

DOI: 10.4067/S0718-09502008000200015

OLLERO, ANDRÉS. *El Derecho en teoría*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007 (265 pp.).

*El Derecho en Teoría* es un recorrido panorámico por los tópicos de la teoría del derecho: el derecho como objeto del conocimiento, la existencia del derecho natural y su relación con el derecho positivo, las contradicciones –teóricas y prácticas– del positivismo, la función de la ley, la naturaleza de los derechos humanos, entre otros.

Es un libro ameno. Quizá concebido originalmente para los estudiantes, resulta provechoso para cualquiera que desee repasar los temas fundamentales de la teoría del derecho. Está escrito en un lenguaje “relativamente suelto, aunque (...) quizá no tan llano”, como el mismo autor reconoce. El abordaje de los temas resulta casi siempre sugerente e incluso provocador, aprovechando que “no está ya burocráticamente obligado (...) a cultivar lo académicamente correcto”. La obra goza de la desenvoltura de “un balance en el recodo del camino”. No es, por tanto, ni un manual ni una obra erudita.

Late en el trasfondo del libro la convicción de que los hombres somos capaces de conocer la realidad, lo que jurídicamente se traduce en el reconocimiento de un orden justo objetivo. Los comportamientos que el derecho exige para asegurar la convivencia social pacífica (el mínimo ético exigible) se sustentan en este orden y se ajustan de acuerdo con él. Quienes niegan esta capacidad del hombre (no-cognotivistas) afirman, consciente o inconscientemente, que el derecho es voluntad, fuerza. Esta distinta concepción antropológica determina la idea acerca de la naturaleza y la finalidad del derecho. Y con esta alternativa Ollero construye su libro, argumentando y ejemplificando las debilidades intrínsecas de su vertiente positivista y la perenne vigencia de su vertiente iusnaturalista.

La obra nos ofrece una buena descripción y explicación del positivismo jurídico como método y como ontología jurídica. Denuncia sus pretensiones omnicomprensivas del fenómeno jurídico, pero fatalmente reduccionistas (éste es un defecto lógico que advertirá repetidas veces: el de confundir la parte con el todo). Es una constante del libro el propósito, bien materializado en argumentos, por develar la consistencia esencialmente falaz del positivismo. Acompaña este cometido con una invitación a la honestidad intelectual. Denuncia el doble discurso en que caen los positivistas cuando, por ejemplo, defienden los derechos humanos, porque éstos son una prueba innegable de un derecho anterior al derecho positivo. Puesto que si los derechos humanos son anteriores al Estado (y al derecho positivo, por tanto), ¿cómo se explica que sean, propiamente hablando, derechos? El positivismo postula un concepto de derecho contradictorio con el que está implícito en los derechos humanos.

El autor no disimula su reconocimiento al derecho natural y afirma su irreductibilidad. Los persistentes intentos por desterrarlo de una vez y para siempre del ámbito de lo jurídico son estériles: la realidad los rechaza tarde o temprano. Es cierto que a primera vista sobran motivos para pensar que el derecho natural se halla definitivamente erradicado; sin embargo, no es eso, sino que el derecho natural tiende “a disfrazarse de hombre invisible, probablemente por razones de mera supervivencia”. La existencia de una justicia objetiva se manifiesta en el ordenamiento positivo, por ejemplo, a través del principio de buena fe, o de la figura del enriquecimiento injusto o del abuso del derecho, o de la “realidad social” como criterio de interpretación, o del contenido esencial de los

derechos como límite a su regulación legal. El derecho tiene un indisimulable parentesco con la justicia; hay un orden objetivo que se expresa a través suyo.

Ollero desmonta las premisas que sostienen a los argumentos positivistas sobre la finalidad del derecho (seguridad antes que justicia) y sobre el método de la ciencia del derecho. Observa que el empeño por legitimar el derecho como ciencia positiva tendría un aspecto ético: ofrecer a través del derecho un “saber a qué atenerse”. La precisión, la certeza, la seguridad de las ciencias desplazan a la justicia, de contornos siempre difusos, y se instalan como el nuevo valor fundamental del derecho. Pero la justicia se niega a desaparecer. En realidad, no puede desaparecer, porque “radica siempre en un fundamento previo al texto normativo”, y orienta la interpretación de la norma. El presunto dilema entre justicia y seguridad es artificial: la seguridad no es el sustitutivo de la justicia, sino “la expresión práctica de su *dimensión diacrónica*”. Por eso desmiente a quienes postulan una aproximación científica al derecho, como si ésta se confinara a la descripción de hechos y por tanto fuera valóricamente neutra, aséptica. El autor llama la atención sobre la artificial frontera entre descripción y valoración, entre el derecho que es y el derecho que debe ser, y defiende una definición de derecho que aúna ambas dimensiones. El jurista es un profesional que colabora a consolidar una filosofía, una concepción de justicia. Y es que “el jurista no será nunca ingeniero, sino alguien que emite juicios de valor, que deberá fundamentar para hacerlos comprensibles y aceptables por los afectados”.

