

NOTICIAS DE LIBROS

ANDRÉS OLLERO: *Discriminación por razón de sexo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, 183 págs.

La Constitución Española dice en su artículo 14 que todos los españoles somos iguales ante la Ley y que no puede prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, religión, opinión o por cualquiera otra condición o circunstancia personal o social. Pero, ¿hay alguna razón que justifique la discriminación positiva si así se consigue hacer efectivo ese principio de igualdad? Evidentemente. Eso es lo que trata de demostrar —y demuestra— el profesor Ollero en su obra *Discriminación por razón de sexo* que lleva el sugestivo subtítulo de «Valores, principios y normas de la jurisprudencia constitucional española». A lo largo del exhaustivo y meditado análisis de ochenta sentencias del Tribunal Constitucional, Ollero desgrana todas las formas posibles de discriminación sexista imaginables. Como escribe el *ex* presidente del TC y prologista del libro, lo que el profesor destaca en su obra es la primacía de lo teleológico en la jurisprudencia constitucional, es decir, de la finalidad o resultado antidiscriminatorio, aunque para asegurar esa igualdad efectiva deba operarse para ello con desigualdad de trato.

Ollero describe cómo nuestra constitución y, más concretamente el artículo 14 que es el que analiza en su obra, parte de un peculiar *sistema* no sólo compuesto de *normas* sino, también, integrado por *valores* que operan como *principios* integradores del ordenamiento jurídico aunque no lleguen, de manera más o menos precisa, a plasmarse en *normas*. Por ello, ese variado juego, ese «rigodón terminológico», que trenza valores, principios y normas, es la verdadera animación del *proceso de positivización de una concepción de la justicia* que lleva consigo toda actividad jurídica. Y es desde esa actividad jurídica, desde donde el profesor Ollero realiza su trabajo, trabajo que está influido por esa otra doble actividad del catedrático, durante tantos años de Granada y desde hace poco de la Universidad Juan Carlos I, que es la de filósofo del derecho y la de diputado. Una visión de la jurisprudencia constitucional, pues, por estar contemplada desde muy distintas ópticas, verdaderamente completa. Me parece especialmente

importante esa afirmación de que «la virtualidad eficiente de los valores jurídicos, como auténticos motores del proceso de positivización, explica a su vez el cambio operativo experimentado por los *principios jurídicos* en el ámbito constitucional europeo». Es decir, concluye, «la óptica positiva-legalista de las condificaciones decimonónicas acabará cediendo paso a los planteamientos constitucionales de la última postguerra». Desde esos *principios* previos a las nominaciones constitucionales, desde esa «aproximación significativa a contenidos iusnaturalistas» (P. Lucas Verdú, citado) que imprime esa suerte de «espacio constitucional europeo común» (G. C. Rodríguez Iglesias y A. Valle Gálvez, citados), es desde donde Andrés Ollero plantea su lúcido análisis sobre la discriminación por razón de sexo.

La jurisprudencia del TC no es uniforme y ha sido, en algunos casos, titubeante. Así, en el apartado «Turno de Consorte» del Capítulo 3 —Una razonable positivación— pone el ejemplo de la STC 222/1992, de 11 de diciembre, que impone al propietario «la obligación de continuar la relación arrendaticia, pese al fallecimiento del contratante inicial, con la persona supérstite que había convivido *more uxorio*, en una situación «libremente elegida y querida por ellos y sin que nada les hubiera impedido, en su día, contraer matrimonio». (Se citan, también, los votos particulares de los Magistrados Rodríguez Bereijo y Gabaldón López). A continuación, un irónico comentario de este maestro de la ironía que es el diputado Ollero (véanse los Diarios de Sesiones): «Sea porque la advertencia no ha caído en saco roto, o ayudado quizá —a la hora de adjudicar gastos— por la constatación de que se ha pasado del ámbito privado al público, el Tribunal se negará más tarde a reconocer pensión de viudedad a quienes se encuentran en análoga circunstancia, porque el legislador *no lo ha considerado oportuno, por el momento*».

