Observatório da Jurisdição Constitucional
ISSN 1982-4564
Ano 4, 2010/2011

Algunas ideas de Peter Häberle sobre la jurisdicción constitucional

Joaquín Brage Camazano[*]

1.- Tribunal constitucional y contrato social; 2.- Jurisdicción constitucional y sociedad abierta de intérpretes de la Constitución; 3.- Interpretación de la Constitución por la jurisdicción constitucional; 4.- Derecho procesal constitucional como Derecho constitucional concretizado: su singularidad; 5.- Jurisdicción constitucional y Derecho comparado; 6.- El concepto de tribunal constitucional; 7.- Elección de los jueces constitucionales; 8.- Jurisdicción constitucional y proceso político-democrático; 9.- Rechazo del positivismo jurisprudencial: la jurisprudencia constitucional no es un texto bíblico; 10.- Control normativo abstracto; 11.- Recurso de amparo

En las siguientes líneas no se pretende condensar apretadamente el rico pensamiento del homenajeado profesor germano Peter Häberle[1] sobre la jurisdicción constitu-

[*] Doctor europeus hispano-alemán (UCM) - Universidad Complutense

[1] Peter Häberle nació en 1934 en Göppingen, que es una pequeña y bien antigua ciudad en el *Land* alemán de Baden-Württenberg, al Sur de Alemania, que celebra en este año su *Jubiläumsjahr 2004* por cumplirse los 850 años del primer documento escrito cuyo original se conserva en que aparece una referencia a la ciudad (*Apud Geppingen*, firmado por el Emperador de la dinastía de los *Hohenstaufen*, Federico I, "Barbarrosa") y los 600 años del primer documento en que se menciona su famosa agua mineral (cfr. *www.850.goeppingen.de*), y ciudad en la que, pocos años después del nacimiento de Häberle, la allí particularmente amplia comunidad judía sería aniquilada por los nazis (en memoria de aquellos terroríficos acontecimientos de la "solución final a la cuestión judía" y los que le precedieron, y para que nunca se repitan, se levantó, entre otros monumentos, el Museo Judío de Göppingen-Jebenhausen en 1992). Pasado, y superado, ese período negro de la historia alemana, Häberle estudió Derecho en las Universidades alemanas de Tubinga, Bonn, y Friburgo, así como en la francesa de Montpellier (en donde nació, por cierto, Jaime I de Aragón y que incluso dependió directamente de la Corona de Aragón). Es en Friburgo de Brisgovia, cuya Facultad de Derecho es una de las más prestigiosas del país teutón, donde Häberle empieza a trabajar en la investigación jurídica como discípulo del Prof. *Dr., Dr. Honoris causa múltiple* Konrad Hesse (discípulo, a su vez, de Rudolf Smend, de quien Häberle se considera "nieto académico"), hasta que en el año 1961 obtiene el grado de Doctor en Derecho con una tesis sobre "La garantía del contenido esencial [de los derechos fundamentales] en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn", que hoy es considerada como un trabajo doctrinal clásico. Luego permaneció en la bonita ciudad de Friburgo de Br., como asistente del Profesor Hesse hasta el año 1968. En 1969 se habilita como Catedrático y es llamado a las Universidades de Mannheim y Marburgo, luego en 1973 a la de Bochum. Hasta 1976 permaneció como Catedrático de Derecho Público y Eclesiástico en la Universidad de Marburgo, donde llegó a ser Decano, de donde pasa luego a la Universidad de Ausburgo y, finalmente es llamado y nombrado Catedrático de Derecho Público, Filosofía del Derecho y Derecho Eclesiástico en la Universidad de Bayreuth (Alemania), donde ejercerá sus tareas docentes e investigadoras hasta la actualidad, al unísono que actúa

cional[2]. Lo que se pretende es simplemente esbozar y destacar algunos de los planteamientos originales de Häberle sobre la jurisdicción constitucional concentrada, con especial referencia a Alemania, si bien, dada la conexión inescindible que sus ideas en este campo guardan con su pensamiento jurídico-constitucional y teórico-constitucional en otros sectores, no será posible en todos los casos analizar a fondo cada una de las ideas a que nos referiremos.

El inventario, por lo demás, no es completo ni exhaustivo, sino que se pretende simplemente efectuar una aproximación a la cuestión, a fin de facilitar la lectura de algunos trabajos del profesor de Bayreuth, apreciando su originalidad, y con el fin también de propiciar la reflexión científica sobre sus planteamientos, que es la finalidad esencial con la que Häberle ha expuesto sus tesis. Se ha hecho un gran esfuerzo de claridad, pues el pensamiento de Häberle sobre este punto, como sobre casi cualquier otro, es complejo y tampoco su estilo un tanto barroco lo hace un autor de lectura fácil, lo que explica algunos malentendidos (o descontextualizaciones) de sus ideas, por lo que esperamos que esta exposición pueda contribuir a facilitar su entendimiento. Digamos, por último, que en algunas ocasiones no hemos podido dejar de apuntar nuestro propio criterio respecto de las ideas häberlianas, por si a algún lector puede serle de alguna utilidad.

como profesor visitante permanente en la cercana Universidad suiza de Sankt Gallen (desde 1980).

El profesor Häberle es, además, Doctor *Honoris Causa* por las Universidades Aristóteles de Tesalónica (Grecia, 1994) y de Granada (España, 2000) y por la Pontificia Universidad Católica del Perú en Lima. Ha sido profesor invitado en Universidades italianas, españolas, suizas, griegas, austríacas, polacas, ucranianas y japonesas y ha dado conferencias en muchos países y ciudades a lo largo de Europa, pero también en América Latina y África. Ha sido *Fellow* del Colegio de la Ciencia de Berlín y ha recibido diversas condecoraciones, entre las que se cuenta la Orden del Mérito de la República italiana en el grado de Gran Oficial y la Cruz al Mérito con banda de la Orden del Mérito de la República Federal de Alemania. En 1998 se le concedió el Premio Max Planck a la investigación en el ámbito de la cooperación internacional, otorgado por la Sociedad Max Planck y la Fundación Alexander von Humboldt, siendo, según Mikunda, la primera ocasión en que se otorgó este premio a un investigador alemán. Desde 1983 (tomo XXXII), Häberle es el director del prestigioso *Jährbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart* (*Anuario de Derecho Público del Presente*, nueva época), prestigiosa publicación periódica dirigida con anterioridad por Gerhard Leibholz, Hermann v. Mangoldt y, antes aún, bajo el nombre de *Das öffentliche Recht der Gegenwart* (*El Derecho Público del presente*), editada por Max Huber, Georg Jellinek, Paul Laband y Triepel, entre otros ilustres juristas europeos; y también es el profesor Häberle académico correspondiente de la *Philadelphia Constitution Foundation* y de las Academias de Ciencias de Heidelberg y Baviera, así como miembro de las Asociaciones alemana y suiza de Derecho constitucional, y de la *Academia Scientiarum et Artium Europaea*. Es también, por último, desde el año 1998, miembro de honor de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

[2] Cfr. el libro por nosotros traducido: HESSE, Konrad y HÄBERLE, Peter, *Estudios* Sobre la *Jurisdicción Constitucional*,. Porrua, México, 2005.

1.- Tribunal constitucional y contrato social

Häberle parte de que el modelo del contrato social, clásico patrimonio común europeo, es un modelo de pensamiento, un principio heurístico con la finalidad de garantizar la libertad personal y la justicia pública. No es ciertamente ninguna "horma" con arreglo a la cual se pueda tallar toda la realidad de una Constitución como proceso público; pero puede dar respaldo al adecuado dominio de dichas cuestiones políticas o jurídico-constitucionales básicas libre de "ideologías positivas unilaterales". "Su extensión al Tribunal Constitucional puede parecer osada a algunos; hasta donde sé, no se ha ensayado hasta ahora. El contrato social es tan viejo como relativamente joven es la (independizada) jurisdicción constitucional. Uno y otra no han sido todavía puestos en relación recíproca. Ésta puede ser una oportunidad. Debía ser aprovechada. La teoría clásica del contrato social ha servido a lo largo de la historia como modelo de explicación y justificación de los más diferentes contextos (desde J. Locke hasta J.-J. Rosseau, desde I. Kant hasta la discusión sobre el consenso básico). ¿Por qué no iba a poder desplegar un valor informativo para nuestros problemas, para las cuestiones de la jurisdicción constitucional, para la actualización de la Constitución?".

