

ideas también se deben repetir; más si resulta que, al parecer –tal como Arana parece tomar nota– no abundan.

Aunque no parece haber sido intención del autor mostrarnos realidades sin esperanza de mejora, se echa en falta cierta conclusión optimista para con las personas y la actualidad. El objetivo de hacer pensar, debemos decir con toda justicia, logrado está; pero las propuestas parecen hablar en voz muy baja, cuando son realmente dignas de mucha atención.

En suma, una lectura no solamente divertida, sino y sobre todo, provechosa. Posee la hoy en día rara virtud de enfocar nuestra mirada en las cosas que, aunque cotidianas, son las realmente importantes. Una buena noticia para quienes creemos que la filosofía se ocupa también de las preocupaciones del hombre de la calle; y una clara muestra de que el trabajo del filósofo no tiene por qué arrebatarle el amor por la sabiduría, cosa que viene intentando –y creemos que logrando– este Catedrático de la Universidad de Sevilla desde hace más de treinta años.

*Jaime B. Talledo*

Luis M. CRUZ, *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*. Presentación de Pedro Serna Bermúdez, Comares, Granada, 2005, 147 págs.

Como pone de relieve Pedro Serna en la presentación, este libro se enmarca en un ambicioso proyecto colectivo que trata de determinar qué es el neoconstitucionalismo y cuáles son los desafíos que plantea este fenómeno al positivismo jurídico, en especial al denominado positivismo jurídico incluyente. En este contexto, la presente obra da cuenta con claridad y rigor del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico que ha tenido lugar en Alemania a partir de la entrada en vigor de la Ley Fundamental de Bonn en 1949.

En España y en otros países europeos se es consciente de la importancia de estudiar el caso alemán. Sin embargo, los trabajos que hasta ahora se han realizado en nuestro país, pese al indiscutible valor que atesoran muchos de ellos, tienen un carácter parcial o fragmentario que dificulta la plena intelección del proceso vivido en Alemania. La principal virtud de este libro consiste precisamente en contemplar dicho proceso desde una perspectiva global, no exenta de profundidad analítica, con el fin de hacerlo inteligible. Si se tiene en cuenta la

ingente bibliografía que existe sobre el neo-constitucionalismo en Alemania y la complejidad de los debates desarrollados en aquel país, el trabajo de Cruz, genuinamente filosófico, acredita una determinación y un valor intelectual ciertamente encomiable.

La elección de aquellos autores que mejor encarnan las posiciones teóricas que han protagonizado el debate doctrinal sobre el neo-constitucionalismo en Alemania es especialmente complicada. A mi juicio, Cruz acierta plenamente en este punto. Podrá discutirse que no se otorgue mayor atención a otros autores, pero no cabe duda de que el debate sobre el neo-constitucionalismo en Alemania comienza con la decisiva figura de Günther Dürig –estudiado en el capítulo primero–, cuyas tesis fueron asumidas por el Tribunal Constitucional Federal alemán. Asimismo, también es cierto que algunas de las principales objeciones a las tesis de Dürig y a la jurisprudencia dominante del Tribunal Constitucional Federal alemán se encuentran en Forsthoff y en Böckenförde –ambos son objeto de atención en el capítulo segundo–. Finalmente, cabe coincidir con el autor en que la obra de Alexy –a él y a Dreier se dedica el tercer y último capítulo– representa en la actualidad el intento más elaborado por conciliar la presencia de una Constitución con un contenido material plenamente vinculante, clave del neo-constitucionalismo, con la existencia de un marco para la discrecionalidad del legislador.

El libro está dividido en tres capítulos. En el primero de ellos se presentan los principales rasgos del nuevo modelo constitucional que comienza a abrirse paso en Alemania en la década de los cincuenta. Comienza Cruz atendiendo a la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, especialmente importante por cuanto en ella se introduce la idea de la Constitución como orden de valores, tal como se observa con claridad en las sentencias que examina el autor. Debe añadirse, además, que las principales tesis fijadas en esta jurisprudencia inicial han permanecido vigentes, como se infiere de la opinión de Konrad Hesse citada *in extenso* en la página 18. No obstante, pienso que hubiera convenido subrayar más claramente este punto.