Ollero se ocupa de los más variopintos casos de discriminación caminando de la mano de la saludable costumbre analítico-jurídico anglosajona de, por la senda de la jurisprudencia, partiendo del caso concreto, elevar la anécdota a categoría. Así, van pasando por entretenidas páginas —lo que no es poco para un libro de derecho— desde el descanso femenino nocturno hasta el tema de las telefonistas del 09, pasando por la discriminación del viudo o las enfermeras que trabajan el domingo; sin olvidarse de que también las sentencias del TC se han ocupado del miedo a salir de noche o de las prestaciones para hijas y hermanas; de la rescisión del contrato por razón de matrimonio o del tema de las azafatas; de la cuestión de las mineras, de las guarderías o de la lactancia; del controvertido asunto de la sucesión de los títulos nobiliarios —por cierto ¿qué tendrá esta cuestión de la nobleza que todo el mundo dice que interesa sólo a unos pocos pero que nadie deja de comentar?—; de las mujeres militares, de las limpiadoras o las peonas; del papel del esfuerzo físico femenino o de las administrativas y las basculeras... en fin, que nos encontramos con un libro necesario para el jurista, para el abogado y para el magistrado que es el amo de la pista (como diría la canción). Libro necesario, ameno y que abre ventanas al conocimiento jurídico. El catedrático de filosofía del derecho concluye de forma rotunda y convincente: «Se ha situado en un nuevo contexto histórico el horizonte hermenéutico que había dado paso a las normas protectoras, recreándolo hasta hacerlas aparecer como realmente discrimi-

natorias. La igualdad, como *valor* propiamente jurídico, ha operado a través de tres *principios*, que han hecho hablar de modo muy distinto a la misma *norma*, a través de un proceso de positivación que ha ido delimitando una amplia gama de *derechos*. Disfrazar de *aplicación* lo que es *invención* hermenéutica obligaría a cerrar los ojos ante los auténticos perfiles de la realidad jurídica». El fracaso de positivismo normativista, en suma.

Para concluir: La sistemática y los comentarios del profesor Ollero están llenos de pericia y de algo tan importante y tan escaso en el mundo académico y político como es ese fino y ácido sentido del humor que destila este sevillano de nacimiento y granadino de adopción. Esa mezcla, y la inteligencia de este hombre, habría podido enriquecer al Tribunal Constitucional en lugar de estar amarrado, como lo está Ollero ahora, a ese dique seco que es lo que a veces parece ser el Palacio de la Carrera de San Jerónimo, al menos para algunos diputados. También es una pena que en tantas ocasiones los partidos —sin excepción— arrinconen la inteligencia para que pueda encaramarse sobre ella la mediocridad. Quien lea este libro se dará cuenta de por qué digo esto.—*Jorge Trias Sagnier*.

MARÍA ELÓSEGUI ITXASO: *La transexualidad. Jurisprudencia y argumentación jurídica*, Editorial Comares, Granada, 1999, 379 págs.

La profesora María Elósegui presenta una obra rigurosa y muy sugerente sobre un tema tan de nuestros días como es el del tratamiento jurídico de algunos aspectos problemáticos de la transexualidad. Aunque, para ser precisos, el libro reúne, bajo un mismo título, diversos trabajos. El tema central, que se aborda en el primer epígrafe del capítulo primero, es el de la licitud o ilicitud jurídica del matrimonio de un transexual una vez que se ha inscrito su cambio de sexo en el Registro Civil. Pero la autora se enfrenta también a otros problemas que guardan un cierto aire de familia con aquél y que no son menos problemáticos, como el de la legislación de algunos países extranjeros y de Cataluña sobre parejas de hecho, hetero y homosexuales, o, el asunto más general, de los modelos de relación que pueden establecerse entre el concepto biológico de «sexo» y el concepto cultural de «género». La obra proporciona también todas las Sentencias del Tribunal Supremo español sobre el cambio de sexo en el Registro Civil y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia, aderezadas con breves comentarios de la propia autora o de otros juristas, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre discriminación por razón de sexo y por orientación sexual. Así que, en definitiva, junto a una parte de temperamento más doctrinal, la obra proporciona un buen conjunto de materiales que pueden permitir a un lector no experto acercarse de primera mano a las fuentes doctrinales, normativas y, sobre todo, jurisprudenciales.

El punto de partida del texto es la constatación de que desde hace años se está planteando al Derecho una serie de desafíos con la regulación jurídica de la sexualidad, lo

que afecta directamente a la institución matrimonial. El trasfondo del debate jurídico es el conflicto ideológico entre un modelo tradicional de regulación jurídica que se basa estrictamente en la biología y otro, que se intenta abrir paso recientemente, para el cual el Derecho es una construcción cultural que no tiene por qué depender necesariamente de la biología. Además de esta precomprensión ideológica, que es difícil si no imposible de sortear, la doctora Elósegui identifica otras dos dificultades en torno al problema. La primera se refiere a la necesidad de contar con los datos objetivos aportados por la ciencia. No es raro que se argumente jurídicamente empleando datos científicos erróneos, como, por ejemplo, ha hecho el Supremo confundiendo hermafroditismo y transexualidad, o algún escrito de conclusiones ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad al sostener, sin fundamento alguno, que la ciencia habla de un continuo entre lo masculino y lo femenino, comprendiendo la transexualidad como un tercer sexo intermedio. Precisamente un plusvalor de la obra en examen es su intento de rigor científico, de precisión conceptual de categorías como homosexualidad, transexualidad, intersexualidad, travestismo, etc. Una parte del texto la llega a escribir la autora en colaboración con una médica ginecóloga. El segundo gran problema apuntado es el de la escasez de fuentes legislativas que regulen estos asuntos, lo que otorga a los órganos judiciales una capacidad exegética tan creadora como indeseable. Elósegui apunta la importancia creciente que están revistiendo las decisiones judiciales para dirimir problemas de interpretación que afectan a la definición de conceptos antropológicos como el de sexo, matrimonio o familia. La autora se muestra decididamente contraria a interpretaciones judiciales evolutivas que se funden en pretendidos cambios de la moral social. Es constante en el libro la sugerencia de que sea la ley la que concrete al fin la licitud (o más bien la ilicitud) del matrimonio de los transexuales después de su cambio de sexo registrado civilmente.

