

Los puntos suspensivos de un jusnaturalista atípico. A propósito del último libro de Andrés Ollero, *Entre el Derecho y la vida pública*

(2024) Aranzadi
Madrid, 481 pp.

Alfonso J. García Figueroa
Universidad de Castilla-La Mancha
ORCID ID 0000-0002-0548-7175
alfonsoj.gfigueroa@uclm.es

Cita recomendada:

García Figueroa, A. J. (2025). Los puntos suspensivos de un jusnaturalista atípico. A propósito del último libro de Andrés Ollero: *Entre el Derecho y la vida pública*. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 28, pp. 510-519.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9510>

Recibido / received: 08/12/2024
Aceptado / accepted: 09/04/2025

Resumen

En este trabajo se da cuenta críticamente del libro de Andrés Ollero, *Entre el Derecho y la vida pública*. Se trata de un recorrido que sigue el biobibliográfico que el propio autor va trazando en su libro, pero señalando posibles objeciones a las posiciones políticas, institucionales y teóricas de Andrés Ollero.

Palabras clave

Andrés Ollero, Tribunal Constitucional, jusnaturalismo, positivismo jurídico.

Abstract

This paper gives a critical account of Andrés Ollero's book, *Entre el Derecho y la vida pública* (*Between Law and Public Life*). It follows the bio-biography that the author himself shows us in his book, but pointing out possible objections to the political, institutional and theoretical positions of Andrés Ollero.

Keywords

Andrés Ollero, Constitutional Court, iusnaturalism, legal positivism.



SUMARIO. 1. Introducción. 2. Puntos suspensivos que crean expectación. 3. Problemas por su izquierda: el argumento de la escarapela pepera. 4. La doble faz de los votos particulares progresistas de Ollero. 5. El inconformismo del profesor Ollero por su derecha: un jusnaturalista atípico. 6. El inconformismo del jusfilósofo Ollero con los positivistas y con los «no-positivistas». 7. Por qué soy un no positivista (y por qué Ollero es no-no positivista). 8. El caso del matrimonio homosexual.

1. Introducción

Afirmar que «el estilo es el hombre» es ya un lugar común, pero quizá ya no lo sea tanto matizar que a veces tal estilo se nos revela en los detalles más recónditos de la escritura. En el caso de Andrés Ollero, filósofo del Derecho y actual Secretario General del Instituto de España, llama la atención su distintivo uso de los puntos suspensivos. Aparecen recurrentemente entre sus mensajes electrónicos y sus artículos de prensa; asoman por su prosa científica, pero también por la puramente periodística. Era de esperar, en fin, que se prodigarán, como así hacen, a lo largo de estas casi quinientas páginas de autobiografía intelectual, presentadas en sociedad por vez primera en el Salón de Plenos del Ayuntamiento de Granada el pasado 17 de octubre de 2024.

Trivialmente, los puntos suspensivos sirven para dejar en suspenso el discurso y los gramáticos nos indican que ello se hace al menos con dos propósitos relevantes aquí: crear expectación sobre lo que el autor añadirá a continuación o bien delegar esa continuación del discurso en el lector, quien habrá de imaginar por su cuenta lo que el autor meramente insinúa. Pues bien, ambos propósitos, el expresivo y el deferente, animan los puntos suspensivos de Ollero. Con el primer propósito termina la penúltima sección de muchos capítulos del libro, anunciando en los siguientes términos una suerte de estrambote periodístico más ligero y, por tanto, más amable con el lector no especializado: «El problema fue también, por mi parte, objeto frecuente de debate en las páginas de opinión de la prensa...» (e.g. p. 255). El segundo propósito de sus puntos suspensivos es diferente por deferente. En este caso, el autor suspende el discurso para delegar en el lector la labor de completarlo por su cuenta, pero inspirado por el irónico humor del propio Ollero, del que es posible disfrutar incluso en muy solemnes ocasiones. Por ejemplo, cualquiera que lea el voto particular concurrente de Andrés Ollero en la STC 134/2018, de 13 de diciembre, no podrá resistirse a la contagiosa hilaridad de quien, en un voto particular cuajado de términos taurinos, abunda en la inconstitucionalidad de una ley balear que pretendía desnaturalizar la fiesta de los toros hasta convertirla en «una “pasarela ecológica taurina” o algo parecido». Ya sea con uno u otro propósito, el uso de los puntos suspensivos se prodiga, en fin, a lo largo de la amplia bibliografía del profesor Ollero y lo hace también en esta conclusiva; pero, desde luego, de ningún modo concluida autobiografía intelectual, que aquí invito a leer...