Pues bien, sobre esta base, Häberle propone, desde una perspectiva teórico-constitucional, contemplar a los tribunales constitucionales en "la tríada del pluralismo —que garantiza de la libertad—, esto es, los derechos fundamentales, la separación de poderes y el federalismo y situarlo, por medio de la figura del 'contrato social', en las profundidades históricas de un modelo clásico de pensamiento para construirle, en el contrato generacional, la oportunidad de un puente hacia la generación venidera". El tribunal constitucional tiene la misión, atribuida por el propio constituyente, de proteger, de un lado, y actualizar, de otro, el contrato social, en especial en su dimensión como contrato intergeneracional, que obliga al TC a atender, en sus sentencias particulares y en su jurisprudencia como conjunto, a la necesaria existencia de vínculos estrechos entre las sucesivas generaciones, sin gravar hasta el extremo a una a costa de la otra, evitando toda fractura entre las mismas, de forma que no exista el riesgo de que una generación se desvincule o sienta desvinculada del contrato social y exista un equilibrio de prestaciones y contraprestaciones entre las generaciones más jóvenes y las mayores. Häberle considera, en fin, que

el contrato social cuya garantía y actualización corresponde al TCF tiene que atender también incluso a las generaciones futuras, todavía no existentes (especialmente, por ejemplo, respecto de lo que afecta al medio-ambiente o a la deuda nacional).

Ello conlleva, ante todo, una exigencia de consenso permanentemente actualizado de la sociedad como conjunto en las cuestiones básicas para la ordenación de la vida en común (el "plebiscite de tous les jours" de Renan), actuando el TCF (a través de sus sentencias básicas, las sentencias atípicas, los *obiter dicta*, los votos particulares) como generador, mediador o propiciador de ese consenso, de la "integración continuamente renovada" (Smend), moviéndose entre la tradición y el progreso y pudiendo acelerar (o frenar) los cambios sociales, si bien a la larga es claro que no se puede oponer a los cambios de una sociedad libre. El Tribunal tiene, por otra parte, que actuar inspirado por el pluralismo y por una concepción de la sociedad como sociedad abierta, lo que le obliga especialmente respecto de los grupos marginales, marginados o más débiles y las minorías, que no pueden quedar excluidas, como sería propio de una sociedad cerrada, del contrato social.

Häberle no tiene inconveniente alguno, sino todo lo contrario, en reconocer que el TCF actúa así como fuerza o poder político, y no sólo como una institución jurídica, pues la alternativa Derecho o política es una falsa alternativa, como lo es la alternativa función política/función jurisprudencial. Cabría decir, a nuestro juicio, que el TCF crea Derecho constitucional, pero también hace política, y ello de manera entremezclada e inescindible en la mayoría de las ocasiones; y, como lo dice Wangler, ni el carácter político de un acto excluye su conocimiento jurídico, ni el efecto político del conocimiento le priva de su carácter jurídico. Pero si bien el TCF tiene una importante responsabilidad en el contrato social, se trata en todo caso de una responsabilidad mancomunada, "pro indiviso", compartida con el legislador democrático, los Gobiernos federal y de los *Länder*, los otros tribunales, los grupos sociales, la opinión pública, etc.

No puede dejar de resaltarse, por otro lado, que Häberle sostenía, ¡ya a la altura de 1978!, que el contrato social "nacional" había que insertarlo en el contexto de un contrato social mundial e, incluso si no existe, debería actuarse como si dicho contrato existiera: es decir, tomando en cuenta siempre a toda la humanidad, a todo el planeta azul en que vivimos. Por ello, considera en ese trabajo de 1978 incluido en esta obra que los Tratados sobre derechos humanos de Naciones Unidas son "anteojos de larga vista". La "mundialización" de los últimos años, que ya anticipara Kant en *Sobre la Paz Perpetua* (la lesión al De-

recho en un lugar determinado debería sentirse en todos los lugares de la Tierra), demuestra hasta qué punto ello es así.

2.- Jurisdicción constitucional y sociedad abierta de intérpretes de la Constitución

Es conocido que Häberle defiende, proyectando sobre el Derecho constitucional la doctrina de Karl Popper, la existencia de una "sociedad abierta de intérpretes de la Constitución". Con ello alude a que la función de interpretar la Constitución no es una función exclusiva del tribunal constitucional, sino todo lo contrario: la interpretación de la Constitución corresponde también, por supuesto, a los otros tribunales, a los abogados, a la comunidad científica jurídica, pero no sólo a ellos (la "sociedad cerrada" de intérpretes de la Constitución), sino también, en términos más generales, a toda la opinión pública, a todos los ciudadanos, con una libre competencia de interpretaciones de todos ellos (no hay "numerus clausus" de intérpretes constitucionales: es la "sociedad abierta" de intérpretes de la Constitución, que incluye a asociaciones, partidos políticos, sindicatos, iglesias, Casa Real, ciudadanos, etc). Es más, dice Häberle, sólo formalmente tiene el tribunal constitucional la "última palabra", pues materialmente quienes tienen la última palabra, o mejor: la penúltima palabra, son los ciudadanos y la comunidad científica.

Una consecuencia importante de la existencia de esta sociedad abierta de intérpretes constitucionales, y ello conecta con las construcciones häberlianas de la Constitución como "proceso público" y del DPC como peculiar y singular, es la de que en los más relevantes procesos constitucionales se regula la (posible) participación procesal de otros tribunales, asociaciones, entidades u órganos constitucionales de los que se obtienen opiniones, datos, informaciones, a los que se oye, y de este modo se les tiene en cuenta, o puede tenérseles en cuenta, a la hora de llevar a cabo la interpretación constitucional correspondiente y ello por entender que son importantes no sólo para el proceso constitucional en sentido formal estricto, sino también en sentido amplio, esto es, para la Constitución como proceso público. Piénsese, a título de ejemplo, en que en la vista oral relativa a la Ley sobre la cogestión de 1976, tras prepararse sendos libros-informes por expertos y numerosas declaraciones, se expresaron ante el TCF, entre otros: seis abogados y profesores, por los recurrentes; un profesor y varios diputados

por el *Bundestag*; un abogado, tres ministros federales, un secretario de Estado y tres profesores, por el Gobierno federal; un alcalde y un senador, por las ciudades anseáticas de Bremen y Hamburgo; por la Unión Federal de Asociaciones Empresariales, que no era parte afectada, su presidente y el director de una empresa importante; por la Federación de Sindicatos alemanes, que tampoco era parte afectada, dos abogados, un miembro del Comité de Dirección, un consejero jurídico y un jefe de servicios; por el Sindicato alemán de empleados, dos abogados y un miembro del Comité de Dirección; por la Federación de Sindicatos Cristianos de Alemania, un abogado; y en nombre de un accionista, parte en el proceso *a quo*, un abogado.

Pero es que incluso la subsidiariedad del recurso de amparo es susceptible de interpretarse, y así lo ha hecho el TCF, a la luz de esta finalidad de amplia audiencia y participación de la sociedad abierta de intérpretes constitucionales: por virtud de esa subsidiariedad se permite a los tribunales ordinarios, especialmente a los más elevados, decir la "primera palabra" y ello, junto a las posiciones de las partes a lo largo del itinerario procesal ordinario, puede ser tenido en cuenta por el TC. Hasta nos atreveríamos a decir, por nuestra parte, que el considerable retraso que sufren las sentencias del TCF (y todos sus destinatarios) puede tener como una de sus pocas ventajas (inconscientes e involuntarias) que ello facilita y propicia, en los casos más polémicos, una toma de posición por grupos, personalidades, asociaciones, investigadores, etc. de lo más plural a lo largo del tiempo.

Todo ello también permite que, aunque formalmente el tribunal constitucional tenga la última palabra, al ser la Constitución un proceso público, a medio plazo las decisiones del tribunal constitucional pueden ser revisadas por el propio tribunal ante la reacción de la opinión pública y/o la comunidad científica o, incluso, sus decisiones pueden ser "superadas" por medio de la reforma constitucional.