Entre los pronunciamientos de esta primera época, Cruz destaca la sentencia *Lüth*, de 1958, en la que el Tribunal mantuvo que la Ley Fundamental no representa un orden neutral de valores, sino un orden objetivo que se manifiesta sobre todo en la fuerza que alcanza el respeto a la dignidad humana y a sus derechos fundamentales. Los derechos fundamentales son caracterizados con una estructura dual, tesis que, por cierto, fue asumida por el Tribunal Constitucional español desde sus primeras sentencias. Por una parte, son derechos subjetivos de los que disponen los individuos frente a los poderes públicos y, por otra, representan normas objetivas que expresan un contenido axiológico que tomado en su conjunto da origen a un sistema de valores. Como destaca

Cruz, esto es precisamente lo que justifica que el Estado no sólo deba abstenerse de interferir en el ámbito que ellos protegen, sino que pese sobre los poderes públicos la obligación de realizar efectivamente los derechos fundamentales, incluso a falta de una pretensión subjetiva que así lo demande. Además, este papel central que ocupan los derechos fundamentales exige que todo el ordenamiento jurídico se interprete a la luz de los mismos, cobrando así el carácter de principios que irradian a todo el ordenamiento jurídico.

Tras examinar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, Cruz se centra en la defensa y en el desarrollo de estas tesis que realizó Ghünter Dürig, y en los argumentos de Otto Bachof sobre el relevante papel que desempeñan los jueces cuando la Constitución consagra un orden objetivo de valores.

Por lo que respecta a Dürig, Cruz pone de manifiesto la importancia que en su obra ocupa la dignidad humana como fundamento de la Constitución. Así, destaca que para Dürig la dignidad humana se materializa en derechos humanos individuales que vinculan como destinatarios a los poderes públicos. La fuerza que cobran estos derechos en la Constitución queda patente, según Dürig, en tanto que los poderes públicos deben respetar el contenido esencial de estos derechos (art. 19.2 LF), y también por la cláusula de intangibilidad del art. 79.3, que establece la imposibilidad de reformar, entre otros, el artículo en el que se reconoce la dignidad humana.

Observa Cruz la estrecha relación que establece Dürig entre la dignidad humana y el respeto al libre desarrollo de la personalidad, reconocido como derecho fundamental en el art. 2.1 LF, que constituiría su contenido inmediato. Ahora bien, Dürig no está pensando en una idea de libertad ilimitada y abstracta, sino en una libertad contextualizada por la presencia de los “otros”, por la ley moral y por el valor social del “orden constitucional”. Al igual que Cruz, considero que esta idea es clave en el pensamiento de Dürig, pues supone el punto de partida de la doctrina de los “límites inmanentes”, concepto que no cita expresamente Cruz, y que ha sido ampliamente discutido por la doctrina, especialmente con relación al problema de las restricciones de los derechos fundamentales. En mi opinión, hubiera sido interesante precisar este concepto, debido a que en el siguiente capítulo el autor hace uso del mismo (pp. 49 y 51), al comentar una sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán.

Sí que recoge Cruz la polémica entre Dürig y Nipperdey relativa al alcance normativo de la Constitución. Según Dürig, los derechos fundamentales no tienen eficacia directa en el ámbito jurídico-privado (*unmittelbare Drittwirkung*), mientras que para Nipperdey los derechos fundamentales, en tanto normas objetivas, tienen un efecto directamente normativo en el Derecho privado. Se trata de un problema de indudable importancia, como acredita la numerosa bibliografía alemana sobre la cuestión. Cruz presenta adecuadamen-

te el problema, pero para evitar la impresión de que se trata de una polémica generalizada y enconada quizá hubiera sido conveniente destacar que la posición absolutamente mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia alemana es favorable a las tesis de Dürig (*mittelbare Drittwirkung*).