2. Puntos suspensivos que crean expectación

Como acabo de indicar, en muchas ocasiones los puntos suspensivos anuncian con cierto dramatismo la continuidad del texto, dando paso a la ilustración de sus tesis con un artículo de la prensa diaria, pero también con un informe, la ponencia para alguna comisión parlamentaria o un artículo científico más. El libro representa así un *collage* de trabajos muy diversos entre sí, que jalonan las etapas de la vida del autor (quizá con alguna comprensible reiteración de argumentos hacia las páginas 461 ss.).

Y en efecto, por la heterogeneidad de las fuentes que Ollero recupera en este volumen nos hablan sus múltiples facetas, pues cualquiera que conozca mínimamente su trayectoria sabe que no ha perdido el tiempo y sigue sin hacerlo ahora a sus ochenta años recién cumplidos en plena forma. Probablemente la misma que exhibía su homólogo –por jusfilósofo y magistrado célebre por sus votos particulares– Oliver Wendell Holmes, quien exclamaba nostálgico pasados los noventa años: «¡Quién pudiera tener setenta de nuevo!» Por lo demás, la constatación de que nos hallamos ante una forma de autobiografía, no sé si formará parte de una tendencia, puesto que, al igual que la evitación del yo en la literatura dejó paso hace unas décadas al retorno a él en formas de autoficción, hoy diríase apreciarse algo parecido entre algunos jusfilósofos. Últimamente he leído a varios colegas que escriben o prologan sus libros mirando atrás con el fin de ajustar cuentas con su propia vida, con la académica (e.g., Bonorino, 2023; Medina 2023) o incluso con la memoria colectiva (De Lora, 2024).

Andrés Ollero ha sido –recordémoslo– catedrático de filosofía del Derecho, activista político desde los tiempos de Coalición Popular, Diputado del Grupo Popular en el Congreso y magistrado del Tribunal Constitucional (TC). Hoy es Secretario General del Instituto de España, miembro de número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y sigue siendo también –nunca lo ha ocultado, ni tendría por qué en una democracia sana– numerario del Opus Dei. La pregunta con que comenzaba este comentarista la lectura de esta obra resultaba entonces hasta cierto punto obvia: ¿Y a qué faceta dará Andrés Ollero prioridad en este libro autobiobibliográfico? Pues bien, si nos atuviéramos al paratexto del volumen, singularmente a la foto de su cubierta, parece imposible no advertir la intensa impronta de su condición de magistrado constitucional, pese a algún reparo entre lo ético y lo estético que surge en una entrevista que amablemente me concede en su casa. Allí Andrés Ollero casi se disculpa por la fotografía de la portada, como si hubiera cedido a una impropia coquetería: «El fotógrafo exigía a todos los magistrados del TC que apareciéramos en el retrato mostrando al menos una mano...» Y, sin embargo, es ésa y no otra la foto elegida para encabezar su amplia autobiografía intelectual...

Aunque sevillano por naturaleza, Andrés Ollero comienza su carrera universitaria en Granada bajo la supervisión de Nicolás López Calera (cap. 1), pero sus posteriores estancias de investigación pronto revelan una clara orientación germanófila y hermenéutica (durante mucho tiempo una cosa llevaba implícita la otra). Tal orientación se manifiesta claramente en su interés por la filosofía de Arthur Kauffman a lo largo de una serie de estancias en Múnich, durante las cuales entablará relación con sus discípulos: Winfried Hassemer, Ulfrid Neumann y Ulrich Schroth. Posteriormente, estudiará con Sergio Cotta en Roma, donde conoce asimismo a Francesco D'Agostino (cap. 2). Hacia 1982, Andrés Ollero, que ya cuenta en su haber con algunos años de experiencia como profesor adjunto, se presenta con éxito a la convocatoria de cinco plazas de agregado. A estas alturas (cap. 3), el libro nos da cuenta de la célebre «encerrona», como se solía llamar el cuarto ejercicio de aquellas oposiciones. En la encerrona el Tribunal seleccionaba al azar tres lecciones del programa para normalmente preguntarle al concursante por aquella en que pudiera blandear. En plena Transición y en recuerdo de la encerrona, Ollero se ocupa entonces de una cuestión que no dejará de informar su reflexión ulterior: la fundamentación de los derechos humanos. Descubrimos así cuál es la lógica interna de este libro que, entre textos inéditos y otros recuperados para la ocasión, prosigue cronológicamente con esta imbricación de vida académica, política y pública. Sigamos, pues, con ella...

