonn–, al establecer en su artículo 53 que una ley, aunque haya sido aprobada unánimemente por el Congreso y el Senado, si vulnera el contenido esencial de un derecho fundamental será declarada nula por el Tribunal Constitucional (p. 214).

El segundo tópico positivista objeto de crítica por el autor se refiere a la creencia en el consenso fáctico, como origen de los derechos fundamentales. Así afirma en el cap. sobre «Concepto del derecho y doctrina social», que «Los sucesivos logros en la lucha por los derechos humanos, lejos de apoyarse en tópicos socialmente consolidados, han sido siempre fruto del esfuerzo *utópico* de algunas minorías que, convencidas de la justicia de sus propuestas, van conquistando trabajosamente el reconocimiento práctico de la igualdad de la mujer, la abolición de la pena de muerte o la exclusión de la tortura, el respeto al medio ambiente etc. (p. 203). «Sólo sobre el derecho natural cabe fundamentar los derechos humanos» (p. 213) ya que cuando falta un efectivo fundamento en la naturaleza humana (sólo metafísicamente constatable), es lógico que los derechos humanos fuera de la cultura occidental sean cuestionados como imposición exterior fruto del etnocentrismo y herencia del colonialismo (p. 213).

Pero para el profesor Ollero no es sólo ni principalmente el positivismo jurídico considerado obstáculo para el reconocimiento pleno de los derechos humanos. Por el contrario cree que el positivismo jurídico se ha transformado, para dar cabida, de modo incongruente, a consideraciones morales y ha entrado en un ocaso que parece definitivo. Por ello tiene el enorme acierto de reconocer en el utilitarismo el principal obstáculo para el reconocimiento de los derechos humanos. En uno de los capítulos más interesantes del libro, el titulado *El relativismo a debate* defiende de modo riguroso que lo que existe en el mundo no es una dictadura del relativismo, sino más bien una dictadura de un nuevo dogmatismo el utilitarismo. Ello podría parecer a primera vista como una discrepancia respecto al pensamiento de Ratzinger, quien como es bien sabido ha insistido en subrayar la dictadura del relativismo como clave del presente. Pero es sólo una discrepancia aparente, ya que el autor admite que para dar paso al utilitarismo, el relativismo tiene previamente que marginar a la ética objetiva imperante (p. 220). Por otro lado, el propio Benedicto XVI,

ha insistido, especialmente en su encíclica *Caritas in Veritate*, en la gravedad de la mercantilización de la sociedad como elemento clave de la desintegración moral y de la crisis antropológica, origen de la crisis económica actual. Se daría también aquí una coincidencia con Habermas que se subleva ante una sociedad regida sólo por el mercado.

En el campo biojurídico, el utilitarismo aparece el principal obstáculo para la defensa de la dignidad humana ya que al abandonarse a la lógica mercantil no deja espacio para núcleos innegociables (p. 181) y ni siquiera para el respeto a la vida humana. Todos los derechos quedan reducidos a los derechos de autonomía como ha ocurrido en determinadas leyes de los gobiernos autonómicos sobre «Los derechos y garantías de la dignidad de la persona en proceso de la muerte» en las que se desprecia claramente el principio de beneficencia y de la *lex artis*.

El profesor Ollero afirma que la Constitución no establece un *numerus clausus* de derechos, por tanto cabría la posibilidad y necesidad del reconocimiento de nuevos derechos, tal como el derecho a la protección de datos, estudiado por él mismo en su *Discurso de Ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Política*. Pero lo que resulta inadmisibles es pretender crear nuevos basándose en la confusión entre tolerancia y derechos. En efecto, esta confusión puede dar origen a dos actitudes igualmente erróneas. La primera consiste en reducir los derechos a algo simplemente tolerado por el Estado, como ocurre hoy en buena medida con los derechos de libertad religiosa y con los derechos de los inmigrantes (p. 204). El otro error es el de pretender elevar el ámbito de lo permitido, del actuar lícito (*agere licere*) a verdadero derecho. El ejemplo más grave de ello es la pretensión de que el aborto pase de conducta delictiva despenalizada a convertirse en un derecho prestacional (p. 193) (p. 229). Con este planteamiento desde la caída del Muro de Berlín la nueva izquierda buenista sustituye el viejo comunismo con un frívolo consumismo (p. 221) elevando los caprichos a nuevos derechos, de acuerdo con un individualismo radical (p. 221) en el que «el único mandamiento es el no molestar» (p. 242).

Para no incumplir con este mínimo precepto concluyo. Sólo me limitaré a decir que el libro posee un gran valor no solo por ayudar a la comprensión de la difícil realidad actual, en la que la persona está en peligro, una auténtica emergencia antropológica, sino también por ofrecer respuestas de modo riguroso y no exento de ironía.

Jesús Ballesteros
Universitat de València
Jesus.Ballesteros@uv.es