Esta tesis de Häberle tiene, a nuestro modo de ver, aspectos muy positivos:

- En primer término, como es propio de todo el pensamiento de Häberle, es una tesis profundamente democratizadora, que hace tomar participación en la interpretación de las normas constitucionales a todos los ciudadanos de diferentes formas, incluso inconscientemente;
- Además, es una tesis que huye del positivismo jurisprudencial tan empobrecedor que caracteriza a la hora presente, explicable en gran medida por-

que la obra de los tribunales constitucionales es tan amplia que ya sólo en conocerla o sistematizarla han de consumirse muchas energías, y es mucho más problemático, y también menos cómodo sin duda, criticarla o matizarla convincentemente;

- Abre, asimismo, la interpretación de la Constitución al pluralismo social y político;
- Propicia la integración pragmática de elementos teóricos, sin posibilidad de amarrarse a una teoría o Escuela, así como de sensibilidades sociales divergentes a través del proceso constitucional;
- Abre al tribunal constitucional a la sociedad y también hace que ésta se sienta oída y representada en el tribunal constitucional. Como lo expresa Häberle, el TCF guía a la sociedad de manera creciente por medio de su copiosa jurisprudencia (por ej., sobre el "efecto frente a terceros" y la objetivización de los derechos fundamentales), la estructura y la transforma, a su manera, en una parte de la "sociedad constituida". Justamente a causa de esta relación con la sociedad se ve en la necesidad de llevar en su Derecho procesal a la sociedad ante su foro: así puede comprobarse en la praxis de información y participación pluralistas, sobre todo, en los "grandes procesos" [como en el proceso del *numerus clausus:* BVerfGE 33,303 (318 y ss.)] , pero también en procesos mas pequeños. Llevado al extremo puede formularse: el TCF gana un poco el carácter de un "tribunal de (toda) la sociedad" de un tipo especial. Pierde en la tradicional estatalidad en la medida en que es un factor en el proceso de constitución de la sociedad. Es un "tribunal constitucional" más allá de la separación del Estado y la sociedad, de los tribunales estatales y "sociales" (como los llamados tribunales deportivos). El TCF se toma en serio a la "sociedad abierta de los intérpretes constitucionales": no sólo procedimentalmente, es decir, en el DPC, sino también materialmente, en su interpretación constitucional, en la que se hace eco de manifestaciones del Gobierno federal (por ej., declaraciones gubernamentales), de la propia comprensión de las Confesiones religiosas [BVerfGE 42, 312 (331); 46, 73 (95) o 83, 341 (356)] o de argumentos de una asociación como la Confederación "libertad de ciencia" o de una institución como el Consejo de la Ciencia [cfr. BVerfGE 47,327 (384 y ss.)]. Con ello,

"penetra" el Tribunal en el ámbito de la sociedad, asume ideas e intereses de ese ámbito, los "oye" y los transforma por medio de su interpretación constitucional abierta. Por esta vía tiene que apoyarse en la doctrina científica. El EE.UU. se abre a la "sociedad abierta de los intérpretes constitucionales"; se transforma en su "médium", sobre todo allí donde el Parlamento ha fallado. Hay un cierto efecto recíproco: cuanto más interviene el TCF en el proceso de conducción de la sociedad abierta, tanto más se adhiere la sociedad a él, quiere hacerse escuchar «en Karlsruhe» [sede del TCF]. Hasta qué punto es así se comprobó en el asunto de la cogestión: casi se percibían (1978) las líneas de fuerza de la opinión pública de la sociedad en la Sala de sesiones (BVerfGE 50, 290).

- Estrecha los vínculos entre la sociedad y la Constitución, así como resalta la importante función de la doctrina científica en el desarrollo y progreso constitucionales;
- Contribuye a asentar y justificar la peculiariedad del DPC;
- Destaca la importancia (limitada) de la autoconcepción (*Selbstverständnis*) en la interpretación de los derechos fundamentales;
- Pone de relieve la existencia de círculos problemáticos y ámbitos de la Constitución material que no llegan al juez constitucional por unas u otras razones y "sin embargo, la Constitución material 'vive' también aquí" (por ejemplo, reglamentos parlamentarios);
- Resalta la necesidad de modular el control de la constitucionalidad según el "primer intérprete" haya sido el legislador democrático, el Ejecutivo ...
- Explica el valor normativo que la realidad social puede y debe llegar a tener (me parece que, por ejemplo, en materia de derechos fundamentales, por lo general un tribunal constitucional no puede entender el derecho de que se trate de forma divergente a como ese derecho es efectivamente "vivido" por los ciudadanos), etc.

A nuestro modo de ver, para entender bien esta teoría, y valorarla apropiadamente, se hace preciso diferenciar la interpretación en sentido estricto de la Constitución de la interpretación a que se refiere Häberle, que es un concepto mucho más amplio que incluye también la interpretación no técnica, incluso inconsciente, como la se deriva del

modo en que "viven" la Constitución los distintos actores y ciudadanos ("quien 'vive' la norma, también la interpreta", nos dice Häberle, incluso quien es excluido lo hace, como los partidos políticos que sean prohibidos por el TCF). No es, pues, en realidad, una interpretación en sentido técnico-jurídico estricto, sino, más bien, un elemento de la realidad social que ha de ser tenido en cuenta en la interpretación constitucional *stricto sensu* (la pluralidad de intereses contrapuestos). El propio Häberle hace esta distinción y otras que nos parecen enteramente atinadas y que hay que tomar en cuenta para entender bien su teoría (interpretación por razón del sujeto: a) funciones estatales: el TCF como responsable de la decisión de última instancia, bien que relativizado ello eventualmente por los votos particulares, por un lado; la jurisdicción, el legislador y el ejecutivo; b) los participantes en los procesos correspondientes por los que las funciones estatales deciden; c) el espacio público democrático-pluralista; d) la teoría del Derecho constitucional).

Ello, correctamente entendido, no tiene que conducir a una Constitución diluída, sujeta a permanente cambio, contraria a la igualdad y susceptible de interpretaciones arbitrarias, como pretende Starck (erradamente, a nuestro juicio), pues Häberle no niega que la interpretación jurídicamente vinculante es sólo la del tribunal constitucional ("la responsabilidad permanece en la jurisdicción constitucional como intérprete de 'última instancia'", como el "último intérprete 'competente' de la Constitución", dice expresamente Häberle), y no la de los otros órganos, poderes públicos y ciudadanos, quienes actúan más bien, dice Häberle, como intérpretes previos (*Vorinterpreten*) o intérpretes mediatos que, al vivir la norma, proporcionan un poco de una interpretación previa, y esto no como teoría, sino como una realidad (plural) que no puede pasar por más tiempo ignorada por la ciencia constitucional (son las fuerzas activas del *law in public action*): "Limitar la interpretación constitucional a los intérpretes constitucionales legitimados 'gremial' y jurídico-funcionalmente significaría empobrecimiento y autoengaño, sobre todo porque una noción experimental de la ciencia del Derecho constitucional como ciencia normativa y de la realidad no puede renunciar a la fantasía y a la fuerza creativa de los intérpretes 'no gremiales' en el proceso de la interpretación constitucional".

Lo que afirma Häberle es que el modo de entender la Constitución por todos estos ciudadanos, grupos, órganos del Estado, opinión pública, ha de ser tenido necesariamente en cuenta, tendiéndose a una interpretación pluralista (con especial atención a

los grupos marginales o más débiles) e integradora, que tome en consideración a *todas* las generaciones presentes pero también a las futuras, y presupone también, al mismo tiempo, la competencia de cada ciudadano, además, y por supuesto de la doctrina científica también, para juzgar, criticar o censurar esa interpretación del tribunal constitucional.

Nada de ello nos parece francamente que ponga en riesgo de disolución a la Constitución ni conduzca a planteamientos desigualitarios o arbitrarios contrarios a la seguridad jurídica y estabilidad de la jurisprudencia, como defiende Starck, pues el propio Häberle advierte que "la Constitución no es sólo proceso, sino que tiene elementos esenciales de constancia como 'ordenamiento marco'" y "la interpretación constitucional no debe caer en el remolino de los estados de ánimo momentáneos en la política del día, ni bajo las presiones del espacio público 'formado', 'ordenado' (¡en vez de pluralista!), como tampoco bajo el 'dominio de las asociaciones' (T. Eschenburg)", por lo que para evitar tales peligros "se requiere, por un lado, de los instrumentos 'finos' de la interpretación constitucional racional y pluralista, así como de sus métodos tradicionales; por el otro lado, de la estructuración y organización pluralistas del espacio público". Tampoco nos parece, en fin, que la autonomía del TCF en la audiencia de expertos, grupos o personalidades, como en general en la forma de procurarse información, le haga entrar, al menos parcialmente, en el proceso político de manera tal que afecte a la larga negativamente a su autoridad, por no ser ello algo propio de un tribunal, sino algo que quiebra, en cierto modo, la diferencia entre el legislador y la jurisdicción constitucional en lo que toca a la ley (Schlaich). La experiencia hasta ahora así lo demuestra.

Más bien, nos parece que lleva razón Häberle cuando sostiene que las Constituciones vivas son obra de *todos* los intérpretes de la sociedad abierta y que puesto que no sólo los intérpretes jurídicos de la Constitución viven las normas, tampoco son los únicos y ni siquiera los intérpretes primarios, y por ello es justo que sean oídos formalmente y tomados en consideración en ciertos casos otros sujetos. Esta tesis no lleva, no tiene que llevar, a nuestro modo de ver, a un cambio continuo de la jurisprudencia constitucional ni a la arbitrariedad, sino sólo a su sensibilidad al cambio social, a las interpretaciones alternativas posibles que proporcionan, o pueden proporcionar (potencialmente), todos los ciudadanos, órganos estatales, tribunales, lo que se hace desde la concepción de la construcción de la Constitución como una tarea a realizar día a día por to-

dos, según el procedimiento de "trial and error", pues, como dijera Holmes en 1919: "Our Constitution is an experiment, as all life is an experiment".