En relación con este problema, los datos jurídicos básicos son los siguientes. La Constitución y el Código Civil establecen un matrimonio monógamo heterosexual. El Tribunal Supremo ha permitido el cambio de sexo en el Registro Civil con prohibición expresa de que se pueda contraer matrimonio según el nuevo sexo. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia tiene tanto valor como parámetro interpretativo de nuestros derechos fundamentales por parte de nuestro Tribunal Constitucional (art. 10.2 CE), ha venido afirmando que corresponde a cada Estado admitir o no el cambio de sexo de los transexuales en el registro civil respectivo, pero en la Sentencia B c. Francia (1992) ha sostenido que el Estado demandado, Francia, debía acceder al cambio de sexo de un/a ciudadano/a francés/a para respetar su derecho a la vida privada (art. 8 del Convenio de Roma). Y la ambigüedad del Supremo ha posibilitado que en 1993 un juez en Alicante haya permitido el registro del matrimonio civil de un transexual (de hombre a mujer). Al no ser recurrido por el Fiscal, el matrimonio se da por válido.

La cuestión crucial es la definición jurídica de sexo, de si se trata, como hasta ahora se ha entendido, del sexo *cromosómico* (que no puede cambiar a lo largo de la vida del sujeto) o, por el contrario, del sexo *morfológico*, en cuyo caso podría otorgarse a los transexuales todos los derechos civiles derivados de su nuevo sexo una vez reco-

nocido el cambio. En este punto, la doctora Elósegui se pronuncia claramente a favor del primer modelo, el cromosómico. Sus tesis principales acaso pueden resumirse así: 1.º En el caso de los transexuales hay que diferenciar técnicamente y con claridad su derecho a la privacidad, que no se discute que tienen, y el derecho a contraer matrimonio, del que no son titulares porque no pueden *natural o cromosómicamente*. La nota de *heterosexualidad* es consustancial al concepto jurídico de matrimonio. El artículo 32 CE se refiere al matrimonio entre «hombre y mujer». Resultaría desproporcionado que del reconocimiento del derecho a la privacidad de homosexuales y transexuales se derivara, sin más matizaciones, su derecho a contraer matrimonio con arreglo a su nuevo sexo. Los transexuales no serían titulares de este último derecho porque los datos jurídicos deben atenerse a la biología; el libre desarrollo de la personalidad encuentra su límite necesario en la propia realidad. Por emplear categorías dogmáticas que proceden de la dogmática alemana, entre otros autores de uno de los maestros de la autora, Robert Alexy, la imposibilidad de que los transexuales puedan contraer matrimonio no sería un *límite* al derecho fundamental del artículo 32.1 CE, sino que, simplemente, sería un supuesto que cae fuera de la *delimitación* del programa normativo de esa disposición de derecho fundamental. En otras palabras: el artículo 32.1 CE alude *sólo* al matrimonio entre *hombre y mujer* (definidos, según Elósegui, cromosómicamente). 2.º Por eso mismo tampoco cree lícita la autora el reconocimiento jurídico del matrimonio entre homosexuales. Porque, en definitiva, aceptando la perspectiva del sexo cromosómico, el matrimonio de un transexual es equivalente al de dos homosexuales, aunque transexualidad y homosexualidad no sean lo mismo (el homosexual se identifica con su sexo, si bien se siente atraído por las personas de su mismo sexo, mientras que el transexual se siente y quiere ser socialmente reconocido como perteneciente a su sexo psicológico que no es el ffsico). «La admisión de un transexual al matrimonio según el nuevo sexo implica el reconocer como matrimonio a las relaciones homosexuales». De ahí que, después de esta equiparación, la doctora Elósegui transite desde el análisis de la legitimidad jurídica del matrimonio de los transexuales hacia el de los homosexuales. Este salto argumentativo es bastante discutible, como puede comprenderse. También lo es, claro está, la opción por un modelo de sexo cromosómico, que es inevitablemente una petición de principio. Desde luego, no se ciñe la autora *sólo* al modelo cromosómico de sexo para explicar por qué nuestro ordenamiento prohíbe (implícitamente) el matrimonio de un transexual después de su cambio de sexo. Por poner un ejemplo de reducción al absurdo (pero que podría darse en la realidad), según una tesis así no habría razones para impedir el matrimonio de dos transexuales que hubieran cambiado respectivamente de hombre a mujer y de mujer a hombre. Todo estaría cromosómica y morfológicamente en orden. Evidentemente, la autora añade otros argumentos, muchos de ellos también muy opinables. Recordaré aquí tan *sólo* uno. Ya se ha expuesto que la no admisión del matrimonio de transexuales no lesiona y ni siquiera limita el derecho fundamental a contraer matrimonio (art. 32.1 CE), pero la profesora Elósegui va más allá y afirma que reconocer este tipo de matrimonio violaría tal derecho. Porque la sociedad está en su derecho de proteger determinados modelos de matrimonio que sean compatibles con los datos biológicos.

