

EL ESTADO DE DERECHO: ¿MUERTE Y RESURRECCIÓN?

DISCURSO DE INGRESO EN ESTA REAL CORPORACIÓN

pronunciado por la Académica de Número

Ilma. Sra. Dña. MARÍA ASUNCIÓN TORRES LÓPEZ



CONTESTACIÓN por el

Excmo. Sr. D. ANDRÉS OLLERO TASSARA

Académico de Número



REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Granada, 27 de junio de 2024

Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia
y Legislación de Granada

Coordinación: José Soto Ruiz

Diseño y maqueta: Susana Martínez Ballesteros

Depósito legal: GR 1319-2024

I.S.B.N.: 978-84-09-65004-0

Imprime: Imprenta del Arco, Granada

«Publicación no venal»

*Libro impreso en España,
sobre papel ecológico, libre de cloro
y proveniente de bosques sostenibles*

CONTESTACIÓN POR EL
Excmo. Sr. D. ANDRÉS OLLERO TASSARA
AL DISCURSO DE INGRESO DE LA
**Excma. Sra. Dña. MARÍA ASUNCIÓN
TORRES LÓPEZ**

Señor presidente, señoras y señores académicos, autoridades, señoras y señores:

*D*EBO, ANTE TODO, COMENZAR por un obligado desahogo personal.

Después de haber disfrutado, nada menos que treinta y ocho años, de Granada, a cuya universidad llegué recién licenciado y en la que pude ser sucesivamente ayudante de clases prácticas, profesor adjunto por concurso, ingresado luego en el recién creado cuerpo de funcionarios, profesor agregado y catedrático.

Después de ser honrado durante más de diecisiete años por los granadinos, al elegirme como su representante en el Congreso de los Diputados.

Después de haber recibido el honor de ingresar hace veintisiete años en esta Real Academia, de la que tantos detalles he recibido; entre ellos el de haber sido repetidos años, la última ocasión hace menos de un mes, miembro del jurado del premio establecido en memoria de mi entrañable amigo el, para todos inolvidable, excellentísimo señor don Luis Portero García, que no dudó en arriesgar su vida en defensa de la Justicia en España,

siendo asesinado por la banda terrorista ETA, que aún hoy sigue negándose a pedir perdón por ello.

Después de todo esto, me encuentro, con profundo agradecimiento por mi parte, recibiendo uno de los mayores honores que esta casa puede ofrecer: responder, en nombre de todos sus miembros a la feliz incorporación de una nueva académica, que pasa a enriquecer con su valía a esta prestigiosa institución.

La ya excelentísima catedrática María de la Asunción Torres López será la primera en ostentar en esta Real Academia la medalla número 27, de reciente creación. Terminó su licenciatura en derecho, con la calificación de sobresaliente en 1993, así como el título de doctora cuatro años después, por una tesis sobre «Régimen jurídico de las comunicaciones móviles. Especial referencia a la telefonía móvil», dirigida por los profesores don Eduardo Roca Roca, durante tantos años miembro de esta casa, y don Luis Morell Ocaña, que fue calificada por unanimidad con sobresaliente *cum laude*, por un tribunal presidido por el recientemente fallecido don Alejandro Nieto García, evocado repetidamente por la inminente académica en su discurso, junto a otros prestigiosos administrativistas, como don Eduardo García de Enterría o don José Esteve Pardo. Acompañaban a don Alejandro Nieto los profesores Luciano Parejo Alfonso, Tomás de la Quadra Salcedo, el también fallecido Luis Ortega Álvarez y Francisco López-Font Márquez.

Su labor investigadora se ha visto reconocida por seis sexenios, cinco de investigación y uno por la fructífera transferencia de la misma. Había comenzado su carrera

académica como becaria de investigación, pasando tres años después a profesora asociada a tiempo completo durante otros tres, llegando pronto por concurso oposición a profesora titular en el Departamento de Derecho Administrativo de nuestra universidad. Acreditada por la ANECA como catedrática, ingresó en 2015 en dicho cuerpo.