Lo que no nos parece asumible de la teoría de Häberle es una de las consecuencias que pretende derivar de ella: la modulación del control de la constitucionalidad en el caso de leyes aprobadas con una amplia participación (social y parlamentaria). Es verdad que Häberle matiza su tesis al sostener que "tratándose de leyes que no son impugnadas en lo fundamental, ello significaría que éstas no deben revisarse con excesivo rigor". Aun así, nos parece que el hecho de que una ley haya sido aprobada con una mayoría especialmente reforzada o cualificada en el Parlamento (diríamos más: incluso por unanimidad), y tras un debate amplio en la sociedad, es algo que, en principio, ha de tener escaso papel, tanto más cuando de lo que se trate sea justamente de proteger a una minoría o de evitar que se reforme la Constitución por medio de una ley ordinaria y no por el cauce formal para ello establecido, por poner dos casos evidentes en que ese criterio es profundamente inapropiado. Este criterio llevaría, por ejemplo, a que las leyes orgánicas en España (que requieren una mayoría absoluta del Congreso) tendrían que sujetarse a un control constitucional menos estricto y lo mismo sucedería, con mayor razón, respecto de las reformas constitucionales, que por su propia naturaleza requieren la aprobación por una mayoría cualificada cuando menos y, en ocasiones, a través de un procedimiento fuertemente legitimador en términos democráticos, lo cual no nos parece atinado.

3.- Interpretación de la Constitución por la jurisdicción constitucional

Häberle considera que los cuatro métodos clásicos de interpretación (literal, histórico, sistemático, teleológico) son aplicables a la interpretación de la Constitución, representando los mismos una "estructura argumentativa flexible" (Brugger), siendo necesario "hacer virtud" de la incierta interrelación entre ellos desde los tiempos de Savigny: "es en el caso particular en el que el juez, a partir de su 'juicio', o más precisamente, de un criterio de justicia formado por la experiencia, puede argumentar cómo y por qué prevalece un método sobre otro, o de qué modo varios de ellos 'sustentan' un resultado. El pluralismo y la apertura de los cuatro métodos de la interpretación se con-

vierte así en garantía de que se logre la justicia *en el tiempo*, tomando en cuenta el cambio y la evolución". También considera indudable que la "materia constitucional" da lugar a una interpretación específica. Häberle sostiene que la comparación constitucional cultural (esto es, que atiende no sólo al texto, sino también al contexto cultural) es un "quinto" método hermenéutico y ello sin perjuicio de que pueda funcionar como mero anexo a los cuatro métodos, sin autonomía.

Por otro lado, Häberle también enuncia, en línea con la doctrina alemana (ya desde 1961), una serie de principios específicos de la interpretación constitucional, que no sustituyen a los métodos antes referidos, sino que están vinculados a ellos: unidad de la Constitución, concordancia práctica, interpretación conforme a la Constitución, corrección funcional. Pero añade dos de propia cosecha: la interpretación favorable a Europa y al Derecho internacional y la comparación constitucional, que tendría como subprincipio aplicado especial al principio de la "hermenéutica común europea" o de la "hermenéutica común iberoamericana".

También sugiere Häberle la existencia de un límite a la interpretación constitucional consistente en la interpretación de la Constitución "conforme a la ley". Se trata de una tesis polémica, pero creo que, más allá de su controvertible formulación, puede aceptarse en tanto que no pretende, en realidad, ignorar la supremacía constitucional, que conlleva que es la ley en todo caso la que tiene que interpretarse conforme a la Constitución, sino expresar condensadamente otra idea, en el fondo ligada a la pretensión democratizadora de todo el pensamiento häberliano: la de que el legislador también contribuye, como todos los órganos constitucionales y judiciales, al desarrollo a lo largo del tiempo del Derecho constitucional, aunque sea "desde abajo"; o, dicho de otro modo, al interpretar la Constitución con respecto a una ley, es inevitable que se produzca una interacción recíproca y que la segunda también influya en la primera y no sólo a la inversa. Así, por ejemplo, nos dice Häberle, "la evolución del Derecho privado influye, a mediano plazo, en la imagen que la Constitución se hace del 'Derecho privado', independientemente de su 'supremacía'". Cada rama del Derecho tiene estructuras y lineamientos propios, sus "propria", y el Derecho constitucional no puede anularlos desde arriba o desde el lado.

4.- Derecho procesal constitucional como Derecho constitucional concretizado: su singularidad

Häberle transfiere la apertura y dinámica de la Constitución material que él defiende al Derecho Procesal Constitucional (DPC, en adelante), de manera que la estructura de éste se tiene que abrir a la a la estructura abierta y pluralista de la Constitución, expresión del paradigma de la "sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución". Así, Häberle defiende la tesis de la peculiariedad del DPC, entendiendo por tal la autonomía o emancipación frente a las otras regulaciones procesales, sus principios procedimentales generales y sus regulaciones especiales. Esta peculiariedad es consecuencia de la especificidad de la interpretación constitucional. Para ello se basa en que el TCF reconoce la autonomía del DPC, lo que no empece al recurso a las disposiciones o principios del Derecho procesal administrativo, civil, etc., pero siempre matizado por la necesaria atención a las "especialidades del procedimiento" ante el TCF y teniendo en cuenta la posibilidad de un "desarrollo judicial del Derecho procesal" por el Tribunal. Éste también ha reconocido la necesidad de una interpretación de conjunto de las concretas disposiciones de DPC y, además, allí donde se requería "judicial activism" el TCF ha ampliado el material normativo procesal. El DPC hay que examinarlo siempre a la luz de una interpretación específicamente jurídico-constitucional y, en este sentido, es Derecho constitucional concretizado; "un tribunal constitucional debería vivir según sus *propias* reglas de actuación, adaptadas a sus funciones especiales y puede incluso crearlas en parte. Si se busca comparativamente en procedimientos judiciales civiles o administrativos o en el código procesal penal, ello es sólo porque se quiere llegar a saber de las experiencias, los conocimientos, las tradiciones de los otros tribunales. Pero lo totalmente específico de una *Constitución* y su ("penúltima", nunca auténtica) interpretación por un tribunal constitucional debe, sin embargo, elaborarse según lo propio de las funciones del tribunal constitucional. Ello vale para todos sus procedimientos de hallazgo de la verdad y de búsqueda de la justicia, también para su concretización del bien común". En el mismo prólogo de esta obra, dice Häberle que "los principios y métodos de la interpretación del DPC deben aplicarse de modo específicamente jurídico--constitucional y unitariamente; las analogías con los restantes códigos procesales, como el Código Procesal Civil o el Código Procesal Penal son admisibles sólo con cautelas y

no sin más; el Tribunal Constitucional Federal alemán trabaja en esta perspectiva no del todo claramente".

En realidad, esta conexión entre Derecho constitucional sustantivo y DPC se deriva también, nos parece, de que el TCF no sólo es tribunal, sino que también es, al mismo tiempo, un órgano constitucional y ese *status* especial le permite modificar los principios de las leyes procesales comunes a la luz de lo "específico" del DPC, pues la interpretación y concretización de la Constitución en los procedimientos del DPC es parte de la Constitución como proceso público, que impone unas específicas exigencias de racionalidad y aceptabilidad.

El problema de la tesis häberliana es doble:

a) uno, de carácter más bien académico y aparente, sobre si el DPC es realmente Derecho procesal o Derecho constitucional. De entrada, la respuesta puede parecer clara en el sentido de que es Derecho procesal, como su propio nombre indica y se deriva de la realidad de que su objeto lo constituyen los procesos específicos para pretensiones específicamente constitucionales y de los que conoce, por lo general, un tribunal constitucional. Creo que, bien interpretado, Häberle no niega esto, aunque pueda parecer lo contrario o así se lo haya interpretado. Lo que Häberle dice realmente no es que el DPC no sea Derecho procesal, sino que, siéndolo, es también una concretización del Derecho constitucional como Derecho sustantivo, y destaca la necesidad de interpretar el DPC *materialmente* atendiendo al Derecho constitucional sustantivo y las especificidades de su hermenéutica, y en ello sigue Häberle la línea de otro autor que, años antes, había defendido la tesis del "Derecho procesal penal como Derecho constitucional concretizado" (Sax, 1959), y es que en realidad el DPC es Derecho constitucional concretizado como lo es todo Derecho procesal, si bien con un grado considerablemente mayor en el caso del DPC, obviamente, por su vinculación directa con la materia constitucional y su hermenéutica tan específica.

b) El otro problema es el de si no es demasiada la flexibilidad en el manejo por el TCF de su DPC a que conduce la tesis de Häberle. En realidad, Häberle parece otorgar más peso, dentro de la doble naturaleza del TCF, a su carácter de órgano constitucional que a su carácter de Tribunal. Esto lo decimos porque

normalmente los órganos constitucionales ven reguladas en la Ley Fundamental su constitución, organización, competencias y procedimiento y en todo lo demás se les da autonomía sin necesidad de la *interpositio legislatoris*. Esto no ocurre, sin embargo, justamente en el caso del TCF, pues la LF establece que una Ley regulará su constitución (esto es, organización) y procedimiento, pues esto no se regula en la Constitución y, teniendo en cuenta que cuanto mayor es el poder de un órgano parece que mayor es la necesidad de una regulación dotada de certeza de sus competencias, organización, etc, parece cuestionable que haya de dejarse tanta libertad configuradora al TCF para moldear su DPC como la que defiende Häberle.