La sociedad protege determinados valores que aseguran incluso biológicamente su supervivencia como es la continuidad de la especie. No hay que olvidar la tasa de natalidad decreciente gravemente en Europa; los matrimonios de transexuales y homosexuales no pueden tener descendencia. La persona está ligada a la colectividad. La autora distingue, incluso, entre una ética *mediterránea*, que subraya más los aspectos sociales y los deberes del individuo para con la comunidad y una ética *anglosajona*, de corte intensamente individualista. Por supuesto, todas estas ideas tienen el valor de *opiniones*, más o menos compartibles. Pero, desde el punto de vista de la argumentación jurídica, se echa de menos un análisis jurídico-constitucional más técnico. Un examen, por ejemplo, que intentara construir esas ideas desde la noción de la *garantía de instituto*, o que se atuviera más cerradamente a la interpretación constitucional. En efecto, que el artículo 32 CE se refiera sólo al matrimonio de hombre y mujer no prohíbe por sí solo que el ordenamiento pueda extender ciertos efectos típicos de esa figura a otro tipo de uniones, como se viene haciendo pese a todos los modelos interpretativos que, con un cierto carácter ideológicamente *defensivo*, se puedan oponer. La jurisprudencia constitucional ha interpretado el concepto de *familia* del artículo 39.1 CE de modo más amplio que el modelo de familia matrimonial heterosexual. En la argumentación de la profesora Elósegui aflora expresa y permanentemente la idea de que la transexualidad y la homosexualidad son patologías y no opciones sexuales ni libre desarrollo de la personalidad.

No desearía finalizar esta ya larga reseña sin hacer alguna alusión, aunque sea breve, a los cuatro modelos de relación entre «sexo» y «género» que propone la profesora Elósegui. Se trata, en mi opinión, de un análisis potente. El primer modelo es el de identidad entre sexo y género, un modelo que la autora entiende como falso y superado, y según el cual a cada sexo le correspondería por necesidades biológicas unas determinadas funciones sociales invariables a lo largo de la historia. Este es, evidentemente, el modelo de subordinación de las mujeres a los hombres que ha regido durante milenios. El segundo modelo es el de la independencia entre sexo y género y la equiparación asimilacionista. Habría una total separación entre sexo y género, según la idea de que nada vendría dado. La biología es irrelevante. La igualdad entre mujeres y hombres se entendería como identidad u homogeneidad. El tercer modelo es el de independencia entre sexo y género y la transexualidad y la androginia. Los partidarios de este modelo entienden que no hay dos géneros (masculino/femenino), sino cuatro: masculino, femenino, andrógino e indiferenciado. El cuarto modelo, al que se adhiere Elósegui, es el de la relación entre sexo y género, pero no de identidad, sino de interdependencia y corresponsabilidad. Los sexos son necesariamente dos, varón y mujer, pero las funciones atribuidas culturalmente a cada sexo pueden ser en algunos aspectos intercambiables. Este modelo propugna una igualdad en la diferencia; los dos sexos deben estar a la vez presentes en el mundo de lo público y en el de lo privado. Defiende la igualdad hombre/mujer en todos los roles históricos y culturales, y asume algunas diferencias en lo biológico.—*Fernando Rey Martínez*.

JUAN MANUEL LÓPEZ ULLA: *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1999, 146 págs.

El trabajo reseñado tiene su origen mediato en la tesis doctoral que Juan Manuel López Ulla defendió en febrero de 1997 en la Universidad de Cádiz. Lo que se nos presenta aquí es la primera parte de su tesis, dedicada al estudio histórico del control incidental de constitucionalidad, que se ha visto prologada para la ocasión por el profesor López Guerra. Entre otras cosas, el profesor López Guerra recuerda la distinta función que los Tribunales Constitucionales han cumplido a lo largo de la historia reciente y señala también que de la justicia constitucional defensora se ha pasado a otra orientadora, en la que se interpreta la Constitución y se construyen y adoptan unos criterios que rijan la actuación de los poderes públicos.

