

PRESENTACIÓN DEL LIBRO «FILOSOFÍA DEL DERECHO Y CONSTITUCIÓN» DE D. ANDRÉS OLLERO TASSARA

ANDRÉS OLLERO TASSARA
Académico Correspondiente

Acto celebrado el día 28 de mayo de 2019

Debo comenzar mi intervención repitiendo las últimas palabras de quien me antecedió: muchas gracias. Gracias, en primer lugar, a Oscar Cisneros Marco, Decano del Ilustre Colegio de Abogados, por su hospitalidad al presentarse mi más reciente libro; amabilidad por mí ya experimentada, pues ocurrió lo mismo con otro anterior, siendo Decano José Joaquín Gallardo, hoy también presente entre nosotros. Gracias también a Antonio Moreno Andrade, Presidente de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia organizadora de este acto, en el que se presenta mi primer libro publicado en mi condición de académico correspondiente de esta prestigiosa institución. Gracias igualmente a quienes se han prestado a comentar el libro, aumentando el interés de este acto.

El magistrado Martínez Vares ha prestado atención a mi repaso de la jurisprudencia con la que el Tribunal Constitucional ha desarrollado el contenido de la Constitución. Debo señalar que mi selección ha sido indisimuladamente autobiográfica, ya que no he pretendido destacar las sentencias más importantes, sino las que personalmente más me han llamado la atención desde el comienzo de su labor.

La verdad es que la filosofía del derecho tiene una notable deuda de gratitud con la Constitución, ya que ofrece a sus cultivadores un campo de aterrizaje vinculado a la realidad práctica del derecho, muy especialmente en la relativo a los derechos fundamentales. Esto ha facilitado que los que hoy nos dedicamos a la filosofía de derecho en España no nos perdamos en cuestiones etéreas, al no vernos obligados a plantearnos si batirse en duelo puede ser un método adecuado para solventar posibles vulneraciones de la honra personal.

Esto explica que cuando se celebró en 1979 el Congreso Mundial de la Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, pocos meses después de promulgada la Constitución, yo mismo presentara una contribución titulada «Derecho natural y jurisprudencia de principios. En relación a la Constitución española de 1978». Quizá pueda pensarse que, al aludir al derecho natural, habría levitado hasta el cielo de los conceptos, pero bien pronto un voto particular discrepante del magis-

trado Luis Diez Picazo, a la sentencia 34/1981, me tranquilizó al respecto. Afirmaba en su voto que la alusión a la naturaleza de la cosa o a lo razonable, como resulta tan frecuente al invocarse el principio de igualdad, daba entrada a una querencia hacia el iusnaturalismo que, a su juicio, era rechazable al llevar a la práctica el control de constitucionalidad. Me parece, por el contrario, que tales alusiones son inevitables y que, por ejemplo, no es fácil encontrar sentencia alguna en la que lo razonable no acabe apareciendo por activa o por pasiva. No en vano, como comento en mi libro, al llamado neoconstitucionalismo, vinculado a los intentos del llamado positivismo inclusivo de superar sus limitaciones, acaba siendo acusado de iusnaturalismo o incluso, disparatadamente, como iusmoralismo.

No faltan entre las sentencias seleccionadas algunas con escenario sevillano. Así ocurre treinta años después con la sentencia 34/2011, que aborda si en un Estado laico, como el español, puede haber corporaciones de derecho público, como este mismo Ilustre Colegio de Abogados que, tras declararse aconfesionales, se acogen en sus estatutos al patrocinio de la Virgen María en el misterio de su concepción inmaculada. Ya se ha explicado cómo el Tribunal lo consideró irreprochable, al haberse decidido por sus afiliados democráticamente, y no imponerse a ninguno ellos la participación en actos de dicho carácter.

Sin duda facilitó tal resolución la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo en el caso *Lautsi contra Italia*. La señora Lautsi, de origen finlandés, consideraba que la presencia de un crucifijo en el aula traumatizaba a hijo. La Sala que se ocupó del caso no dudó en decidir, por unanimidad, que los crucifijos debían desaparecer de las aulas italianas. El gobierno de Berlusconi apeló a la Gran Sala, contando como *amici curiae* a no pocos Estados, Rusia incluida, y al constitucionalista que presidiera la Universidad Europea en Fiésole, de nunca ocultada confesión judía. Una notable mayoría llevó a cambiar en el Pleno la anterior resolución, invocando el margen de apreciación que es obligado reconocer a los Estados miembro en cuestiones vinculadas a la historia y la cultura de su país.

Mi colega en el Tribunal Constitucional ha tenido a la vez el detalle de dejarme pista para que pueda comentar dos sentencias sobre las que, además de redactarlas como ponente, suscribí un voto concurrente porque, aun aceptando el fallo, no me identifiqué con su fundamentación.