Su dedicación universitaria le llevó a ocupar cargos de gestión. Tras haber sido durante cuatro años secretaria del departamento ya citado, pasó a ser su directora desde 2012 a 2019; año en que se convirtió en secretaria general de la Universidad de Granada durante otros cuatro.

Ha estado integrada en tres grupos de investigación. Ha liderado cuatro proyectos de I+D como investigadora principal. Participa ahora en otros cuatro, después de haberlo hecho en diez más, así como en tres redes temáticas y unidades de excelencia.

Sus líneas de investigación principales son: telecomunicaciones, medios audiovisuales y sociedad de la información; energía y medio ambiente; así como servicios sociales, discapacidad, dependencia y derecho sanitario.

Todo ello se ha plasmado en tres libros; ha coordinado y presentado otros tres colectivos, y ha publicado también siete con varias ediciones para los alumnos de sus tareas docentes. A ello se añade la colaboración con treinta y seis capítulos en diversas obras colectivas, así como treinta y un artículos en revistas de la especialidad.

Su discurso, perfectamente estructurado, habrá despertado el interés de todos los presentes, dada la variedad de sus puntos de vista. Desde mi dedicación a la

filosofía del derecho, me han llamado especialmente la atención cuatro aspectos.

En primer lugar, la repetida alusión en su diagnóstico jurídico a la notable modificación que ha experimentado la teoría de las *fuentes*, como reflejo de las influencias experimentadas por la teoría del derecho durante el pasado siglo y sus previsiones de futuro.

Nuestro decimonónico Código Civil, experimentó ya una significativa modificación en 1973, al replantearse su título preliminar. Se ponía en duda la idea, propia del positivismo jurídico, normativista y legalista, de poder garantizar un sistema cerrado y pleno, capaz de ofrecer respuesta única y ajustada para cualquier problema. Ese mismo año, tuve la fortuna de disfrutar de una estancia de un año en Múnich, junto al profesor Arthur Kaufmann y a su discípulo Winfried Hassemer, que llegaría con el tiempo a ser vicepresidente del Tribunal Constitucional Federal de Karlsruhe. Ambos me hicieron reflexionar sobre el papel de la interpretación en el proceso de positivación del derecho.

La interpretación de las normas se había visto planteada en el añejo Código Civil como un excepcional recurso terapéutico, destinado a solventar patológicas insuficiencias o imprevisiones de la ley. Tras esta reforma, se vió modificado —en su nuevo artículo 1.6— el papel de la jurisprudencia, que —sin considerarse *fuentes* del derecho— se reconoce ya que «complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

Se detecta así la dimensión hermenéutica de toda actividad jurídica; lo que pone en cuestión el conocido apotegma *in claris non fit interpretatio*. Nos desvela que, cuando se dictamina que estamos ante un caso claro, no es porque no necesite interpretación, sino porque ya la ha recibido. Años después lo vemos confirmado cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea habla de casos *claros y aclarados*; gracias, sin duda a que ya los interpretó.

Pasados cinco años de aquel nuevo título preliminar del Código Civil, la Constitución española de 1978 ahondará más en el pozo sin fondo de las pretendidas fuentes del derecho, que —con la eliminación de lagunas, gracias a los principios generales del derecho— componía toda una hidráulica jurídica, capaz de garantizar a todos los ciudadanos certeza y seguridad. En su artículo 1.1, fuente decisiva de su caudal jurídico, nos habla de los «*valores superiores del ordenamiento*», con lo que ya no tenemos solo normas y principios generales, sino también valores.

Esto ha activado un segundo punto de atención a la brillante exposición de la profesora Torres López. Porque, por si fuera poco, esos valores —operativamente— actuarán como *principios* y no solo en el ámbito de los derechos y libertades clásicos, respecto a los que —según el artículo 53.2 CE— «cualquier ciudadano podrá recabar la tutela [...] ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional».

A mayor abundamiento, también —artículo 53.3 mediante— se proyectarán esos principios en el ámbito de

los peculiares derechos económicos, sociales y culturales. Como consecuencia, el «reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos» en ese capítulo, cobrará tal fuerza que «informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos». No tiene pues nada de extraño que la profesora Torres López nos haya invitado repetidamente en su discurso a respetar «los principios y valores constitucionales».