Las páginas iniciales del libro se dedican al estudio de la constitucionalización progresiva del control judicial de las Leyes. Tras aludir al tránsito del Estado de Derecho al Estado constitucional de Derecho, se afirma que la superioridad de la Constitución solamente se puede construir a través del principio de jerarquía. En este punto hubiera sido preciso contar con dos aportaciones acaso esenciales. La primera es la desmitificadora visión de las revoluciones liberales recogida en *Representación política y Constitución democrática* (Civitas, Madrid, 1991), del profesor Garrorena. La segunda es el capital análisis de las nociones de supremacía y supralegalidad llevado a cabo por el profesor Aragón Reyes, que ahora puede consultarse en sus *Estudios de Derecho Constitucional* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998), cuya lectura habría conducido posiblemente a matizar algunas de las ideas expresadas en esta primera parte de su trabajo.

Sin embargo, es muy de agradecer la cuantiosa información que se suministra en ocasiones sobre extremos concretos de la historia del constitucionalismo. Baste con recordar, a modo de ejemplo, la interesante nota 45 de la página 36 en la que se da cumplida cuenta de la Sentencia Martín vs. Hunter (1816) en la que el Tribunal Supremo anula (*sic*) por primera vez una ley estatal, o el recordatorio de que la más temprana manifestación del control incidental de constitucionalidad, recogida en la reforma constitucional austríaca de 1929, únicamente beneficiaba a dos tribunales (el Superior de Justicia en el orden civil y criminal y al Administrativo de Justicia).

Este dato es relevante porque enlaza ya con la principal tesis del trabajo de Juan Manuel López, que puede glosarse en la defensa de que la primera Constitución que diseñó un control incidental de constitucionalidad homologable a los extendidos en la actualidad es la española de 1931. Nuestra Constitución republicana establecía un control mixto de constitucionalidad, en el que tenían cabida tanto un mecanismo excepcional o incidental como otro de acción o directo [arts. 100 y 121.a) de la Constitución española de 1931 —CR en adelante—]. Pero más allá de las concretas previsiones constitucionales, no es difícil evidenciar las vacilaciones de nuestro constituyente en torno a las modalidades del control de constitucionalidad de las leyes y, lo que es más grave, a su propia conveniencia. Especialmente reveladora se muestra, en esta dirección, la iniciativa parlamentaria, sustentada por Xirau y Franco, de instaurar un control preventivo e

constitucionalidad (como ocurre, todavía hoy, en Francia), porque clarifica la importancia que algunos parlamentarios le daban en ese momento al Parlamento, y hace plausible que, como sostiene Juan Manuel López Ulla a modo de hipótesis, el constituyente español acordara la creación de un Tribunal Constitucional, entre otras razones, simplemente por mimetismo, en relación con la prestigiada Constitución austríaca de 1920.

Lo cierto es que tales inseguridades hicieron que la Ley orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, de 14 de junio de 1933, reorientara, de forma más que discutible, las citadas disposiciones constitucionales que establecían un control de constitucionalidad concentrado, acercándolas al modelo de constitucionalidad norteamericano. De ahí que ahora se anude el recurso de inconstitucionalidad a la aplicación, jurisdiccional o administrativa, de la ley a un caso concreto, y se articule como principal efecto conectado a la declaración de inconstitucionalidad el de la inaplicación, y no el de la nulidad. El particular afectado o el propio órgano judicial de oficio puede promover el recurso de inconstitucionalidad, que recibe entonces el nombre de excepción o de consulta, respectivamente. En todo caso, acordada la pretensión por el órgano judicial, ésta debe ser transmitida al Presidente del Tribunal Supremo para que sea examinada por la Sala competente *ratione materiae*, encargada de verificar que se han cumplido todas las formalidades legalmente establecidas y, en tal caso, es en la práctica el propio Tribunal Supremo el que traslada la cuestión al Tribunal de Garantías Constitucionales. Si el dictamen del Tribunal Supremo es negativo, el particular puede interponer recurso, pero éste carece de efecto suspensivo sobre el proceso judicial. Por lo que toca a los actos administrativos o de gobierno, el dictamen favorable es en su caso realizado por el Consejo Consultivo de la República, aunque el recurso que los ataca nunca tiene efectos suspensivos ni es, por ello mismo, prejudicial. Por último, puede ser útil recordar que también el Fiscal General de la República es competente para interponer recursos de inconstitucionalidad, que reciben tal nombre, aunque sólo con ocasión de la aplicación de la disposición legal en cuestión.