Uno de los puntos provocadores del libro está en que su autor no teme asumir el axioma de los positivistas: “sólo es derecho el derecho positivo”, pero desmarcándose del concepto que identifica el derecho con la ley. El derecho positivo, como producto histórico, es el resultado de un proceso de positivación del derecho en que interactúan tres elementos: las referencias a un orden justo objetivo (que le confiere legitimidad), la institucionalización formal (que le confiere validez) y el arraigo social (que le confiere eficacia). Desde este marco, el autor desafía aquella fórmula clásica “la ley injusta no es derecho”, contestando “por supuesto que es derecho; un pésimo derecho al que –las más de las veces– sólo podrá poner freno la resistencia moral de los ciudadanos”. El autor no discute que el jurista ha de ocuparse del derecho que es. Lo que cuestiona es cómo se entiende ese ser del derecho. En vez de entenderlo como antónimo de deber ser, y prolongar así el dilema entre derecho positivo y derecho natural, sugiere “que el ser del derecho consiste, paradójicamente, en un deber ser. Como consecuencia, resulta imposible *ir poniendo el derecho que positivamente es sin irse preguntando continuamente cómo debe ser*”. No se puede ignorar la historicidad del derecho, entendida ésta como “el despliegue existencial de lo esencial”. Más adelante dice: “el derecho como producto histórico es siempre fruto de un laborioso proceso de positivación”, que se va fraguando a través del juicio (del ciudadano al acatar una norma, del juez al aplicarla). De ahí que afirme la “entraña radicalmente judicial del derecho”. En este proceso, los valores y principios adquieren significación jurídica como punto de partida de aquél, y durante su transcurso se articulan gracias a la norma, “que jugará un decisivo e insustituible papel mediador”. El derecho natural y sus concreciones subjetivas no están al margen del proceso de positivación, sino que “contribuyen a alimentarlo. El derecho natural es

por tanto siempre algo tan por acabar como el derecho positivo, desligado del cual no consolidará su consistencia jurídica”.

La lectura del libro no resulta fácil, pero no es para desanimarse. Lo advierte el autor en el prólogo: “Me preocupa que en algún momento el lector pueda sentirse convencido de haberme entendido (...); se trata sin duda de un pasajero espejismo”. Quizá por esto mismo la inteligencia se siente desafiada y azuza una lectura atenta y a veces repetida para comprender, pero, sobre todo, para pensar.

*Luis Alejandro Silva Irarrázaval*

SEN, AMARTYA. *La démocratie des autres*, Rivage Poche Petite Bibliothèque, Paris, 2006 (94 pp.).

Esta obra, cuya traducción al español sería *La democracia de los otros*, reúne dos textos del humanista y premio Nobel de Economía Amartya Sen. El primero y el más reciente se titula *Las raíces globales de la Democracia. Por qué la libertad no es una invención de Occidente*, y fue publicado en su versión inglesa en el año 2003. El segundo es un discurso pronunciado en el año 1999 y denominado *La Democracia como valor universal*. Ambos artículos están recogidos también en el libro en español titulado *el Valor de la Democracia* que ha sido editado por Intervención Cultural en el 2006.

En estos dos ensayos, Sen retoma algunos aspectos enunciados en otras de sus obras. Así, vuelve sobre el problema de las relaciones entre democracia y desarrollo y reitera la influencia positiva de la democracia en el desarrollo de las sociedades, como ya lo había hecho en *Development as Freedom*.

Además, refuta la idea sostenida por numerosos autores –entre ellos Samuel Huntington– de que la democracia es una construcción eminentemente occidental. Según Sen, tal idea estaría asociada a una confusión derivada, entre otras causas, del influjo del modelo ateniense de democracia y que provoca una falta de examen de otras tradiciones culturales distintas a la occidental.

A través de un repaso de las tradiciones africanas y asiáticas que cubre países como la China, Japón y, desde luego, la India, Sen sostiene que en la historia de tales sociedades pueden encontrarse claras manifestaciones de tolerancia y de debate público. Por ejemplo, se refiere específicamente a la tolerancia religiosa practicada durante la conquista musulmana de España en relación con los judíos que transformó a éstos de un grupo perseguido a un grupo protegido. Así las cosas, la idea de que la democracia sólo tiene raíces occidentales se fundaría, según Sen, en un error conceptual que reduce la democracia únicamente al voto y a las elecciones, y desconoce que el debate público y la tolerancia ocupan un lugar fundamental en la construcción de este modelo político.

Los elementos constitutivos de la democracia son tratados, con mayor detención, en el segundo ensayo contenido en este libro. Ante la pregunta sobre qué es la democracia, Sen advierte que no hay que confundir la democracia con el gobierno de la mayoría. Para él, la democracia tiene exigencias más complejas que involucran, desde luego, el