Hay que subrayar que no estamos ya hablando de unos principios generales del derecho, obtenidos de las normas positivadas como un peculiar zumo, capaz de calafatear —en spray, comentaba yo a mis sufridos alumnos— las porosidades detectadas en la superficie normativa, evitando charcos lagunosos, sino que se trata ahora de principios prelegales. Esto ha creado notables problemas a los positivistas, incluidos a los que se autodenominan *inclusivos*, ya que estos acabarán admitiendo que los jueces, con frecuencia, no pueden limitarse a aplicar el derecho positivado, sino que habrán de recurrir a elementos que califican de *morales*; con ello traicionan su centenaria doctrina, que excluye de la ciencia jurídica cualquier contaminación entre derecho y moral. Todo vale antes que reconocer que existen exigencias jurídicas no positivadas, porque eso les suena peligrosísimamente a iusnaturalista.

Un tercer punto de atención me lo han provocado las alusiones de la nueva académica al *arbitrio judicial*, que —como acertadamente ha subrayado— no implica —sinonimia sonora aparte— arbitrariedad alguna. Este nuevo papel del juez, marcado en nuestra Constitución, me

había llevado un año antes de su nacimiento a traducir del alemán —para la prestigiada revista de nuestra universidad *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*— el artículo de Arthur Kaufmann: «Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica». Heredero de Gadamer, hacía suya la afirmación de que nuestros saberes los debemos más a nuestros prejuicios que a nuestros juicios. De ahí la sintonía entre medicina y derecho, como saberes fruto de un atesoramiento experiencial, que explica que en más de una de nuestras facultades de derecho se cuente con una *clínica jurídica*.

El vano intento positivista de contar con jueces libres de prejuicios los convertiría en auténtico peligro público. Lo primero que ha de intentar un juez independiente es ser consciente de sus prejuicios, porque es condición indispensable para poder convertirlos en juicios. Esa convicción me ayudó mucho en mi aventura en el Tribunal Constitucional y explica mis casi setenta votos discrepantes, sin preocuparme si los hacía respecto a jueces de origen tirio o troyano; ustedes ya me entienden.

No en vano nuestro Tribunal Constitucional invita a los jueces españoles a plantear ante el Tribunal europeo de Luxemburgo cuestiones *prejudiciales*, por si la norma a aplicar ha vulnerado el derecho europeo, antes de plantear en Domenico Scarlatti cualquier cuestión de inconstitucionalidad.

La mejor receta para que un juez se libere de incurrir en arbitrariedad es el respeto al precedente; no en el sentido de que haya que cristalizar la interpretación de las normas, sino de que ese respeto exige una argumentación

reforzada para poder ser ignorado. La vieja idea de que el precedente judicial era una no importable originalidad anglosajona, comparable al conducir por la izquierda, llevaba a ignorar que toda actividad propiamente jurídica es una tarea prudencial llevada a cabo por seres humanos capaces de razonar, sea cual su sea su cultura o su condición.

Me preocupa que, cuando esto se olvida, de los asomos de arbitrariedad no se acaba librando ni nuestro Tribunal Constitucional. Ya son tres las ocasiones en que ha recurrido, sin ruborizarse, a presuntas interpretaciones calificadas de *evolutivas*, que le han permitido realizar, en una ocasión, una mutación constitucional del artículo 32 CE, burlando las exigencias del artículo 167 CE. Se han ahorrado así que tal modificación sea aprobada «por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras», e incluso, que se vea «sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras». Es decir, un *quorum* que nunca se habría alcanzado y un referéndum condenado al fracaso.

No pierdo nunca ocasión de comentar mi primera anécdota relativa al Tribunal Constitucional, que —paradójicamente— tuvo lugar en el Congreso de los Diputados; con motivo de la comparecencia ante la Comisión de Nombramientos como candidato a convertirme en magistrado. El portavoz del grupo socialista —Ramón Jáuregui— quiso emplearse a fondo y me preguntó qué haría si se me ofreciera firmar una petición para que, donde el citado artículo 32 CE dice «el hombre y la mujer» —único

artículo que incluye tan peculiar fórmula— pasara a decir «todos». Le contesté que estaba de acuerdo con él en que solo una reforma de la Constitución lo haría posible. Ni a él siquiera se le ocurrió que una presunta interpretación de su texto lo pudiera facilitar. Lógicamente, no mucho después, tuve que presentar un voto particular ante una primera sentencia presuntamente evolutiva.