Junto al recurso de inconstitucionalidad (desarrollo del art. 121.1 CR), se contempla también en la ley, para llevar a efecto lo previsto en el artículo 100 CR, el procedimiento de consulta que puede promover cualquier órgano judicial ante el Tribunal de Garantías Constitucionales cuando tenga que aplicar una ley que estime contraria a la Constitución. Pero el trámite de consulta diseñado en la Ley de 14 de junio de 1994 presenta ciertos visos de inconstitucionalidad ya que, de un lado, excluye del mismo a los jueces municipales, y porque condicionaba su ejercicio a un dictamen favorable de la Sala competente del Tribunal Supremo. Más discutible es, si cabe, la práctica generada por la primera aplicación del precepto legal, en la que la Sala del Tribunal Supremo se extralimitó claramente en sus funciones al discutir la constitucionalidad de la Ley y elevar por sí misma la consulta ante el Tribunal de Garantías Constitucionales.

Dejando de lado la tramitación posterior del recurso, interesa recordar que mientras que aquellas normas que hubieran incurrido en una inconstitucionalidad formal eran consideradas nulas, aquellas otras que hubieran sido consideradas materialmente

contrarias con la Constitución solamente eran inaplicadas en el caso concreto que hubiera dado lugar a su planteamiento.

Hasta aquí un resumen de las principales afirmaciones realizadas en los *orígenes constitucionales del control judicial de las leyes* que, por supuesto, no agota la información contenida en el libro reseñado (en el que se recogen interesantes referencias al Derecho constitucional británico o se recuerda, por ejemplo, que el anteproyecto de la Ley orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales preveía algo parecido a la autocuestión prevista hoy en el art. 55.2 LOTC). Nos encontramos, en todo caso, ante un trabajo que, aunque sea modesto en las aportaciones que contiene, es agradable de leer y alumbraba, en alguna medida, una parte de nuestra historia política y constitucional que, por razones de muy distinta índole, no es conveniente olvidar.—*Francisco Javier Matia Portilla.*

PHILIPP HECK: *El problema de la creación del Derecho*, Comares, Granada, 1999, 98 págs.

No deja de ser sorprendente que trabajos gestados a comienzos del presente siglo mantengan tanta vigencia en el venidero. Esto ocurre con el difundido estudio de Philipp Heck sobre la creación del Derecho que, merced a la traducción de Manuel Entenza, se hace ahora accesible para el lector español. Aunque tal trabajo se inscribe en la órbita del Derecho privado, es claro —al menos, para el autor de estas líneas— que bajo esta cuestión se inscribe otra, de mayor calado, referida a la posición constitucional del poder judicial. Superados los viejos dogmas liberales, y entre ellos la desconfianza hacia los jueces y tribunales conservadores (lo que, por cierto, parece inevitable ya que su papel es aplicar un Derecho preestablecido), puede discutirse ahora si los órganos que integran el poder judicial y, en general, los aplicadores del Derecho, disponen de cierto margen de actuación en la aplicación del Derecho, pueden contribuir a determinar su sentido y alcance y cuáles son los límites que no pueden sobrepasar.

Y esta es la cuestión que se aborda en el trabajo de Philipp Heck. Se hace, lógicamente, desde la óptica decimonónica, que no confería valor jurídico a las Constituciones y se centraba fundamentalmente en el Derecho privado, heredero del Derecho romano. Cómo explica José Puig Brutau en el prólogo del libro, lo que le preocupa al autor alemán es la adaptabilidad del Derecho privado a las situaciones concretas, a través de la emisión de disposiciones generales. La vieja concepción jurisprudencial del Derecho privado se vio sustituida por la decisión del legislador, cuando éste fue consciente de su misión de lograr el bien común, lo que dio lugar a una «directa y consciente ordenación del plan de vida social», como señala el mismo Puig Brutau (pág. 10). Pero, como sigue recordando el presentador de la obra, el Derecho privado no requiere la existencia del Estado en sentido moderno y persigue fines que no pueden verse logrados simplemente a través de la Ley. De ahí la pretensión de Heck de que un órgano estatal asuma la tarea de ocuparse, de forma exclusiva, permanente y con poder

soberano, del Derecho privado. Ideas parecidas han sido patrocinadas por otros autores, como el juez inglés Benjamin H. Cardozo o F. W. Eggleston.

Dejando ya de lado el sugerente prólogo de José Puig Brutau, podemos adentrarnos en el estudio de Philipp Heck, que parte de la polémica existente en la Alemania de principios de siglo entre las tendencias jurisprudenciales de conceptos (que considera la tarea del juez como puramente gnoseológica) y la de intereses, que atiende al elemento teleológico del Derecho. Heck se alinea con la jurisprudencia de intereses, impulsada por Ihering y que permite al juez completar las lagunas del Derecho.