3. Problemas por su izquierda: el argumento de la escarapela pepera

Ollero no tarda entonces en llegar a la política activa. A instancias de Óscar Alzaga, encabeza la lista por Granada de Coalición Popular casi obligado por el prestigio que llevaba aparejada su condición de catedrático —eran, sin duda, otros tiempos¹— y, ya como portavoz de su grupo parlamentario, hallará la oportunidad para descender a problemas mucho más específicos que los anunciados en su época profesoral. A partir de ahí, Ollero entrelaza su actividad política con la teórica y así nos lo relata en los capítulos subsiguientes. En ellos, el hombre con su ideología y su fe entra en contacto (y a veces en tensión) con su rol público y es precisamente entonces cuando su discurso despliega un especial vigor y capta un creciente interés en el lector (quizá valga de prueba de ello el capítulo 10). El Ollero de la fe y del partido convive entonces con el Ollero que se quiere, ante todo, servidor público y resuelve su íntima antinomia con una reiterada invocación del bíblico «Dad al César lo que es el César y a Dios lo que es de Dios» (e.g. pp. 225, 363, 424). Ciertamente, se trata de una sabia máxima, probablemente desacreditada ante la proliferación en la política actual de pequeños Césares que, para colmo, se han creído Dios.

Dicho sea al margen, me parece que Marcel Gauchet reformulaba bien aquella bíblica admonición cuando nos decía (célebremente) que el cristianismo es «la religión para salir de la religión». Con ello, Gauchet no estaba sugiriendo que el cristianismo fuera una religión que nos empuja al ateísmo, sino más bien —él mismo lo ha aclarado así— que se trata de una religión que pretende dejar de ser «estructurante» en la sociedad (Gauchet, 1998: p. 13). A mí me parece que muchos presuntos liberales y progresistas de nuestro país no han sabido o no han querido captar este aspecto tan singular (y valioso) del cristianismo, entregándose, a cambio, a nuevos fundamentalismos de los que son víctima —cosas de la vida— precisamente algunos cristianos como, me parece, el propio profesor Ollero. Leyendo el capítulo 12 del libro, «Un encuentro en Villa La Collina», que nos habla de la relación del autor con juristas de los países de la Europa Oriental, resulta tentador pensar que es allí donde el pensador cristiano de hoy deba sentirse aliviado de las pesadas cargas que todavía soportan en nuestro país los católicos a causa de un insaciable revanchismo contra el nacionalcatolicismo franquista del siglo pasado, un revanchismo resucitado una y otra vez para reducir al creyente a una especie de «agente peligroso» (p. 336). Se trata seguramente de una consecuencia más de vivir anclados a esa fase geológica que Pablo de Lora (2024) ha denominado con propiedad «el Francoceno». Este comentarista sospecha que muy distintas deben de ser las cosas, en efecto, en lugares donde —pensemos singularmente en Polonia— la lucha contra la tiranía socialista era una lucha emprendida por (e identificada con) el catolicismo...

4. La doble faz de los votos particulares progresistas de Ollero

Pues bien, ya en su condición de magistrado del TC, aquella vieja máxima bíblica («Dad al César...») le llevó a «cogerle el gusto» (p. 479) al voto particular, algo que no deja de ser a su vez particular en un escenario marcado por una abrumadora mayoría de Sentencias del TC adoptadas por unanimidad —concretamente 1410 frente a 442 con votos particulares, según nos cuenta el propio autor (p. 478)—. Es más, Ollero formula su voto particular en 69 de estas últimas Sentencias, votando del lado progresista en casi la mitad de las ocasiones (33 votos particulares progresistas,