Desde luego que la circunstancia de que el TCF aplique Derecho constitucional es muy relevante y esa peculiariedad de la "materia" Derecho constitucional tiene que llevar, junto al carácter de órgano constitucional del TCF, a reconocer especificidad al DPC frente al restante Derecho procesal, y su condicionamiento especialmente intenso por el correspondiente Derecho sustantivo, y a reconocerle también una autonomía especial, pero ello ha de conocer unos límites, pues precisamente en este campo es necesario dotar de certeza y seguridad jurídica a los ciudadanos y actores políticos, tanto más si se tiene presente que el TCF no está sujeto a control *formal* alguno más que su propio criterio (ya se sabe, la eterna cuestión: "quid custodiat custodes?"); y no por otro motivo, con carácter excepcional, a este órgano constitucional no se le da una autonomía plena en la Constitución, sino que se prevé el concurso necesario del legislador para regular su organización y procedimientos, y es que, aparte de órgano constitucional, es también un tribunal, lo cual exige la existencia de un procedimiento reglado, y reglado con principios claros y conocidos previamente, por más que su actuación haya de ser más libre y autónoma que la de los otros tribunales (pero sin llegar a la "soberanía" autoorganizativa de los otros órganos constitucionales).

Por ello, la tesis de Häberle puede ser cuestionable, aunque ello dependerá de sus consecuencias concretas, algo que aquí no podemos entrar a valorar, si bien es preciso señalar que también Häberle reconoce aquí límites y hasta, acaso paradójicamente, critica que, en contra de lo que dice la LTCF, la celebración de vistas orales no sea la "regla general". Lo que, desde luego, nos parece poco atinado, más allá de la fórmula iconoclasta, es que el TCF se autocalifique como "Señor del Proceso" o "Señor de la

Ejecución", pues ni lo es ni debe serlo, sino que la única "Señora del Proceso", en todo caso, ha de serlo la Constitución (Kotzur).

Ello no impide, desde luego, reconocer la autonomía relativa del TCF en materia procedimental, debido a la especialidad y singularidad derivada del Derecho sustantivo a aplicar. Así, el artículo 35 LTCF, establece que éste "puede precisar en su resolución quién ha de ejecutarla; puede también, en casos concretos, indicar la forma y modo de ejecución" y el Tribunal, al interpretar esta disposición, parte de que la expresión "ejecución" tiene un significado mucho más amplio que en el Derecho procesal civil. El artículo 35, llega a decir el TCF, hace a éste el "dueño y señor de la ejecución" y le deja entera libertad para establecer los requisitos necesarios para que ésta, en cada ocasión, se lleve a cabo del modo más apropiado, más rápido, más conveniente, más sencillo y más eficaz. Al amparo de este artículo, por ejemplo, el TCF ha fijado incluso una normativa de aplicación transitoria en tanto no se apruebe por el legislador una nueva regulación plenamente conforme con las exigencias constitucionales. Desde luego que la interpretación del TCF de este artículo tiende a darle una enorme libertad en materia de ejecución, pero ello no le convierte, a nuestro entender, en "Señor de la ejecución", pues su discrecionalidad tiene límites, y sobre todo uno: la regulación dispositiva de la LTCF puede reformarse por el legislador por otra más precisa o simplemente imperativa, aunque, lógicamente, también entonces el legislador tiene límites. Ello es también otra razón disuasoria, que se suma a la propia prudencia natural del TCF en el ejercicio de sus competencias, para que el Tribunal no haga un uso desmedido o irrazonable de esa discrecionalidad, desde luego no con carácter general. Esta conclusión puede ser generalizada, a nuestro modo de ver, para otros aspectos de la autonomía del TCF.

5.- Jurisdicción constitucional y Derecho comparado

Es sabido que Häberle defiende la existencia de un quinto método hermenéutico, que sería el método iuscomparado, cuestión del mayor interés en la que no podemos aquí entrar. Lo que interesa es la relación de ello con la jurisdicción constitucional en su pensamiento. Al respecto, se muestra crítico con el muy escaso uso que hace la jurisprudencia del TCF del Derecho comparado, si bien algunos votos particulares sí lo emple-

an, con finalidad legitimadora en ocasiones. Ello contrasta con la experiencia de otros tribunales constitucionales, como el español o el italiano. También critica lo poco que se toma en cuenta al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En realidad, a nuestro juicio, el carácter "introvertido", poco dado al empleo del Derecho comparado (al menos, en contraste con otros países), es algo propio también de la doctrina constitucional alemana en general. Ello puede tener explicación en el elevado desarrollo que esa doctrina, como también la jurisprudencia del TCF, han alcanzado, pero, aun con todo, ello nos parece muy empobrecedor, y manifestación de una autocomplacencia y "soberbia doctrinal" que, a la postre, es negativa. Häberle es, en este sentido, más bien una excepción.

Por otra parte, aunque quizás no sea fácil demostrarlo (sería interesante una investigación al respecto), no pocas de las elaboraciones de la doctrina alemana en materia de Derecho constitucional son, sin desconocer su originalidad indiscutible, en gran medida resultado de la "racionalización" de la doctrina y la jurisprudencia constitucional norteamericana, como lo es, por otra parte y para empezar, la jurisdicción constitucional concentrada, que además se aproxima cada vez más al modelo norteamericano, al asumirse en Europa también el concepto norteamericano de Constitución, con el que el sistema kelseniano puro de jurisdicción constitucional difícilmente podía encajar. Ello ni se reconoce ni es muchas veces fácilmente reconocible, pero es así. Ello explica también, en parte y junto a otras razones, que el principal modelo empleado de Derecho comparado en la doctrina y jurisprudencia alemanas sea el norteamericano (no olvidemos, que el proceso constituyente alemán estuvo directamente tutelado, aunque no impuesto, ante todo por los norteamericanos, vencedores en la Guerra). Pero, sin desconocer su enorme trascendencia, no podemos compartir esta limitación del empleo del Derecho comparado al caso norteamericano, que al final redunda en perjuicio de un (posible) mayor desarrollo de la propia doctrina y jurisprudencia, que no debería verse limitado por ningún tipo de sentida "autarquía constitucional" o "autosuficiencia" doctrinal. También en otros países, europeos y latinoamericanos, hay experiencias que han de conocerse para aprender en "carne ajena", que siempre "duele" menos, lo experimentado por otros.

6.- El concepto de tribunal constitucional

El tribunal constitucional es, para Häberle, una institución judicial, autónoma de los otros órganos constitucionales y estatales, y dotada de determinadas competencias y funciones a través de las que hacer valer la Constitución, entendida ésta no sólo como una ordenación jurídica para juristas a interpretar por éstos según reglas artísticas nuevas y viejas, sino que actúa esencialmente también como guía para profanos en Derecho, para los ciudadanos; no sólo se la concibe como un texto jurídico o recopilación normativa de reglas, sino también como expresión de un estadio de desarrollo cultural, medio de autorrepresentación del pueblo, reflejo de su herencia cultural (por ejemplo, la "memoria colectiva") y fundamento de sus esperanzas. El tribunal constitucional es la coronación del Estado constitucional contemporáneo, si bien no necesariamente todo Estado constitucional tiene que tener un tribunal constitucional ni siquiera otros institutos anexos como el *Ombudsman*.