A continuación se aborda el problema de la creación judicial del Derecho. Derecho que, para Heck, solamente tiene sentido en cuanto es aplicado, pues en este momento cuando se realiza. Pues bien, es cierto que el Código Civil (alemán) suministra reglas de conducta a los órganos judiciales (en ocasiones a través del empleo de fórmulas generales, como buena fe o buenas costumbres), pero la ausencia de preceptos generales suscita la cuestión de saber si el juez puede cubrir las lagunas de la Ley.

La vida moderna exige una notable necesidad de normas jurídicas. El contenido de algunas de ellas es lo de menos, siendo lo esencial que aporten seguridad jurídica, pero el de otras viene predeterminado por determinada sensibilidad social, fruto a su vez de anteriores experiencias. Se imponen así dos exigencias al ordenamiento jurídico: la determinación plena (que garantice la citada seguridad jurídica) y la plena adecuación del Derecho en los supuestos en los que hay un juicio universal o común en una determinada materia.

Es claro que el legislador no puede asumir tales exigencias (su capacidad de perfección es insuficiente y la complejidad de la vida moderna cada vez mayor), lo que se traduce en la inevitable existencia de lagunas jurídicas. Y ante tales lagunas, el órgano judicial puede actuar de tres maneras distintas. La primera es creando libremente la norma jurídica, posibilidad que debe ser descartada porque impide la necesaria uniformidad en la aplicación del Derecho. La segunda posibilidad de la que dispone el juez es limitarse a la subsunción del Derecho, lo que ignora el problema de las lagunas del Derecho, que integrarían un espacio ajurídico. Consecuencias inevitables son una mayor seguridad jurídica, a la par que una escasa dosis de equidad. Por último, el órgano judicial puede complementar coherentemente la norma, suministrando tanto una solución a las lagunas como dotar de determinación a las normas imprecisas. Esta última hipótesis puede poner en peligro el principio de seguridad jurídica, pero asegura también una cierta uniformidad en una actividad que también es, hasta cierto punto, creadora de Derecho.

Aunque la antigua jurisprudencia había limitado al órgano judicial a la subsunción de los hechos en normas jurídicas, la necesidad de complementación del Derecho había ya originado las formas de la analogía legal y jurídica, la complementación valorativa y la jurisprudencia de conceptos. Esta última técnica consiste en utilizar como fuente para la creación de normas necesarias y no existentes las nociones generales que la ciencia abstrae de las normas legales particulares (pág. 36). Este tránsito, inductivo-deductivo, permite configurar, por ejemplo, a la vista de los distintos negocios jurídicos contemplados en el ordenamiento, un concepto general de negocio jurídico. Pero tal

procedimiento responde exclusivamente a la lógica, y no a la necesidad o finalidad perseguida por la norma. Como es sabido, ha sido Ihering quien ha traído y actualizado la jurisprudencia de conceptos, proponiendo que la jurisprudencia superior se encargue de estudiar los conceptos jurídicos, tratándolos como cuerpos jurídicos, investigando su estructura, sus propiedades y las relaciones que guarda con otros conceptos jurídicos. El resultado de tal tarea, que debe englobar el material de Derecho positivo y ser consistente evitando las contradicciones se expresa en una definición que además de servir para ser aplicada por la jurisprudencia inferior es útil también para la complementación del Derecho y la superación de las lagunas jurídicas.

Las debilidades de las tesis de Ihering no son escasas; además de incurrir en el ya denunciado escolástico realismo conceptual, olvida que la jurisprudencia que hace el Derecho es esa que denomina, despectivamente, inferior, y que el método que propone (en última instancia, de creación del Derecho) no responde al postulado de adecuación a las necesidades vitales concretas. Ni siquiera puede eximirse esta doctrina de la idea del subjetivismo, porque aunque se presenta la tesis de forma objetiva, se inscribe en la escuela histórica del Derecho, que sitúa el origen del mismo en el *Volkgeist*, en el espíritu del pueblo, unidad psíquica de orden superior que forma también ideas jurídicas. En todo caso, la jurisprudencia de conceptos ha ocasionado que se descuidara el enfoque teleológico del Derecho y que se sobredimensionara un esquema dialéctico y formalista, oscuro y alejado, que ha provocado mucha confusión (en aras de determinar la naturaleza jurídica de los distintos conceptos jurídicos).