Una característica esencial de la Constitución como orden de valores radica en la importante función que desempeñan los jueces como garantes del orden constitucional. Esta vía para garantizar la Constitución encuentra en Otto Bachof a su principal defensor. Las razones por las que, según Bachof, la Constitución ha sometido la ley al control de los jueces revisten, a juicio de Cruz, un gran interés. Observa Bachof que las leyes se han convertido en el resultado de una voluntad política sometida a los intereses de los partidos políticos y muchas veces desligada del pueblo. Esta situación podría conducir a un absolutismo de la mayoría parlamentaria que debe ser contrarrestada por un poder judicial cuya actividad consistirá en juzgar con independencia para preservar los valores de la Constitución. La desconfianza frente a la ley es, pues, patente, como el propio Bachof reconoce. Recoge Cruz varias objeciones que se han realizado a la posición de control último que ocupa el Tribunal Constitucional Federal y la respuesta que respecto a ellas ha ofrecido Bachof. Respecto a la objeción de que el control del Tribunal Constitucional Federal rompe con la división de poderes, Bachof responde que el sentido de tal división obedece a evitar la concentración del poder, lo que obviamente no sucede con el Tribunal. Con relación a si ha arrebatado el poder al pueblo y, por consiguiente, se presenta como un órgano antidemocrático, Bachof replica que el poder judicial no es el único que no cuenta con mandato inmediato proveniente del pueblo. Ello lo compensa desempeñando su tarea en constante diálogo con las partes, los colegas, la dogmática jurídica y, en general, la opinión pública. Finalmente, a la acusación de que el Tribunal Constitucional Federal ha asumido una función política Bachof responde que indudablemente el juez está influido por su propia concepción política, pero la formación profesional del juez, su independencia y la necesidad de diálogo anteriormente mencionada garantizan un grado de objetividad bastante elevado. Termina Cruz el capítulo citando un texto de Bachof en el que éste afirma que el Tribunal Constitucional Federal ha contribuido a restaurar la creencia en el imperio del Derecho al que incluso el Estado está sometido.

El capítulo segundo se destina al análisis de las críticas recibidas por este nuevo modelo constitucional. Cruz recoge primeramente las principales objeciones que surgen en el seno del Tribunal Constitucional Federal a través de la vía de los votos particulares, y, posteriormente, se detiene en el análisis de las críticas de Forsthoff, Böckenförde y Schlink. Como Cruz pone de relieve al comienzo del tercer capítulo, existe un rasgo común a todas estas críticas. Por

una parte, la desconfianza ante los posibles excesos del Tribunal Constitucional Federal en su tarea de fiscalizar que la acción de los poderes públicos no vulnera la Constitución. Por otra parte, se considera que es patente el riesgo de convertir la Constitución en un “huevo jurídico originario” –expresión de Forsthoff que recoge Cruz– del que surge todo el Derecho.

La referencia a los excesos en que puede incurrir el Tribunal Constitucional Federal se refleja claramente en las críticas vertidas en los votos particulares formulados a las sentencias sobre la despenalización del aborto y sobre la regulación de la objeción de conciencia al servicio militar. En hilo conductor de la crítica radica en los amplios márgenes de que dispone el Tribunal Constitucional Federal para evaluar, mediante un razonamiento altamente creativo e indeterminado, ligado a los valores, el cumplimiento de la labor positiva que recae sobre los poderes públicos. De este modo, existe la posibilidad de que el Tribunal se convierta en un legislador positivo.