Sus rasgos serían los siguientes: a) es un órgano constitucional; b) goza de legitimación democrática (lo que lleva a rechazar el modelo de cooptación); c) está presidido por la publicidad en su actuación; d) desarrolla una actividad jurisprudencial, esto es: aplicativa de la Ley y el Derecho, racional; e) tiene un estándar común mínimo de competencias y funciones; f) entre sus funciones están: la garantía evolutiva de los derechos fundamentales en el contexto de los Pactos internacionales y regionales de Derechos Humanos; la protección de la democracia y el Estado de Derecho, en especial de la "primacía de la Constitución", no sólo, pero sí especialmente en la forma del control normativo, preventivo o represivo, abstracto o concreto; la garantía del equilibrio de poderes como aseguramiento de la "separación de los poderes del Estado"; la garantía del pluralismo y con ello de la protección de las minorías de todo tipo; la inserción pacífica del Estado constitucional nacional en Comunidades de responsabilidad regionales e internacionales; la "actualización" cautelosa, literalmente así entendida, de la Constitución; g) tiene que trabajar un consenso básico permanente en la sociedad, participar en el "continuar escribiendo" el contrato social de una comunidad política día a día.

Por nuestra parte, en otro momento y lugar, hemos ensayado, con ocasión de analizar si la Suprema Corte mexicana es o no un verdadero tribunal constitucional, y

partiendo inicialmente del conocido planteamiento de Favoreu, un cierto concepto de tribunal constitucional, tarea ardua y que hoy realmente no puede abordarse a fondo sino sólo por aproximación, pues, como bien dice Häberle, hasta hoy se carece, también en Alemania, de una teoría constitucional de la jurisdicción constitucional, y las experiencias existentes en los diversos países son muy ricas, variadas y casi inabarcables, lo que dificulta toda conceptuación global teórico-constitucional de la institución "tribunal constitucional". La exposición de Häberle no pretende, por ello, nos parece, dar un concepto acabado de tribunal constitucional. Más bien, arroja una serie de ideas-clave de gran valor sobre la jurisdicción constitucional autónoma que pueden servir para trabajar este tema teórico-constitucionalmente, pero no ofrece un concepto acabado de tribunal constitucional. Es más, el propio Häberle unas veces distingue con claridad, cuando menos organizatoriamente, entre los tribunales que constituyen una jurisdicción constitucional autónoma y otros como la Corte Suprema de los EE.UU., pero otras veces no duda en considerar al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o al Tribunal Europeo de Derechos Humanos como verdaderos tribunales constitucionales o incluso a todos los tribunales ordinarios, aun donde, como Alemania o España, estos no tienen ninguna facultad para dejar de aplicar una norma inconstitucional a un caso concreto.

Desde nuestro punto de vista, lo primero para que pueda hablarse de tribunal constitucional en sentido estricto es que tiene que existir una Constitución que dicho tribunal aplique, lo que no es el caso ni del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ni del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ahora al menos (a lo sumo, aplicarían "fragmentos de Constitución"); en segundo, lugar, ese tribunal tiene que ser un órgano jurisdiccional (que ejerza una verdadera jurisdicción, por tanto) y también un órgano constitucional, dotado de autonomía frente a los otros órganos constitucionales y estatales; en tercer lugar, sus magistrados han de ser juristas (en su mayoría, cuando menos) y designados, mayoritariamente al menos, por autoridades políticas con una legitimación democrática directa o indirecta clara; en cuarto lugar, tiene que tener determinadas competencias a través de las cuales pueda llevar a cabo un control judicial constitucional de cierto alcance en el país o región donde opere; en quinto lugar, y este elemento no se daría en México con respecto de la Suprema Corte de Justicia a nuestro modo de ver, su labor central tiene que ser, con toda claridad, el ejercicio de competen-

cias constitucionales, y sólo puede tener atribuidas competencias no constitucionales en atención a su elevada relevancia política, sin que ello pueda significar en cualquier caso que el Tribunal deje de centrarse en las competencias contencioso-constitucionales, ya que, como Häberle dice en el prólogo a este libro, un exceso de competencias no jurídico-constitucionales pone en cuestión la condición como tribunal constitucional de un órgano de la constitucionalidad.

Este es un concepto estricto de tribunal constitucional, que nos parece que es el único realmente útil. Ahora bien, ello no impide considerar, desde una perspectiva completamente material, que todo tribunal que aplica la Constitución es un tribunal constitucional, y en este sentido cabría considerar como tal tanto al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como al Tribunal Europeo de Derechos Humanos como, en definitiva, a todos los tribunales ordinarios, vinculados por la Constitución como norma y por su primacía normativa en todo tipo de litigios. Pero conviene precisar cuándo se utiliza este concepto material *lato sensu* de tribunal constitucional y no el concepto estricto, que es el empleado habitualmente por la doctrina constitucionalista, por más que falte hasta ahora una teorización constitucional sobre esta categoría y hasta una conceptuación de la misma, tarea de enorme complejidad ante la riquísima variedad que nos ofrece el Derecho comparado, prácticamente inabarcable y que crece casi día a día. Si esta tarea comienza a emprenderse, parece que todas las ideas y matizaciones de Häberle deberán ser tenidas muy en cuenta.

7.- Elección de los jueces constitucionales

Häberle reconoce que estamos ante un aspecto muy sensible de la jurisdicción constitucional, pues el interés de las distintas fuerzas políticas en influir en el Tribunal Constitucional por medio de la elección de sus miembros es mayúsculo, tanto más cuanto más amplia sea su jurisdicción: "Cuantas más competencias escritas o tácitas asume ésta, tanto más pretenden tener influencia en la elección de los jueces determinadas fuerzas políticas de la sociedad abierta. Puesto que, en Alemania, el TCF se ha ganado, a base de esfuerzo, un lugar tan central en el conjunto del sistema del 'Estado y la sociedad', 'Constitución y contrato social' y también frecuentemente la política de Bonn des-

carga, de excesivo buen grado, sus problemas en Karlsruhe [sede del TCF], la discusión sobre la elección de los jueces constitucionales de la Federación debería conducirse más franca y abiertamente que hasta ahora". Critica el dominio de los partidos políticos, en concreto los dos mayoritarios, en la elección de los jueces constitucionales en Alemania. Se opera conforme a la regla del "do ut des" sin pudor alguno, incluso públicamente. Por ello, cree necesario ensayar modelos alternativos.

En este sentido, alude Häberle al audaz ensayo de la Constitución de Brandenburgo (1992): "su artículo 112, apartado 4, frase 4ª prevé 'una audiencia, antes de la elección, en una Comisión a determinar por el Parlamento del *Land*'. Previamente, la frase 2ª del mismo precepto exige, con relación a la elección, 'esforzarse para que las fuerzas políticas del *Land* estén representadas de manera proporcionada con las propuestas': un intento, digno de aplauso, de 'pluralizar' el terreno de la elección de los jueces constitucionales". Häberle es muy partidario de estas audiencias previas o *hearings* de los candidatos a juez constitucional, que se llevan a cabo en Estados Unidos en el Senado y que en realidad él ya propusiera en Bonn en 1971. Considera que se trata de una práctica acertada, si bien conlleva también, ciertamente, peligros y hasta ahora sólo el Partido de los "Verdes" ha aceptado esta posibilidad, desde luego sin éxito. Häberle, en fin, también valora muy positivamente la elección de parte de los magistrados constitucionales por parte del Presidente del Estado, como en Italia y otros países que han seguido este modelo (Lituania, Bulgaria, Rumanía), así como la intervención en la elección de las "supreme magistrature ordinaria ed amministrativa" en Italia; y también considera, en fin, que en los Estados descentralizados, debe permitirse a las regiones, Estados federados o Comunidades Autónomas participar en la elección de los jueces constitucionales.

Sea como sea, Häberle, aun reconociendo que hasta ahora todos los jueces (y Presidentes) del TCF alemán se han mostrado tras su elección independientes respecto del partido que los eligió, considera que debería tenderse a la elección de los jueces constitucionales del espectro de *todos* los partidos e incluso debe irse más allá de éstos con la elección en mayor medida de candidatos absolutamente neutrales, como, ejemplarmente, su maestro K. Hesse, 1975-1987 (el último de todos hasta ahora, si bien en los primeros tiempos hubo algunos más). De este modo se inserta de un modo efectivo al pluralismo en el proceso constitucional (y ese pluralismo ejerce una influencia sobre

él). Ello, dice nuestro autor, es presupuesto para un timonaje de la sociedad por parte del Tribunal Constitucional. También se muestra clara y expresamente reacio, en contra de lo defendido por otros autores, a que la mayoría de los magistrados constitucionales sean profesores universitarios; es más, lo rechaza porque, como dice en el Prólogo a esta obra, los académicos "pueden trabajar demasiado teóricamente y obstaculizar la 'pragmática integración de *elementos* teóricos', porque quieran, 'egocéntricamente', contribuir al éxito, sobre todo, de sus propias teorías". Más bien, se muestra propicio a un equilibrio y a una composición plural también en este aspecto.