¹ Justificado o no, no deja de causar cierto desasosiego que se haya acudido a metáforas porcinas para describir el declive del prestigio del catedrático en la Universidad española. De acuerdo con ella, esta figura universitaria habría pasado de ser «pata negra», en el pasado remoto de los viejos maestros, a «jamón ibérico» en tiempos más recientes, hasta degenerar en una «generación» de «jamón serrano» marcada por nuestro consejo regulador de la ANECA (vid. Agudo González, 2025).

frente a 36 conservadores, si así puede decirse). Ollero se sirve a menudo de este argumento cuantitativo para librarse de las «escarapelas del grupo parlamentario del que partió la propuesta de nombramiento» (p. 478). Sin embargo, cabe también plantearse si no hay algo de contraproducente en ese propio argumento y su celebración. Me refiero a que, tomado el argumento jusrealista en serio, puede reforzar en sus críticos la convicción de que su previa condición de parlamentario haya distorsionado su actividad jurisdiccional inevitablemente: cuando conservador, por fiel al partido conservador; cuando progresista, por antojarse una sobreactuación con el fin de autolegitimar su posición como Magistrado (fiel de nuevo al partido). Si esta hipótesis fuera cierta, entonces y para más inri, tal estrategia por parte de Ollero no habría conseguido convencer a los políticos de su objetividad (o quizá sí), cuando atendemos a la narración (casi confidencial a juzgar por su ubicación en las postrimerías del medio millar de páginas del libro) de un «espectáculo no muy brillante» (p. 480) con que Ollero premia al fiel lector que –como Dios manda– lea el libro de cabo a rabo, sin atajos, ni catas. Se trata de las maniobras políticas que apartaron a Ollero de la presidencia del TC y tras la cuales –lo descubrimos ahora gracias a nuestro autor– anduvieron las negociaciones de Soraya Sáenz de Santamaría, por parte del PP, con Alfredo Pérez Rubalcaba, por parte del PSOE. Sin entrar en mayores detalles ni *spoilers* sobre los tiempos de lucha por la Secretaría General del PSOE de un tal Pedro Sánchez, sólo citaré la conclusión del propio Ollero: «Me convertí en mártir de Susana (Díaz)» (ibid.). La conclusión del propio Ollero no resulta entonces muy alentadora y quizá abone la hipótesis jusrealista: «La escarapela no hay quien me la quite» (ibid.).

A este comentarista que, a diferencia de la mayor parte de los socialistas del país, es al mismo tiempo –lo digo alto y claro– ateo y admirador de Ollero, le parece que vivimos instalados en una paradoja, que resulta a veces irritante. Aquellos políticos que han opuesto seria resistencia a la presencia de Ollero en cargos públicos por sus creencias religiosas, lo hacen presumiendo de laicismo, cuando jamás hemos vivido hoy mayor fundamentalismo religioso que el que esos mismos laicistas imponen desde el populismo en el poder. Pues ¿acaso no son sus «políticas de reconocimiento» sino nuevos catecismos que evangelizan a los ciudadanos con nuevas liturgias, con nuevos hábitos (en sentido textil y conductual), con letanías políticamente correctas, con infalibilidades pseudopapales carentes de finura, con reconstrucciones posveritativas de la Historia e incluso con indulgencias plenarias a la violencia terrorista y secesionista de más que dudosa constitucionalidad e indudable indecencia? Pero dejemos ahora nuestras miserias patrias y detengámonos, pese a todo, en la legitimidad de la labor del TC.

Para evitar conclusiones jusrealistas poco caritativas con nuestro autor, en un plano más objetivo, la cuestión es, en última instancia, si el TC y sus magistrados pueden o no fundar la legitimidad de su función jurisdiccional en una «legitimidad argumentativa» (basada en buenas razones), como la ha denominado Robert Alexy (2003) a fin de contraponerla a la legitimidad democrática de los parlamentarios que, en su función legislativa, se amparan en el respaldo de los votos de los ciudadanos para zanjar los asuntos (hoy más que nunca) con un terminante *sic volo, sic jubeo*. En un plano más subjetivo, la cuestión radica más bien en hasta qué punto el parlamentario Ollero pueda luego desarrollar una función plenamente imparcial en su servicio al TC, sobre todo si atendemos a las muy rigurosas exigencias que al parlamentario exige el propio parlamentario Ollero en un actualísimo capítulo 8. Queda al criterio del lector examinar si las considerables exigencias de guardar las apariencias que Ollero exige al parlamentario –y con muy buen criterio, me parece a mí– pueden volverse en su contra cuando defiende su papel como magistrado del TC.