Me refiero a la sentencia 145/2015, que amparó a un farmacéutico sevillano que objetó en conciencia ante la obligación de incluir entre los medicamentos de su botica la conocida como píldora del día después; se supone que para expedirla. Como es sabido, la objeción de conciencia se recoge en el art. 30 de la Constitución, en expresa relación al servicio militar; esto ha llevado a alguno que otro a restringirla a ese supuesto. De ser ello cierto, el derecho a la objeción se convertiría en fantasma del castillo, al haber desaparecido la obligatoriedad de tal servicio.

Esta pretensión hace más de treinta años que perdió fundamento, ya que la sentencia 53/1985, aparte de dar por hecho que hay seres humanos que no son

personas, rechazó que la primera –y nonata– ley despenalizadora del aborto fuera inconstitucional por no reconocer al personal sanitario tal derecho. Ni falta que hacía, ya que estaría reconocido en la Constitución explícita e implícitamente; en este segundo caso en el art. 16 relativo a la libertad ideológica y religiosa. En realidad en el debate constituyente se presentaron enmiendas para añadir a dicho artículo un epígrafe cuarto sobre el derecho a la objeción de conciencia; pero la ruptura del consenso en el Congreso, al abordarse el derecho a la educación, fue salvada con el compromiso de no plantear posteriormente discrepancias en lo relativo a derechos fundamentales. Fue una pena, porque nuestra Constitución se habría adelantado a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que años después une en un mismo art. 10 tanto a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión como, en el siguiente epígrafe, reconoce el derecho a la objeción de conciencia.

Por si fuera poco la Junta de Andalucía sancionaba también al farmacéutico con una multa de tres mil euros por no disponer tampoco de preservativos entre los productos considerados como de obligada disposición ante posibles enfermedades emergentes. No se conformaba pues con que estuvieran al alcance de cualquiera en gasolineras o estaciones de autobuses. Lo curioso es que la sentencia entendía que en este segundo caso no cabría apreciar problema de conciencia alguno; como si los magistrados se convirtieran en directores espirituales de los recurrentes, o la conciencia en juego fuera la de ellos y no la del ciudadano.

La resistencia a admitir con generosidad tal derecho se debe, a mi modo de ver, a la tendencia a malentenderlo como si se tratara de reconocer la preeminencia de las exigencias morales sobre las jurídicas, o incluso las de la Iglesia –a estos efectos, por lo visto, solo habría una...– sobre el Estado. Por el contrario que la objeción de conciencia sea un derecho indica que se incluye en el jurídico mínimo ético imprescindible en una sociedad democrática. Se trata de mantener el adecuado juego entre la concepción mayoritaria y la de las minorías al establecer tal mínimo ético, y no a una transacción entre el Estado y algunas predominantes confesiones religiosas.

También uní la condición de ponente y la suscripción de voto concurrente en la sentencia 11/2016, en la que se ampara a una ciudadana a la que se negó la entrega del feto que el día antes había aceptado abortar; se había diagnosticado una cromosopatía con visos de inviabilidad antes de que el feto hubiera llegado a pesar quinientos gramos y sin haber experimentado los días de gestación previstos por Registro Civil para obligar a dedicarle un legajo. La ciudadana y su pareja querían despedirse simplemente de su hijo en una íntima ceremonia civil. Su pretensión fue rechazada por una jueza, pese a reconocer que sí había entregado su feto a otra ciudadana, por tratarse de un aborto espontáneo –como si fuera, guste o no, más legal que el programado...– y haber invocado su fe musulmana, que la obligaba a enterrarlo sin someterlo a incineración o abandono alguno.

En cuanto a la relación entre derecho y humanidades, comentada por el profesor Lasarte, mi postura es que toda actividad jurídica lleva en la práctica, consciente o

inconscientemente, a hacer filosofía del derecho y, puestos a hacerla, considero que mejor hacerlo de modo consciente, ya que ello permitirá un mayor control de los inevitables prejuicios forjados en la experiencia previa.