8.- Jurisdicción constitucional y proceso político-democrático

Para cualquier conocedor de la jurisdicción constitucional en Estados Unidos y en Alemania hay algo que nos parece que salta a la vista y es que se trata no sólo de modelos estructuralmente contrapuestos de control constitucional: el difuso y el concentrado (por más que se haya producido una progresiva aproximación entre ellos, especialmente del segundo al primero), sino que, además, jugando tanto el TCF alemán como la Corte Suprema norteamericana un rol absolutamente central en sus respectivos sistemas políticos, una y otra Corte desempeñan su papel de forma completamente diferente, pudiendo decirse que, en términos generales, hay una mayor confianza en el Derecho (constitucional) en la praxis del TCF alemán, mientras que la Corte Suprema de los EE.UU. confía más en el proceso político democrático, dejando así al legislador de cada momento la actualización de la Constitución y ello según se plasma en su jurisprudencia (o en su ausencia: el self-restraint).

Pues bien, Häberle, lejos de la autocomplacencia con el elevado rol jugado por el TCF hasta ahora, también advierte de un riesgo: el de que la amplia jurisdicción ejercitada por el TCF pueda llegar a esconder una desconfianza apolítica contra la democracia y una confianza desproporcionadamente grande en la jurisprudencia. El pensamiento alemán sobre la jurisdicción constitucional, dice Häberle, no puede tornarse en falta de fe en la democracia, pues la tarea de garantizar y actualizar la Constitución, el contrato social, es tarea de todos, y no sólo del Tribunal Constitucional ya que no sólo éste, sino todos nosotros, somos Guardianes de la Constitución; rechaza Häberle la ideología que lleva a hablar de

un guardián de la Constitución, como también rechaza la calificación de un tribunal constitucional como intérprete "auténtico" de la Constitución. Dicho de otro modo, dice nuestro autor, la relación hoy positiva con la jurisdicción constitucional no debería absolutizarse; no puede tener, a modo de correspondencia reflejada en un espejo, una relación negativa con el pluralismo de intereses, con las —necesarias— limitadas situaciones de conflicto, con los propios resultados del proceso abierto político-democrático ni recrudecerse en una no-relación o no entendimiento, como no pocas veces "las bellas letras". Y añade: esta consideración remite a la pluralidad de tareas que quedan por hacer al político, al empresario, al educador, al literato republicano, al ciudadano, a todos nosotros por relación con nuestro orden de libertad, sin privar con ello a la jurisdicción constitucional de nada de su brillo. Debe evitarse, dice Häberle, el riesgo de "echar a perder" la cultura político-democrática desde la justicia del Estado de Derecho, lo que conlleva en todo caso límites para los tribunales constitucionales respecto al legislador, especialmente si, como en Alemania, se han producido ya construcciones muy relevantes desarrolladas durante décadas.

9.- Rechazo del positivismo jurisprudencial: la jurisprudencia constitucional no es un texto bíblico

Häberle no comparte la tesis de Alexy de que la "perspectiva judicial" sea la perspectiva que primariamente caracteriza a la Ciencia del Derecho, pues con ello no sólo se olvidan las importantes dimensiones de la teoría de la legislación y de la Administración y en conjunto de la política constitucional (la teoría constitucional también debe reflexionar sobre las posibilidades que tiene el constituyente), sino que ni siquiera al Tribunal Constitucional se le presta el mejor servicio con esta atadura a Karlsruhe (sede de dicho Tribunal), *Karlsruhe locuta, causa finita*.

A Häberle le parece también cuestionable que la jurisprudencia constitucional haya de ser el "material más importante" para una teoría constitucional. Más bien, la Ciencia del Derecho, si quiere preservar su función crítica y sugestiva, debe guardar mucha distancia respecto al Tribunal Constitucional. No todas las cuestiones constitucionales (relativas a los derechos fundamentales, pero su razonamiento parece extensible a to-

das las cuestiones constitucionales) son decididas por el Tribunal Constitucional y si no fuese la teoría constitucional una y otra vez "a contracorriente", no sería otra cosa en realidad que un (post)glosador epigonal de dicho Tribunal; también debería ponerse en cuestión una y otra vez, dice nuestro autor, la eventual "jurisprudencia constante" (y los propios votos particulares como "jurisprudencia alternativa" pueden jugar algún papel al respecto) y la Ciencia ha de mantener su función autónoma, aunque desde luego considera Häberle que en la actualidad dicha función está demasiado poco valorada.

Critica nuestro autor el hecho de que parte significativa de los autores alemanes se tomen "tan en serio cada frase principal o secundaria de una sentencia como un texto bíblico", pues la doctrina ha de tomar en cuenta dicha jurisprudencia, por supuesto, pero es preciso ejercer la crítica a fondo a la misma y a las sentencias particulares, empleando tanta fantasía creativa como sea posible y haciendo uso del Derecho comparado. Es más, dice Häberle, las sentencias del correspondiente tribunal constitucional "sólo formalmente son la 'última palabra'. Materialmente, la opinión científica y la opinión pública general, sobre todo en la Europa de hoy, son las que dicen la 'última palabra', o mejor, la 'penúltima palabra'".

Lo más importante es que Häberle no sólo defiende esto, por así decirlo, "teóricamente", sino que a esta concepción responde *toda* la producción científica de Häberle como uno de sus rasgos más significativos, a mi juicio. Häberle no sólo no es un positivista jurisprudencial (aun con su defensa de un "Derecho constitucional sin Derecho natural"), por más que ello hoy le haga aparecer como un *rara avis* en el panorama doctrinal constitucional europeo e incluso alemán, sino que justamente lo que no cabe esperar en su obra, en ningún caso, es una de esas habituales, y frecuentemente meritorias, exposiciones de regulaciones positivas y asertos jurisprudenciales (que a veces ni siquiera se identifican como tales), ni siquiera cabe esperar un puro y simple comentario al respecto, sino que su obra constituye siempre una reflexión que va mucho más allá, que llega hasta el fondo de la cuestión, y la inserta en un contexto teórico-constitucional más amplio interrelacionándola con el resto del sistema constitucional, en ocasiones sólo con fórmulas condensadas y metafóricas no fácilmente asimilables, de las que tanto gusta Häberle.

10.- Control normativo abstracto

Häberle se muestra escéptico, especialmente en los últimos tiempos, respecto de esta competencia; considera que no hay que atribuirle carácter modélico o paradigmático y entiende que esta atribución hace entrar al tribunal constitucional muy a fondo en el proceso político. A su juicio, depende mucho de las particularidades de cada Estado si es conveniente o no atribuir esta competencia al tribunal constitucional, de manera que especialmente las democracias jóvenes deberían actuar con mucha cautela al respecto, por más que en Alemania esté totalmente acreditada esta "competencia abstracta", hasta el punto de que el propio Häberle, tras reconocer que a través del ejercicio de esta competencia se han dictado por el TCF muy importantes sentencias en todos los ámbitos constitucionales, considera que ello es algo que aboga por el mantenimiento del control abstracto de normas al día de hoy.

A nuestro juicio, es natural que haya cierto escepticismo respecto de esta competencia, que hace llegar al tribunal constitucional en no pocas ocasiones a asuntos de gran calado político y en los que, en realidad y en el fondo, en la mayor parte de las ocasiones, se ha producido una continuación del debate político (y parlamentario) por otra vía, con la gravedad que supone que ello se hace cuando la voluntad popular se ha ya manifestado a través de sus representantes al aprobar la ley que se impugna. Ello es cierto, como también lo es que la eventual nulidad, total o parcial, de la ley impugnada por parte del tribunal constitucional conlleva la nulidad "erga omnes" de una ley frecuentemente de gran importancia política. Pero lo más importante es que, a nuestro modo de ver, la experiencia demuestra que son mayores las ventajas que los inconvenientes que pueden derivarse del control normativo abstracto de la constitucionalidad, lo que desde luego no impide reconocer que la vía idónea para plantear la constitucionalidad de una norma es la vía del control concreto, pues dicha vía permite apreciar la aplicación de la ley y no juzgarla "en el vacío" y, sobre todo, priva a la cuestión sobre la constitucionalidad de una buena parte de su carga política. Se trata de un instrumento procesal a través del cual se permite al tribunal constitucional poner fin a conflictos políticos que de otro modo se habrían enconado en la sociedad y la vida política, o en el mejor de los casos, quedarían como un león durmiente que puede en cualquier momento convertirse en una verdadera carga de profundidad; y ello se logra por medio de la aceptación por ambas partes conten-

dientes, aunque sea "a regañadientes", de la sentencia constitucional, lo que es la experiencia general de todos los países donde el control abstracto funciona de manera consolidada.