Con todo, me temo que, sea cual fuere nuestra posición al respecto, corren malos tiempos para seguir manteniendo tales ideales de objetividad en nuestra Corte Constitucional. Su desvergonzada politización está dejando sin objeto este tipo de disquisiciones teóricas sobre la imparcialidad y la idoneidad de este órgano para desarrollar sus funciones. La tosquedad de la política actual ha degenerado hasta el punto de reducir las más refinadas reflexiones teóricas al respecto a una ridícula discusión bizantina. Si se me permite una nueva referencia al paratexto, ha quedado para la historia, y grabada en video, la irónica sonrisa que el espectador puede descubrir en el rostro de Andrés Ollero el día de la solemne toma de posesión del cargo del magistrado Conde Pumpido en el TC y que me parece de lo más elocuente. Aunque se trate de una acotación muy al margen, entre tanta reivindicación de reformas constitucionales, no parece de más considerar seriamente la necesidad de una seria reflexión sobre la conveniencia de dirigirnos hacia un control de constitucionalidad difuso. Incluso en la propia Alemania se aprecia un desencanto con el *Bundesverfassungsgericht*. Estoy pensando en un persuasivo libro, coordinado no hace mucho por Jestaedt con el título *Das entgrenzte Gericht*, algo así como *El Tribunal sin límites* (Jestaedt et al., 2020). En última instancia la justicia constitucional concentrada había fiado buena parte de su legitimidad a un prestigio intelectual y popular, que su progresiva politización está dilapidando, desde luego, en España.

5. El inconformismo del profesor Ollero por su derecha: un jusnaturalista atípico

Sea como fuere, en su papel como magistrado constitucional cobran mucho sentido buena parte de las reflexiones teóricas que ocupan a nuestro autor durante toda su vida profesoral. Quizá fuera posible comenzar por la más abstracta de todas: su concepto atípicamente jusnaturalista del Derecho. En un afán —quizá más temperamental que aristotélico— por buscar la virtud en el medio, Ollero se ha empeñado en desencajar las tradicionales fronteras entre positivistas y jusnaturalistas, mostrándose tan incómodo a los unos como a los otros.

Por comenzar con el fuego amigo, Ollero ha defendido un «jusnaturalismo crítico» (p. 208) o «inclusivo» (P. 211) —que «no se anima» a autocalificarse asépticamente como «no-positivista» (p. 214)—. De ahí que a veces su jusnaturalismo haya sido cuestionado por «los propietarios de la marca» (p. 191) por resultar «débil» (p. 221), por «cuasi realista» o por «desnaturalizado»; incluso simplemente por haberlo «replantado» (p. 209). En este punto, Ollero se queja por ser víctima de una «condena inapelable» (p. 222) dictada por las nuevas agencias de calificación jusnaturalista del «Derecho natural hispánico». Claro que Ollero tampoco les pone fácil las cosas ni a los más caritativos jusnaturalistas cuando formula advertencias que no se esperan de un jusnaturalista a la antigua usanza. En estas estamos cuando, por ejemplo, afirma, más allá del «dad al César lo suyo», que «la aureola confesional acoplada al derecho natural puede convertirse en su peor enemigo» (p. 228); o cuando critica a quienes apoyan «la vigencia del Derecho natural en la previa evangelización» (p. 227).

6. El inconformismo del jusfilósofo Ollero con los positivistas y con los «no-positivistas»

Pero al mismo tiempo, tampoco parece Ollero darle del todo al César lo que es del César (al menos al César positivista). En efecto, Ollero critica entonces a aquella parte de los «jusnaturalistas inconscientes» (positivistas inclusive) y muy especialmente a aquellos que, por no confesos, se hacen llamar «modosamente “no positivistas”» (p. 238). A juicio de Ollero y para comenzar, todos somos jusnaturalistas. Lo somos consciente o inconscientemente, desde el propio momento en que aceptemos que la

