

ORTEGA GUTIÉRREZ, David: *Los conceptos jurídicos indeterminados en la Jurisprudencia constitucional española. Un avance doctrinal hacia su determinación a través de los elementos comunes de la casuística*, Dykinson, Madrid, 2009, 129 pp.

FEDERICO DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN^(*)

La Constitución constituye una modalidad muy específica de norma jurídica, y no sólo por su especial supremacía dentro del ordenamiento jurídico, sino por las propias características que definen e integran la misma. La norma constitucional aspira, como reconoce nuestra doctrina, a regular de manera más o menos permanente, o, al menos, por un largo periodo de tiempo, la realidad político-social (etimológicamente, el término Constitución conecta con la idea de algo definitivo o con vocación de permanecer en el tiempo). No es una norma cuyo propósito sea regular o solventar una situación concreta por un periodo de tiempo breve determinado. Es una norma cuya vocación esencial es permanecer por un largo periodo de tiempo.

Tal idea conecta con la pretensión de convivencia y estabilidad social, política y, en los últimos tiempos, económica que promueve el Estado constitucional. Tanto en el siglo xx como aún hoy la estabilidad constitucional, es decir, la capacidad de un pueblo de regularse durante un largo periodo de tiempo por una misma Constitución, es apreciada como el principal síntoma de estabilidad no sólo política, sino también económica (a este respecto, prácticamente nadie niega que nuestro progreso y estabilidad económica, algo resentida en los últimos tiempos, obedece, en gran parte, a nuestra estabilidad constitucional, ya que ésta se muestra para la inversión económica extranjera como un síntoma evidente de tranquilidad y

(*) Profesor Doctor de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Pontificia Comillas (ICADE).

de respeto a los derechos adquiridos). Como ahora explicaremos, en este contexto teórico puede tener su principal sentido la última obra que acaba de publicar el profesor Ortega Gutiérrez sobre los conceptos jurídicos indeterminados, aportando elementos muy útiles para la propia permanencia y actualización del Texto constitucional.

La propia propuesta de reforma constitucional promovida por nuestro Gobierno en el 2005 (*vid.* Acuerdo del Gobierno de 4 de marzo de 2005, de solicitud de informe al Pleno del Consejo de Estado sobre la reforma de la Constitución) y que fue objeto de un interesante y completo dictamen del Consejo de Estado en febrero de 2006, señalaba, literalmente, que: «*Las Constituciones, también la nuestra, nacen siempre con vocación de continuidad y permanencia. El progreso de las sociedades requiere de la seguridad y confianza que sólo los países institucionalmente estables son capaces de proyectar. Ninguna sociedad madura pone en duda la vigencia de sus valores fundamentales. Ninguna somete a cambios frecuentes o poco reflexivos el marco general en el que quiere desenvolverse, ni altera las reglas del juego para operar en el mismo. Tampoco lo ha hecho la sociedad española, que sigue considerando a su Constitución como marco estable para su convivencia futura*».

Dada dicha vocación de permanencia y continuidad, la Constitución ha de dotarse de otras características que la hagan posible. Así, la Constitución ha de ser incompleta o inacabada. Si la Constitución pretende regular por un largo espacio de tiempo la realidad política y social, su contenido no puede ser completo. La completitud dejaría obsoleta la Constitución en breve espacio de tiempo, por lo que el texto constitucional perdería su verdadera eficacia frente al pueblo. La norma se transformaría en un documento histórico, inadaptado a la realidad, que dejaría de tener operatividad en la realidad jurídica, es decir, verdadera eficacia de norma vinculante.

Esta cuestión fue ya planteada en los propios orígenes del movimiento constitucional, por los Padres Fundadores del sistema constitucional norteamericano. Así, el Tercer Presidente, Thomas Jefferson expresaba en su histórica frase que «*I am not an advocate for frequent changes in laws and constitutions, but laws and institu-*

tions must go hand in hand with the progress of the human mind. As that becomes more developed, more enlightened, as new discoveries are made, new truths discovered and manners and opinions change, with the change of circumstances, institutions must advance also to keep pace with the times».

Podemos recordar, en idénticos términos, el concepto de *Living Constitution* desarrollado por la doctrina constitucional norteamericana que sustenta la idea de que la Constitución ha de ser vista como un documento que se encuentra conectado constantemente con el avance social. Un constitucionalismo vivo y flexible que se adapta a la cambiante sociedad.