La relación entre política y derecho es, como él ha señalado, compleja. Yo he distinguido varios modos de entenderla. En primer lugar, como *cooperación al bien común*; toda actividad judicial acaba teniendo en este caso una repercusión política. Al estar el derecho destinado a *hacer justicia*, esto obliga a ser especialmente delicado a la hora de distinguir entre derecho y moral; sin olvidar que el carácter de mínimo ético de lo jurídico tiende a obligar a que sea asumido por cualquier código moral. Basta ahondar en la actual sensibilización sobre los abusos sexuales, en los ámbitos familiar o profesional, que han llegado a afectar a instituciones religiosas, para entender que es prioritario hacer justicia, sin perjuicio de que luego la misericordia fluya a raudales. Pensar, sin embargo, que la segunda puede excusar de abordar la primera es un craso error no exento de consecuencias. Por otra parte, el alcance de la inevitable discrecionalidad que los juicios tienden a llevar consigo da paso incluso a los llamados *actos políticos*, a los que cabría excluir del control jurisdiccional. Por último, es claramente incompatible con la imparcialidad judicial la política entendida como *toma de partido*, puesta en su día de moda por el llamado uso alternativo del derecho.

La tarea del Tribunal Constitucional se fundamenta en juicios jurídicos, pero los medios de comunicación no dejarán de resaltar sus inevitables consecuencias políticas. Recuerdo que cuando comparecí ante la Comisión de Nombres del Congreso, como candidato propuesto para magistrado del Tribunal, uno de los portavoces me preguntó si estaría dispuesto a firmar un texto en el que se solicitara que donde el art. 32 de la Constitución se refiere al «hombre y la mujer» se sustituyera por «todos». Respondí que me parecía muy bien planteado, ya que la función de los magistrados constitucionales no es imponer sus puntos de vista personales a todos los ciudadanos, sino calibrar si habría o no que reformar la Constitución ante los cambios históricos. En tal sentido pienso que la literalidad de la norma constitucional, necesitada sin duda de interpretación, marca la frontera entre lo interpretativo y una arbitraria mutación constitucional. Así lo hice constar en su momento en un voto particular.

El Profesor Llano ha comentado la atención que prestó al concepto de moralidad política de Ronald Dworkin. Pienso que el problema surge ante el empeñamiento en negar la existencia de exigencias jurídicas no positivadas, que acaban gravitando —vía principios— en el proceso de positivación del derecho. El positivismo, que históricamente se identificaba con su tajante separación entre derecho y moral, acaba reconociendo, en versiones *inclusivas*, que hay elementos no positivados sin los que no cabe resolver los problemas sociales. Se niega sin embargo, un tanto infantilmente, a reconocerlos como jurídicos para presentarlos, contradictoriamente, como morales. Esto me convierte en más positivista que ellos,

simplemente por llamar a cada cosa por su nombre. Tal situación me lleva a recordar a Luis García San Miguel, una de las figuras de la oposición al franquismo en la filosofía del derecho, que se atrevió a reconocer que la oposición democrática se hizo en nombre del derecho natural. Solo basándose en él cabía presentar al represor derecho positivo de entonces como antijurídico. Esto le costó soportar un cierto vacío entre sus compañeros de fatigas.

Significativo también es el papel de Zagrebelsky, en su día presidente de la Corte Constitucional italiana. En su obra señala la existencia de un lado oculto derecho, nada fácil de definir. Lo curioso es que reconozca esa dificultad, pero a la vez afirme como envidiable seguridad que no es derecho natural; o sea que se trata de una realidad oscura, pero con diáfanas excepciones. No es de extrañar en quien cumple disciplinadamente su condición de laico a la italiana, declarándose en *contra de la ética de la verdad*.

Se ha preguntado si cabe hablar de un derecho natural por encima del derecho positivo. Me planteo en el libro si *soy en realidad iusnaturalista*. Desde luego no por admitir un derecho natural *por encima* del positivo, sino más bien por localizarlo *dentro* de él; como motor del proceso de positivación. En ese sentido, partiendo de la discutida distinción de Dworkin entre normas y principios, añadiría que no concibo el derecho natural como un ordenamiento normativo, rival –y superior– del positivo, sino más bien como un haz de principios a ponderar en el marco de la interpretación de las normas.

Como se ha señalado, me he ocupado también de Jürgen Habermas, al que se ha identificado con acierto como el más importante filósofo del derecho y la política hoy vivo. Comencé su lectura en los años setenta, cuando él analizaba en clave marxista el juego de conocimiento e interés en la teoría del conocimiento de lo social. Más tarde me han llamado la atención sus reflexiones bioéticas sobre *el futuro de la naturaleza humana* y su propuesta de una sociedad *postsecular*. Considera como tal la que archive, por discriminatorio, el laicismo de quienes consideran necesario que el

Creyente reciba unas saludables lecciones de democracia, pero ni se le pasa por la cabeza que ésta será imposible dominada por quienes consideran que no tienen al respecto nada que aprender.

ANALES DE LA REAL ACADEMIA
SEVILLANA
DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transcribirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso escrito de los autores.



ANALES

DE LA REAL ACADEMIA SEVILLANA
DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA



VOLUMEN X
2018-2019