El estudio que realiza Cruz de la obra de Forsthoff confirma la idea central que caracteriza la crítica al modelo neo-constitucionalista, pero incluye otros argumentos de interés. Concretamente, Cruz subraya las críticas de Forsthoff a la constitucionalización del Estado social, otro de los rasgos del nuevo modelo constitucional alemán. Según Cruz, Forsthoff ve con preocupación la vinculación a los derechos fundamentales que, según el art. 1.3 LF, pesa sobre todos los poderes públicos, pues concibe el Estado de Derecho como un orden que establece una serie de garantías jurídico-constitucionales y que no está ligado a la realización de fines concretos. Si a esto se añade la constitucionalización del Estado social, el resultado será la existencia de una obligación radicada en la Constitución para que los poderes públicos mejoren la situación social del individuo. Estas actuaciones pueden suponer, en opinión de Forsthoff, una intervención estatal en ámbitos tales como la regulación de la elección de profesión o la propiedad, que conllevaría un aumento del poder del Estado y, en consecuencia, un riesgo para la libertad individual. Esto no significa que Forsthoff niegue el Estado social, sino que a su juicio es esencial situarlo extramuros de la Constitución.

La otra gran crítica de Forsthoff que recoge Cruz ha sido apuntada y consiste en el riesgo que a su juicio entraña la apuesta por una Constitución material que encarne y pretenda ordenar la vida jurídica según un orden objetivo de valores. Forsthoff ve en las referencias a los valores en el proceso de interpretación jurídica un claro riesgo de inseguridad jurídica. En su lugar, apuesta por considerar los derechos fundamentales como límites al Estado cuyo contenido debe ser precisado sin apelar a valores, sino mediante el método jurídico tradicional basado en el esquema del silogismo de subsunción. La referencia a los valores en el proceso de interpretación jurídica es un camino que puede con-

ducir a que el intérprete de la Constitución se convierta en el señor de la Constitución. De ahí que para Forsthoff el Tribunal Constitucional Federal aparezca como una amenaza para la Constitución a la luz del modelo constitucional que representa su jurisprudencia.

La crítica de Böckenförde, según la presenta Cruz, incide básicamente en el problema que supone la apelación a los valores, por ser el origen de una concepción de la Constitución como orden jurídico fundamental. A juicio de Böckenförde, la invocación a los valores abre las puertas a elementos subjetivos que no son susceptibles de ser racionalmente fundamentados. La consecuencia de ello es que puede darse un totalitarismo constitucional que tendría como principal protagonista al Tribunal Constitucional Federal. Los derechos fundamentales, al presentarse como normas objetivas o decisiones de valor, se convierten, según Böckenförde, en mandatos de optimización que, a falta de una ponderación, se podrían extender unilateralmente. Pero, sobre todo, Cruz destaca que para Böckenförde esta concepción lleva a hacer de la Constitución el orden jurídico fundamental, esto es, el origen de todos los contenidos jurídicos de un ordenamiento jurídico, en tanto sus contenidos valorativos irradian a todos los ámbitos del Derecho. El Tribunal Constitucional Federal, último intérprete de la Constitución, concretaría dichos principios y ostentaría una clara supremacía frente al legislador. Para Böckenförde habría que optar entre este modelo o por el modelo de un Estado legislativo parlamentario –por el que se inclina– en el que los derechos fundamentales se erigirían en garantías de la libertad del individuo frente al Estado, no en decisiones de valor con fuerza irradiante, más allá de las cuales se abriría un marco de actuación que no podría fiscalizar el Tribunal Constitucional Federal.

Finalmente, Cruz se ocupa de Schlink, cuya crítica, según la presenta Cruz, pese ser interesante, lo cierto es que no aporta excesivos argumentos novedosos a los ya expuestos por Forsthoff y Böckenförde.

El tercer y último capítulo del libro lo destina Cruz a examinar la defensa del modelo neo-constitucionalista realizada por Dreier y, muy especialmente, por Alexy, a cuya obra dedica Cruz una atención preferente que, en mi opinión, está plenamente justificada.