La misma cuestión aparece igualmente en la propuesta de reforma constitucional promovida por el Gobierno en 2005: «*Sin embargo, los textos constitucionales no pueden pretender ser definitivos, ni aspirar a permanecer intangibles, si se quiere que continúen sirviendo con fidelidad a los objetivos que se han marcado desde su origen. Las generaciones posteriores a la constituyente tienen también el derecho de revisar sus formulaciones, manteniendo el hilo de continuidad que reside en sus valores, en sus principios y en sus opciones fundamentales. En tanto que fundamento de la convivencia colectiva, las Constituciones no pueden ser indiferentes ni insensibles a los cambios relevantes que se producen en la comunidad. Normalmente la respuesta o adaptación a esos cambios procede del legislador democrático o viene propiciada por la interpretación constitucional. Sin embargo, a veces, el mantenimiento del vigor normativo de la Constitución hace inevitable modificar el texto de la misma. De hecho, como enseña el Derecho Constitucional comparado, la adaptabilidad de las constituciones es un valor positivo para su pervivencia».*

La idea de incompletitud es abordada acertadamente por Konrad Hesse, cuando señala que la Constitución debe permanecer incompleta e inacabada por ser la vida que pretende normar vida histórica y, en cuanto tal, sometida a cambios históricos. Si la Constitución pretende hacer posible la resolución de las múltiples situaciones críticas históricamente cambiantes su contenido habrá de permanecer necesariamente abierto al tiempo.

En todo caso, el propio autor nos recuerda que dicha incompletitud debe combinarse con algunas partes completas. Estas partes respecto de las que habría que predicarse la completitud son: los fundamentos del orden de la Comunidad, la estructura estatal, los procedimientos de decisión de las cuestiones que quedan abiertas. Y puesto que la Constitución engloba los caracteres de apertura y amplitud de una parte con la presencia de disposiciones vinculantes de otra, es claro que el punto decisivo radica precisamente en la polaridad de estos elementos. De ahí que la cuestión acerca de la rigidez o movilidad de la Constitución no se plantee en forma de alternativa sino como un problema de coordinación correcta de dichos elementos.

El carácter abierto de la Constitución, que como hemos visto, constituye uno de sus rasgos esenciales en orden a garantizar una larga existencia al texto constitucional, básico si aspiramos a extensos periodos de estabilidad político-social y también económica puede lograrse mediante diferentes instrumentos o mecanismos jurídico-constitucionales. Así, surge en primer lugar la ya consolidada distinción de Ronald Dworkin, en Estados Unidos, y Alexy, en Europa, entre principios y reglas. Así, ciertamente tanto las reglas como los principios tienen carácter normativo, esto es, guían la conducta de forma obligatoria. Deben ser seguidos y cumplidos por sus destinatarios, pero de manera distinta. Las reglas son mandatos disyuntivos y definitivos, que imponen directamente la realización de una determinada acción; son mandatos de *ought to do*, de hacer o no hacer, que se cumplen o no se cumplen. Por su parte, los principios son normas con un carácter más flexible y abierto, que apuntan a la conservación o la obtención de un fin o estado de cosas valioso; son mandatos de *ought to be*, susceptibles de graduación y, por tanto, de diversos modos y grados de cumplimiento.

Estas características de los principios dotan a los mismos de una función estelar dentro del orden constitucional. La Constitución es así una norma de principios y ello porque éstos promueven al mismo tiempo la incompletitud y la adaptabilidad que ha de predicarse de todo texto constitucional.

Junto a la especial virtualidad que los principios poseen dentro del sistema constitucional, deben mencionarse también los concep-

tos jurídicos indeterminados. Este, por su carácter, como su propio nombre nos propone, indeterminado, son un instrumento muy valioso para la Constitución. A través de dichos principios que han de ser determinados por la doctrina constitucional y los poderes legislativo y ejecutivo, encontramos un relevante cauce para sustentar las características de permanencia e incompletitud que se predicán de la Constitución.

Por ello, la obra del profesor David Ortega Gutiérrez no puede ser más acertada, sobre todo, desde la perspectiva del Derecho constitucional. A este respecto, el acierto no sólo deriva del hecho de que se trata de un instrumento que, como hemos brevemente expuesto, es esencial en nuestro orden constitucional, sino porque se trata de una figura prácticamente olvidada por el Derecho constitucional. El Derecho público, a diferencia del Derecho privado, y ello, pese a que la importancia de los conceptos jurídicos indeterminados es superlativa en aquella rama del conocimiento jurídico, ha abordado escasamente la figura.