filosofía de los derechos humanos y su interpretación (aquí entra la dimensión hermenéutica de su metodología) incorporen asimismo a través de unos principios – incluso los generales, «legalidad en espray» (p. 458)– un jusnaturalismo en que hunde sus raíces cristianas nuestra filosofía de los derechos humanos. En consecuencia – viene a decirnos Ollero– por más cortésmente que invitemos al Derecho natural a salir por la puerta, éste «volverá a entrar por la ventana» (p. 410). De ahí que nuestro autor censure la incoherencia en que incurren quienes rechazan el Derecho natural al tiempo que claman por la necesidad de medidas de «justicia universal» (p. 428). En el planteamiento de Ollero, el Derecho natural es, en fin, la parte del Derecho no positivo que informa necesariamente su concepto de Derecho y que a su vez Ollero distingue de la moral, porque ésta se contrapone al Derecho (positivo y natural) por imponernos una mayor exigencia ética. Por tanto, el Derecho (positivo y natural) establece unos mínimos que contrastan con la moral, que no es Derecho y que se ocupa de fijar además unos máximos.

No obstante su resistencia al encasillamiento, creo que es fácil hallar aquí amplios acuerdos de Ollero con buena parte de los críticos modernos al positivismo jurídico. Quizá no tanto con Dworkin, el «prestigiado autor, estudioso de la jurisprudencia constitucional norteamericana» que el magistrado Ollero critica sin nombrarlo en el numeral cuarto de su persuasivo voto particular a la Sentencia del TC sobre el matrimonio homosexual (STC 198/2012, de 6 de noviembre), y sobre el que algo diré luego. Pero quizá sí comparta más cosas con Robert Alexy, pese a que su coincidencia en numerosos presupuestos parece arruinada por una cuestión hasta cierto modo nominal: precisamente su recurso a la autocalificación como «no-positivista» (*Nicht-Positivismus*). Aunque más abajo me ocuparé de ello, no está de más avanzar que no parece muy fructífero prestar demasiada atención a tales nominalismos, porque la realidad es que se advierte en Alexy una progresiva tendencia metafísica que, me parece, se ha ido sobreponiendo en él a sus orígenes discursivos y habermasianos –procedimentalistas en definitiva– y creo que tal evolución debería ser del agrado de los jusnaturalistas más tradicionales (permítaseme en este punto una remisión a García Figueroa 2011). De hecho, en el propio libro buena parte de la defensa del objetivismo moral por parte de Ollero tiene lugar contra las teorías constructivistas o discursivas (procedimentalistas en definitiva) que nos han ofrecido el propio Alexy, Rawls, Habermas o Nino entre los hispanohablantes. Es evidente que la objetividad moral que nos procuran estas teorías no es la compacta y densa objetividad moral a la que puede aspirar el creyente en alguna religión monoteísta, a quien la revelación releva de un tortuoso trabajo de fundamentación racional. Por tanto, el hiato entre el objetivismo moral al que pueda aspirar el constructivismo ético y la denuncia de su insuficiencia que opone Ollero quizá se deba, en realidad, a una cuestión que marca fuertes diferencias en estos asuntos y que probablemente resulte insuperable: el papel de la fe en tales debates metaéticos.

7. Por qué soy un no positivista (y por qué Ollero es no-no positivista)

Personalmente, me parece coherente –y hasta cierto punto trivial– que se denominen (o nos autodenominemos) «no-positivistas» quienes no somos positivistas. El marbete tiene al menos dos ventajas: su analiticidad y su neutralidad metaética. En relación con la analiticidad, me parece que, a diferencia de la dicotomía positivismo/jusnaturalismo, la dicotomía positivismo/no-positivismo es más operativa, precisamente porque no deja ninguna teoría fuera de discusión (*tertium non datur*); todo ello al tiempo que sirve para abarcar precisamente casos como el de Andrés Ollero, que pareciera dolerse de ser, él mismo, un obstinado *tertium*. Sin embargo, no hay necesidad de padecer tal aislamiento, desde el propio momento en que los no positivistas podamos ser agrupados así de analíticamente.

La segunda ventaja de establecer la disputa así —entre positivistas y no positivistas, incurriendo en puro «buenismo jurídico» a juicio de Ollero, que describe el síndrome buenista completo en pp. 233 ss.— es que la calificación «no-positivista» no nos compromete metaéticamente con alguna forma de Derecho natural que la propia tradición positivista nos ha enseñado, es verdad, al menos a cuestionar como fundamento último del Derecho.