Años después, estando ya fuera del Tribunal, por ese mismo procedimiento *evolutivo*, se inventó la existencia de un presunto derecho al aborto, quizá para servir de contrapeso al hecho de que el Tribunal Supremo norteamericano acababa de eliminar en aquel país un viejo invento similar.

El surgimiento de un nuevo derecho no es algo que me produzca especial asombro. No en vano mi discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, que contó con la respuesta del que fuera presidente del Tribunal Constitucional y siempre granadino nostálgico, Manuel Jiménez de Parga, tuvo como título *De la protección de la intimidad al poder de control sobre los datos personales. Exigencias jurídico-naturales e historicidad en la jurisprudencia constitucional*. Había nacido, sin duda, un nuevo derecho, pero encontraba claro encaje, dada la previa referencia del artículo 18.4 CE a que «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

Por si fuera poco, se acabó recurriendo a similar excusa evolutiva, a propósito de la eutanasia, El sistema es fácil. Todo consiste, para *evolucionar*, en remitirse a una

sentencia canadiense de hace decenios y afirmar que «la Constitución es un “árbol vivo” que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna, como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad». No deja de sorprenderme, porque yo siempre he pensado que es la Constitución la que ha de avalar la legitimidad de las conductas sociales y políticas, sin imaginar que haya de ser su texto el que cobre legitimidad acomodándose a ellas.

En las tres ocasiones no se tuvieron en cuenta los pocos precedentes del propio Tribunal existentes al respecto, ni se intentó una argumentación razonable capaz de justificar tales cambios. No dudo de la honestidad de los que lo hicieron posible, pero un planteamiento jurídico más cuidado habría evitado que más de un ciudadano piense que la doctrina constitucional acaba dependiendo del «ahora nos toca a nosotros».

Por último, me han llamado también la atención —una atención fruto a medias de la curiosidad y de la preocupación— las referencias de la nueva académica a la progresiva incidencia de los avances tecnológicos, en la medida en que las sucesivas revoluciones industriales llevan consigo nuevas «formas de entender el mundo y la relación entre Estado y sociedad». Esto nos estaría llevando al consiguiente paso de una «sociedad de la información» a «una sociedad de riesgo», que reclama un «Estado garante del desarrollo de los servicios de interés general». A todo ello hemos de añadir la creciente globalización, que lleva consigo, según la profesora Torres López, por un lado, una progresiva «desterritorialización de las actividades y de los mecanismos sociales y económicos;

de otro lado, el proceso de desestabilización de las sociedades y del mundo», con la enigmática conclusión de que «la ley cede al contrato».

Mi preocupación surge de ese «quinto poder» de las «empresas tecnológicas», desde mis modestas experiencias. que me llenan de escepticismo ante la pretenciosamente llamada *asistencia al cliente*, que nos estrella contra obtusas máquinas y —más de una vez— me lleva a verme dedicado a una personal *asistencia a las* más variadas *empresas*, que me marean, impidiéndome acceder a ellas por correo (se cuidan mucho de no facilitar su dirección) o por teléfono, ya que sus agentes suelen estar saturados y nos obsequian a cambio con música o publicidad.

He de terminar. El mejor modo de evaluar las aportaciones a las sesiones de las reales academias es constatar el número de comentarios que una intervención suscita. Las de la profesora Torres López me han suscitado a mí no pocos y, sin duda, no menos a todos ustedes. Esto genera ya un muy positivo presagio de lo que cabe esperar de sus próximas aportaciones a esta institución. La felicito por su excelente discurso y doy, a la vez, la más calurosa enhorabuena a esta Real Academia, por su evidente acierto a la hora de invitarla a integrarse en esta institución, tan relevante en el devenir social y jurídico de Granada.

Muchas gracias por su atención.