Por lo tanto, lo primero que habría que destacar de la obra de Ortega Gutiérrez es su eminente carácter constitucional y su oportunidad. Más aún, transcurridos más de treinta años desde la aprobación de nuestra Constitución, lo que ha exigido ya, a falta de una reforma constitucional formal, la adaptación de la misma a los cambios generacionales a través de dichos instrumentos, entre los que ocupan un papel primordial los conceptos jurídicos indeterminados.

Además, el método de abordaje de los conceptos jurídicos indeterminados es muy acertado, ya que, en primer lugar, el tema se introduce a través de un planteamiento general de la figura. Así, la breve introducción del primer capítulo se completa en el siguiente con una explicación de la definición, ámbito de actuación y diferentes denominaciones. Este segundo capítulo recoge un minucioso trabajo sobre la figura desde un plano general que permite asentar las bases del siguiente y principal capítulo de la obra. A este respecto, se nos aclara no sólo el método de trabajo, con un importante esfuerzo científico de análisis de centenares de Sentencias y Autos del Tribunal Constitucional, sino, además, qué denominaciones emplea el propio Tribunal Constitucional para referirse y abordar los conceptos jurí-

dicos indeterminados. Ello, constituye, desde una visión esencial del *Derecho en acción*, una valiosa herramienta para el jurista y práctico del Derecho de localización en la doctrina constitucional de dichos conceptos. Porque, como nos aclara el profesor Ortega Gutiérrez, a la hora de hablar de conceptos jurídicos indeterminados, el propio Tribunal Constitucional emplea diferentes denominaciones (véase, *concepto abierto, concepto normativo relativamente abierto, concepto técnicojurídico o simplemente concepto indeterminado*).

En el cuerpo principal de la obra, los capítulos tercero y cuarto, se analizan las diferentes interpretaciones que sobre los conceptos jurídicos indeterminados ha efectuado el máximo intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional. Además, este cuerpo central se divide en conceptos de contenido constitucional que se derivan de la propia Constitución y conceptos que derivan del resto del ordenamiento jurídico. Esta doble distinción también se muestra acertada, sobre todo, si atendemos a una comprensión del orden constitucional que trasciende al mero tenor de la Constitución, atendiendo al resto de normas del ordenamiento jurídico que completan la misma. También, es importante hacer la distinción en orden a valorar que tratamiento reciben ambos por parte del Tribunal Constitucional y al hecho de que, como proclama dicho Tribunal, algunos de los conceptos han de ser determinados por el legislador ordinario (véase, conclusión tercera de la obra).

En los capítulos quinto y sexto se abordan los conceptos jurídicos indeterminados desde la dimensión de las normas sancionadoras y desde la perspectiva de la jurisprudencia menor. En relación a esta última cuestión, el autor se muestra consciente, lo que es digno de halago para quien se presenta como teórico del Derecho, de la operatividad y funcionalidad que la jurisprudencia menor muestra en nuestra práctica forense.

La obra se cierra, antes de conclusiones, con un capítulo de contenido actualizador. Una obra que por su contenido ha supuesto una investigación científica que necesariamente ha debido ser larga en el tiempo, incorpora acertada y honestamente un capítulo en el que se muestra al lector las resoluciones del Tribunal Constitucional inmediatamente anteriores (correspondientes al año 2008) a la termi-

nación de la edición. De este modo, el propio autor nos muestra que no sólo la Constitución es un documento vivo, sino que también lo son los conceptos jurídicos indeterminados y, por ende, su propia obra científica.

Las conclusiones finales sintetizan el análisis que se ha hecho a lo largo de la obra. A este respecto, merece la pena destacar la siguiente: «Después del estudio realizado, podemos concluir que dentro del haber del Tribunal Constitucional, éste nos ha aportado suficientes elementos de juicio para que los Jueces y Tribunales puedan dotar de contenido los conceptos jurídicos indeterminados analizados».

En definitiva, se trata de una obra que versa, con un riguroso análisis de la realidad jurídico-constitucional, a través del estudio de las Sentencias y Autos del Tribunal Constitucional, sobre una de las cuestiones fundamentales de nuestra Constitución que se caracteriza por su vocación de permanecer y su necesaria incompletitud.

Finalmente, lo único que esperamos, atendiendo al carácter eminentemente abierto de nuestro orden constitucional, sometido a los continuos cambios políticos, sociales y económicos de este imprevisible siglo XXI, que la obra sea objeto de permanentes revisiones y ediciones que permitan al lector poder seguir la evolución de una figura tan relevante para el Derecho constitucional. Si el capítulo séptimo es, como hemos significado, síntoma de ello, bienvenido sea.