Ollero pareciera en todo caso cuestionar la indefinición de la calificación «no positivista» y, ciertamente, en más de una ocasión se ha criticado que asumir una posición negativamente (como «no positivista») es intrínsecamente rechazable, porque los conceptos se construyen para decirnos qué son las cosas y no qué no son. Sin embargo, no deberíamos dejarnos llevar por las apariencias. Reconocerse como no positivista es una afirmación, puesto que son los positivistas quienes formulan una definición negativa, al negar la relación conceptual necesaria entre Derecho positivo y moral. Por tanto, negando tal negación, el no-positivista afirma la existencia de una relación conceptual necesaria entre Derecho y moral y lo hace a partir de lo que se ha llamado (certeramente a mi juicio) el «argumento del contraste con la práctica». Según el argumento del contraste con la práctica, la práctica jurisdiccional ofrece casos difíciles que no son explicables desde una perspectiva positivista que niegue el recurso a argumentos morales en el Derecho (en este argumento «moral» significa «moral crítica» y me remito a sus consecuencias en García Figueroa, 2018). Por tanto, «argumentación moral» debe interpretarse en este contexto como argumentación práctica general. Y en este punto creo que cualquier no positivista puede llegar a un acuerdo con Ollero, que también defiende a su modo la tesis de la unidad de la razón práctica, que es de lo que se trata cuando considera él que el «Derecho es una tarea de la razón práctica» (p. 412), algo en lo que este no positivista está plenamente de acuerdo. A mi juicio, razonar jurídicamente es, ante todo, razonar prácticamente y esto supone que quien no dispusiera de razón práctica no podría razonar jurídicamente, lo cual es de por sí revelador. Se trataría de una incapacidad técnica por parte de tal razonante sin razón práctica que nos revela la imposibilidad conceptual de un razonamiento jurídico que no fuera genuinamente práctico. Pese a que ello sería un reparo al recurso a la inteligencia artificial en estos asuntos humanos, vale a mi modo de ver una metáfora tecnológica. Pues me parece a mí que, en cierto modo, la razón práctica es algo así como el sistema operativo que permite usar diversos *softwares* normativos como la moral, la política, la religión, el deporte o el Derecho, que imponen sus propios y respectivos límites. En el ámbito específico del Derecho, Alexy nos diría que el razonamiento jurídico es un razonamiento práctico, pero singularmente limitado por la Ley, los precedentes y las reglas de la dogmática. Significativamente, cada una de esas prácticas antes citadas (Derecho, política, moral, religión, deporte, etc.) presentan distintos límites al razonamiento práctico, pero todas ellas erigen una común pretensión de corrección sin la cual son pragmáticamente inoperantes y creo que Ollero también estaría de acuerdo en ello.

8. El caso del matrimonio homosexual

En más de una ocasión (e.g. p. 432), Ollero recuerda que en la Comisión de nombramientos del Congreso de los Diputados (justo antes de ser nombrado Magistrado del TC) empleó un argumento retorsivo frente al diputado Jáuregui. Éste le preguntó si aceptaría una reforma constitucional del artículo 32 para sustituir «el hombre y la mujer» («tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica») por «Todos» y Ollero le manifestó su acuerdo en que tal maniobra requeriría en todo caso reforma constitucional... Posteriormente, el ya magistrado Ollero abordaría la cuestión con un voto particular a la STC 198/2012 de 6 de noviembre, arriba citada, separándose de la mayoría que declaró la constitucionalidad de la modificación del Código civil a los efectos de reconocer jurídicamente los matrimonios

homosexuales. Ollero sostuvo en su voto particular, claro está, que era preciso pasar por el procedimiento de reforma constitucional.