Al comienzo del capítulo, Cruz cita un texto de Alexy en el que éste concreta en cuatro tesis la posición de los críticos frente al nuevo modelo constitucional: a) norma en vez de valor; b) subsunción en vez de ponderación; c) independencia del Derecho ordinario en vez de omnipresencia de la Constitución; y d) autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución. De estas cuatro tesis, Cruz considera que las que mejor reflejan el planteamiento de los críticos serían la primera y la última, y añade la propuesta de Böckenförde a favor de la Constitución como un orden marco. Pues

bien, según Cruz, el constitucionalismo moderado que representan Dreier y Alexy no renuncia al proceso de materialización de la Constitución, que les parece irreversible, y pretenden compatibilizar la caracterización de los derechos fundamentales como principios con el concepto de Constitución como orden marco.

En el estudio de Dreier que realiza Cruz es especialmente visible el esfuerzo de este autor por relacionar el reconocimiento constitucional de principios jurídicos materiales con una fundamentación racional de las decisiones judiciales. Dichos principios exigen realizarse efectivamente y aparecen ligados, por tanto, a un ideal moral incompatible con una concepción positivista del Derecho. Esta opinión es coherente con el art. 20.3 LF, que establece que la actividad judicial está sujeta a la ley y al Derecho, y que rompe claramente con un legalismo puro. La clave está en la argumentación racional del juez y, especialmente, del Tribunal Constitucional Federal, que deberá fundamentar sus decisiones logrando su aceptabilidad tanto por lo que respecta a las partes como a la opinión pública. De lo expuesto por Cruz se recibe la impresión de que el constitucionalismo moderado de Dreier se basa en la confianza en que la fiscalización de la labor de los jueces y, en especial, del Tribunal Constitucional Federal evitará los excesos que temen los críticos. Sin embargo, se echa en falta en Dreier una teoría más elaborada sobre la posibilidad de utilizar racionalmente valores o principios en el razonamiento jurídico sin que se conviertan en un instrumento incontrolable para adoptar decisiones dudosas en nombre de la Constitución. La teoría de Alexy tratará, entre otras cosas, de dar respuesta a este problema.

Comienza Cruz su exposición sobre Alexy destacando como, a juicio de este autor, la Constitución tiene unos contenidos materiales, concretamente los derechos fundamentales, cuyo contenido irradia a todo el ordenamiento jurídico. Ello implica necesariamente una cierta limitación de los contenidos del Derecho ordinario. Esta limitación es imprecisa, entre otras razones, debido a la apertura semántica y, en especial, a la apertura estructural de las normas iusfundamentales. En efecto, éstas presentan la estructura de principios, esto es, son mandatos de optimización que pueden ser realizados en distintos grados en función de las posibilidades fácticas y jurídicas que contextualizar su ejercicio. Esta realización gradual se determina en el marco de una ponderación, que, a juicio de Alexy, es un procedimiento racional.

A la luz de estas observaciones, Cruz concluye que la progresiva constitucionalización del ordenamiento jurídico que se ha ido produciendo a partir de la sentencia *Lüth* es valorada positivamente por Alexy. La clave para este autor está en encontrar una vía intermedia entre el Estado legislativo parlamentario y el Estado jurisdiccional.

Alexy cree que el nuevo modelo constitucional no puede ser ni puramente procedimental ni puramente material. El primero significaría que la Constitución no limita en absoluto las competencias del legislador, lo cual es incompatible con la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales que establece la Ley Fundamental. Por su parte, el segundo implica una derivación de todos los contenidos jurídicos a partir de la Constitución, que sería algo así como el “huevo jurídico originario”, en palabras de Forsthoff, restringiendo hasta extremos difícilmente compatibles con la democracia la autonomía del legislador. La solución, en opinión de Alexy, consiste en un modelo material-procedimental de Constitución. Así, la Constitución decidiría directamente algunas cuestiones, más allá de las cuales el legislador gozaría de un margen de actuación. Se podría afirmar que la Constitución ha establecido un orden fundamental cualitativo que, según Alexy, es aquel en el que en la Constitución se deciden asuntos fundamentales para la comunidad.