Pero en tiempos recientes se ha hecho evidente la existencia de lagunas y contradicciones en la legislación, y algunos códigos civiles han habilitado ocasionalmente a los órganos judiciales a complementar el Derecho. La cuestión es determinar cuál es el margen de actuación de que disponen los distintos órganos judiciales. Algunos han defendido la doctrina del Derecho libre, expresión empleada en su día por el austríaco Ehrlich para designar a las decisiones no dirigidas por la Ley y que posteriormente se ha aplicado a la, paradójicamente más antigua, jurisprudencia teleológica. Pero la visión de Ehrlich ha sido superada por otros autores, como Kantorowicz o Stampe, que atribuyen al juez la facultad de modificar la Ley, lo que contraría a juicio de Heck el principio de seguridad jurídica y el Estado de Derecho. Y añade el último autor citado que «lo que necesitamos no es la libre creación absoluta del Derecho por el juez, sino una Ley técnicamente consumada, a la altura de los tiempos, una aplicación coherente y una ciencia metodológicamente clara que incluya también en el ámbito de sus tareas la crítica y el desarrollo del Derecho» (pág. 86).

Otros autores, como M. Rumelin, Stampe o el mismo Heck, sustentan la jurisprudencia de intereses, que parte del concepto metódico y amplio de interés, y de las nociones que se conectan con el mismo (estimación de intereses, situación de intereses, contenido de intereses, etc...). Se trata de conectar el Derecho con las disposiciones reivindicativas, y utilizar éstas, en su caso, para suplir las lagunas existentes. Este método se diferencia de la creación libre del Derecho en que lo que aquí importa es la norma y no la valoración subjetiva del órgano que ha de aplicarla. Interesa, en concreto, determinar los intereses que la norma encierra —cuestión más amplia que la de determinar

su finalidad—, ya sea a favor de los particulares o de la comunidad, pero respetando siempre los mandatos expresos del legislador.

Estas ideas subrayan la conexión existente entre el Derecho y los intereses vitales que aquél pretende preservar, y potencian la distinción entre diversas tareas, como son la complementación del Derecho, el conocimiento y la exposición. Pero tal transformación del método jurídico no resuelve todos los problemas: la Ley puede equivocarse, no son plenas las garantías de uniformidad y previsibilidad del Derecho, y puede discutirse si los nuevos métodos no ponen en cuestión el principio de seguridad jurídica. La solución no puede esperarse ni de la jurisprudencia debida al Tribunal del Reich, porque no todos los asuntos llegan hasta él, ni del propio legislador, porque el procedimiento legislativo es demasiado complicado y porque muchas de las cuestiones propias del Derecho privado no son políticas.

Otras vías de solución se han propuesto. La primera, que es la de rebajar el código civil al grado reglamentario, debe ser rechazada porque el órgano judicial dejaría entonces de estar sometido a la Ley y se cuestionaría el principio de seguridad jurídica. La segunda, que ha sido suscitada por el propio Heck, consiste en que el Derecho privado sea desarrollado a través de un decreto controlado por el Parlamento. Esta hipótesis, que recuerda a los edictos pretorianos y a las *rules* inglesas, parte de la distinción entre los problemas legislativos políticos y apolíticos, y remitiendo al decreto administrativo los últimos. El respeto que Heck siente por el Parlamento es patente, porque rodea su idea de algunas cautelas, como son que, en el caso de que exista la más mínima duda del carácter político del problema, la remisión es inadmisibles, y que la publicación del decreto tenga una entrada en vigor diferida para que las minorías puedan impugnarlo. Por fin, Zeiler ha propuesto conferir una facultad interpretativa vinculante a un nuevo órgano administrativo-judicial. Pero tal posibilidad ofrece dos puntos débiles: suprime la facultad de modificar la Ley y acaba con el derecho de impugnación por parte de las minorías parlamentarias.

Queda por determinar qué autoridad se haría cargo de dictar tales decretos. El autor apuesta por el Ministerio de Justicia, que tendría como función no tanto la creación del Derecho, sino la depuración del mismo, ateniéndonos para ello a la jurisprudencia dictada por los órganos judiciales (especialmente, a la debida al Tribunal del Reich). Si el Ministerio de Justicia olvida que su misión es perfeccionar técnicamente el Derecho y pretende legislar, es entonces cuando la impugnación parlamentaria alcanzará su pleno sentido.

Hasta aquí un breve resumen de la aportación de Heck, vieja en el tiempo pero no en el contenido. Sólo resta recomendar la lectura de este libro, en el que, además de lo señalado hasta ahora, se recogen destellos de verdadero sentido común aplicados al estudio del Derecho. Valga como ejemplo el siguiente párrafo de la página 87, que parece haberse escrito hoy mismo: «El objetivo último del Derecho, la seguridad de los bienes de la vida, la asociación de los hombres en colaboración pacífica, no puede conseguirse sólo con los medios del Derecho. Para ello hace falta también la intervención de factores éticos arraigados en lo profundo de la personalidad».—*Francisco Javier Matia Portilla.*