Reconozco que el voto particular de Ollero es muy persuasivo y también que me ha sumido en profundas dudas (legítimas en el profesor universitario como yo, necesariamente provisionales en un, a la sazón, magistrado como él). No voy a entrar ahora en los pormenores de la Sentencia ni en los del voto particular ahora; pero sí desearía apuntar una tensión que no sé hasta qué punto quede resuelta a lo largo del enjundioso libro de Andrés Ollero. La Sentencia acude a la conocida metáfora de la Constitución como «árbol vivo» y en última instancia asume los argumentos de ese «prestigiado autor norteamericano» (tras el cual, el lector avezado reconoce a Ronald Dworkin) cuando distingue entre conceptos y concepciones constitucionales. Se trata de una distinción que lleva a contemplar en los conceptos de la Constitución (e.g. una Constitución bicentenaria como la estadounidense) el punto de partida para el desarrollo jurisprudencial de una secuencia de concepciones de cada concepto constitucional a lo largo de la historia. En nuestro caso, el concepto constitucional de matrimonio podría así albergar hermenéuticamente una secuencia de concepciones del matrimonio entre las que cabría el matrimonio homosexual.

Se trata de una forma de concebir la interpretación constitucional que cobra sentido especialmente frente a opciones originalistas como la de Robert Bork, quien en su día (corrían los años ochenta), proponía una interpretación de la Constitución de acuerdo con la voluntad original de sus redactores de hace más de dos siglos, con las consecuencias petrificadoras e hiperconservadoras a que podría conducir fiar nuestra interpretación constitucional a lo que pensaba un padre fundador de la patria estadounidense de hace más de doscientos años. El debate de los ochenta entre Ronald Dworkin y Robert Bork es bien conocido en este punto (*vid.* Beltrán de Felipe, 1998); pero creo que merece la pena no perderlo de vista. Aunque pueda parecer paradójico, si consideramos el matrimonio como un concepto que puede abarcar una secuencia de concepciones con el propósito de mantener «viva» la Constitución, entonces la preservaremos a su mejor luz sin necesidad de acudir a continuas reformas que la erosionarían en tiempos tan volubles y populistas como los actuales y ello sin necesidad de afectar así su función y su estabilidad. Desde este punto de vista, parece conveniente aceptar al menos la posibilidad de que, en el ejercicio de su función de *cópula* entre lo jurídico y lo político (la *Kupplungsaufgabe* de que nos hablan los alemanes), el TC pueda fundamentar una nueva concepción del matrimonio dentro de la propia Constitución. Ollero puede entonces rechazarlo, ciertamente, y así lo argumentó en su voto particular. Sin embargo, cabe al menos apuntar para la discusión si de tal manera, Ollero renuncia en mayor o menor medida a los presupuestos hermenéuticos que acompañan sus propios principios metodológicos desde su juventud, aproximándose entonces a los planteamientos formalistas y legalistas que siempre ha combatido. Profundizar más en estos asuntos no es, sin embargo, posible aquí. Queden simplemente apuntados para invitar a la lectura de este libro, tan sugerente como los personalísimos puntos suspensivos que anuncian ya los nuevos trabajos de Andrés Ollero.

Bibliografía

- Agudo González, J. (8 de enero de 2025). Una universidad de catedráticos. *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacenederecho.org/una-universidad-de-catedraticos>.
- Alexy, R. (2003). Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. En M. Carbonell (Comp.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 31-47). Trotta.

- Beltrán de Felipe, M. (1989). *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*. Civitas.
- Bonorino, P.R. (2023). *Enredados. Argumentación, interpretación y prueba en el Derecho*. Aranzadi.
- De Lora, P. (2024). *Recordar es político (y jurídico)*. Alianza.
- García Figueroa, A. (2018). El convencionalismo jurídico o la irrelevancia del juspositivismo. *Persona y Derecho*, 79 / 2018/2, pp. 71-114. DOI: <https://doi.org/10.15581/011.79.71-114>.
- García Figueroa, A. (2011). Law, Metaphysics and Nature. Alexy's Journey into the Realm of the Eternal Verities. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 66, pp. 109-129. DOI: <https://doi.org/10.3917/riej.066.0109>.
- Gauchet, M. (1998). *La religion dans la démocratie*. Gallimard.
- Jestaedt, M. et al. (2020). *The german federal constitutional court. The court without borders*. OUP.
- Medina, D. (2023). *El oficio del Derecho (el pueblo, su participación en el derecho y la actividad legislativa)*. Dykinson.
- Ollero, A. (2024). *Entre el Derecho y la vida pública*. Aranzadi.
- Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 134/2018, de 13 de diciembre de 2018. <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25817>.
- Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 198/2012, de 6 de noviembre de 2012. <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/23106>.