Se puede hablar así de dos tipos de márgenes de acción de los que dispone el legislador. Por una parte, en aquellas cuestiones que no han sido decididas por la Constitución el legislador goza de un margen de acción “estructural”, que se concreta en un margen para la elección de fines, para la elección de medios y para la ponderación. Ahora bien, puesto que no siempre es posible conocer con precisión lo que ordena, prohíbe o permite la Constitución, puede decirse que esta indeterminación otorga al legislador otro margen de acción que Alexy califica de “epistémico”.

Pues bien, podría decirse que el objetivo fundamental de Alexy, como se desprende de la exposición de Cruz, consiste en mostrar, por un lado, que dichos márgenes existen y, por otro, en desarrollar una teoría que sea capaz de controlar racionalmente la labor del legislador realizada en el terreno que le permiten los márgenes de acción. Esto cree lograrlo Alexy a través de las leyes de la ponderación y de la denominada ley de la conexión, que constituyen unas reglas de racionalidad formal que sirven para encauzar el razonamiento jurídico. El desarrollo de esta teoría, cuyos rasgos esenciales examina Cruz y no es necesario detallar aquí, es especialmente importante, pues, según se ha visto, una de las principales críticas al nuevo modelo constitucional radicaba en los posibles excesos en que podía incurrir el Tribunal Constitucional Federal.

El libro concluye con un Epílogo en el que Cruz recapitula los contenidos del libro dibujando un panorama en el que las líneas maestras del debate sobre el neo-constitucionalismo en Alemania se observan con toda precisión.

Reitero que este libro es, en mi opinión, una obra imprescindible para entender el fenómeno del neo-constitucionalismo. Su autor describe las teorías que analiza con claridad, precisión y rigor. Tiene el acierto de huir de polémica

cas doctrinales que, pese a su interés, hubieran desviado la atención del objeto central de la investigación. Puede decirse, en definitiva, que Cruz ha logrado plenamente su propósito y con su investigación deja expedito el camino para ulteriores trabajos sobre el neo-constitucionalismo.

*Tomás de Domingo*

Rafael DOMINGO, *Álvaro d'Ors. Una aproximación a su obra*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2005, 128 págs.

Como parte de *The Global Law Collection* (Legal Studies Series) de la Cátedra Garrigues de Derecho Global (Universidad de Navarra); el Director de la mencionada Cátedra nos presenta este pequeño volumen que pretende –en palabras de su mismo autor– “facilitar el estudio del pensamiento de Álvaro d'Ors”; labor bastante ardua, dadas las dimensiones cuantitativas, diversidad temática y calidad del aporte legado por este jurista universal en tantos años de fructífera actividad, a la que sólo su reciente muerte (01.II.2004) puso fin. Esta nueva versión viene a revisar y completar la que el mismo autor elaboró para ser publicada en los *Estudios de Derecho Romano en honor de Álvaro d'Ors* (1987).

A lo largo de su vida, fueron varios millares de páginas los escritos por don Álvaro d'Ors, y pese a la gran cantidad de publicaciones que nos ofreció desde 1939, no pocos escritos suyos permanecen aún inéditos. “Escribía d'Ors con una facilidad admirable, en ocasiones, durante horas seguidas, de un ‘tiron’, sin necesidad de separar, más allá de lo imprescindible, la pluma o el bolígrafo del papel” (p. 17), incluso después de haber cumplido los setenta años. Rafael Domingo ha sido testigo de excepción de la capacidad creadora de su entrañable maestro; tal como lo refiere respecto a *La violencia y el orden* (1987), *Cartas a un joven estudiante* (1991), *Derecho y sentido común* (1995) o *La posesión del espacio* (1998).

Como ya se ha apuntado, la riqueza temática de la producción de Álvaro d'Ors es ingente, y aunque nos dejó escritos de síntesis de su propio pensamiento, como las *Claves conceptuales* (1996) o la *Nueva introducción al derecho* (1999); los mayores esfuerzos investigadores de d'Ors estuvieron orientados a temas muy específicos y complejos de la ciencia jurídica, “más que a consideraciones generales y visiones de conjunto” (p. 19); de allí la anunciada