Es más, con frecuencia, como es tan propio de los políticos, ambas partes tratarán de ver en la sentencia (o, cuando menos, en algún voto particular) un respaldo a sus propias posiciones (en la medida en que ello sea posible), y frecuentemente no sin base para ello, al dar la sentencia objetivamente una parte de la razón a cada una de las partes, aparte de que en no pocas ocasiones cuando el tribunal dicta la sentencia la polémica política ya está más apagada y/o la mayoría que aprobó la ley es ahora minoría y a la inversa. A veces, incluso, se transfiere al TCF una cuestión que no se ha sabido o querido resolver claramente en el Parlamento, buscando que el Tribunal dé una solución apropiada aceptable para todos. Así, la hasta hace no mucho Presidenta del TCF ha llegado a apreciar, no sin razón, que "Die Politik versteck sich gern hinter dem BVerfG" (2000) ("La política se esconde encantada detrás del TCF"). Sea como sea, todas las fuerzas políticas y sociales, sin apenas excepciones significativas, acatan, cuando menos, y la mayoría de las veces aceptan positivamente, en ocasiones hasta con exceso, la doctrina sentada por el tribunal constitucional a través del control normativo abstracto o, por lo menos, la parte dispositiva de la sentencia.

Por ello, frente a la antipatía que algunos autores (y hasta algún juez constitucional) también expresan en España frente al control normativo abstracto, y frente al escepticismo moderado de Häberle, defenderíamos una visión más positiva que, sin desconocer los indudables inconvenientes que conlleva este control abstracto, destaca "operatividad funcional que debe ser preservada en cuanto que permite que las minorías parlamentarias (por lo menos en España) que hayan visto derrotadas sus tesis legislativas puedan acudir al Tribunal Constitucional, no en demanda de la preservación de un interés propio, sino en defensa de lo que entienden como postulados legislativos coherentes con la correcta interpretación de la Norma Suprema" (Fernández Segado).

11.- Recurso de amparo

El recurso de amparo, a juicio de Häberle,[3] es una "perla" entre las competencias del tribunal constitucional, y convierte a éste en un "tribunal ciudadano". Se trata de una competencia central, de extraordinaria importancia, del TCF, atribuida a éste como

[3] Cfr. el libro por mi traducido: HÄBERLE, Peter, *El Tribunal Constitucional como tribunal ciudadano. El recurso constitucional de amparo*, FUNDAP, Querétaro, 2005.

reacción al sistema totalitario nazi y que ha desempeñado una función integradora muy intensamente respecto de los ciudadanos, estimulando su identificación con el texto constitucional, y ha tenido un efecto pedagógico frente a los poderes publicos. Tiene una función de tutela de derechos subjetivos, pero también de garantía del Derecho constitucional objetivo, sirviendo a su interpretación y perfeccionamiento.

Häberle, y con él la doctrina dominante, se muestra abiertamente contrario a la adopción en Alemania de un modelo de libre admisión de los casos del tipo del certiorari norteamericano a través de una "dead liste",[4] pues considera que ello dañaría grave-

[4] Un avance en esa línea "objetivadora" se produjo en España con la reforma introducida en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) en 2007 sobre la regulación del amparo para la tutela de los derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional como última instancia (interna) . En este sentido, véase la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, especialmente en la nueva redacción del art. 50 de la LOTC, que vino a exigir para la admisión a trámite del amparo ante el Tribunal Constitucional el nuevo requisito de "que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su *especial trascendencia constitucional*, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales". El Tribunal Constitucional ha aclarado este concepto de "especial trascendencia constitucional", y así en la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2º, ha hecho estas importantes precisiones:

> "El carácter notablemente abierto e indeterminado, tanto de la noción de 'especial trascendencia constitucional', como de los criterios legalmente establecidos para su apreciación, confieren a este Tribunal un amplio margen decisorio para estimar cuándo el contenido de un recurso de amparo 'justifi[ca] una decisión sobre el fondo … en razón de su especial trascendencia constitucional'. Como es obvio, la decisión liminar de admisión a trámite del recurso al apreciar el cumplimiento del citado requisito no limita las facultades del Tribunal sobre la decisión final en relación con el fondo del asunto."

> En el caso que ahora nos ocupa el Tribunal ha entendido que concurre el requisito de la especial trascendencia constitucional [art. 50.1 b) LOTC], porque, como a continuación se pone de manifiesto, le permite aclarar e incluso perfilar, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, la doctrina constitucional sobre la exigencia de congruencia entre la acusación y el fallo en el extremo referido a la pena a imponer, en cuanto manifestación del principio acusatorio, supuesto éste que, junto a otros a los que de inmediato nos referiremos, es uno de los casos en los que cabe apreciar en el contenido del recurso de amparo la especial trascendencia constitucional [art. 50.1 b) LOTC].
>
> Ya en ocasión anterior hemos identificado como otro de los casos en que cabe apreciar que concurre en el contenido del recurso de amparo la "especial trascendencia constitucional" a la que se refiere el art. 50.1 b) LOTC cuando en él se plantee "una cuestión en la que este Tribunal no ha sentado doctrina" (STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 1).
>
> Este Tribunal estima conveniente, dado el tiempo transcurrido desde la reforma del recurso de amparo, avanzar en la interpretación del requisito del art. 50.1 b) LOTC. En este sentido considera que cabe apreciar que el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional en los casos que a continuación se refieren, sin que la relación que se efectúa pueda ser entendida como un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a tal entendimiento se opone, lógicamente, el carácter dinámico del ejercicio de nuestra jurisdicción, en cuyo desempeño no puede descartarse a partir de la casuística que se presente la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido.
>
> Tales casos serán los siguientes: a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo; b) o que dé ocasión al Tribunal

mente la cultura política alemana. A su juicio, debido a la función integradora y pedagógica del recurso de amparo y a la tarea de actualización del Derecho constitucional por el TCF en cuanto "tribunal ciudadano", la aproximación al Derecho norteamericano no debería llevarse demasiado lejos.

Puede decirse que en este aspecto, la objetivación del amparo como medio para salvar al instituto del desbordamiento y al Tribunal Constitucional del colapso, acaso como en ningún otro del Derecho procesal constitucional alemán se funciona con una dinámica de *trial and error*, sin que hasta ahora se haya llegado a un verdadero *sucess*, ni probablemente pueda aspirarse a ello, pues no hay fórmulas mágicas para este problema extremadamente complejo de sobrecarga de amparos y de lo que se trata, en definitiva, es de lograr un equilibrio ajustado a cada momento histórico y a las circunstancias del país entre las demandas subjetivas de tutela de los ciudadanos y las exigencias objetivas de protección de los derechos fundamentales derivadas de la Constitución; entre la autonomía de los jueces ordinarios para interpretar y aplicar la ley y la necesidad de que el TCF controle la observancia del Derecho constitucional por esos jueces ordinarios, etc. Ese equilibrio, sin embargo, no se ha logrado hasta ahora ni en Alemania ni en España ni en ningún otro país que cuente con un amparo constitucional con un alcance, en cuanto a su objeto y ámbito de tutela, similar al de estos países. Aquí, como en otros asuntos, se echa en falta considerablemente la «imaginación» de la doctrina, que debería

Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE; c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general; d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros; f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ); g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios".

Sobre ello, más extensamente, véase el reciente comentario bibliográfico de REVIRIEGO PICÓN, Fernando, al libro de PÉREZ TREMPS, P., *Sistema de justicia constitucional*, Cívitas, Madrid, 2010 en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011.

trabajar más a fondo sobre posibles soluciones que luego permitan, acaso con la mediación de Comisiones de expertos (académicos, jueces constitucionales y ordinarios, etc), al legislador «aventurar» nuevas vías de descarga, aunque es indudable que buena parte del «problema» reside en la propia praxis judicial-constitucional, que ha propiciado una cierta y desmesurada amparitis, lo que, sin embargo, tiene una explicación histórica.

Desde mi punto de vista, y aun con las matizaciones del TC, la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, apoyada (y propugnada) por la doctrina ampliamente, no sólo se aparta de ese preciso equilibrio a lograr, sino que viene a desconocer la primigenia faceta subjetiva del recurso de amparo constitucional, que se sacrifica en aras de un "desatasco" del Tribunal (cuyo colapso por el elevado número de amparos pendientes se ha exagerado hiperbólicamente), y lo que es más grave aún, puede acabar atenuando las posibilidades de control del amparo sobre la efectiva aplicación de la doctrina del TC, que en alguna ocasión los tribunales ordinarios, incluso con el Tribunal Supremo a la cabeza, llegan a rechazar expresamente, inaplicándola continuamente una y otra vez a lo largo de los años.[5]

[5] El TC en su STC 63/2005, de 14 de marzo, se pronunció sobre la interpretación constitucional de la disposición del Código Penal (art. 132) que establecía que la prescripción del delito se interrumpía cuando el procedimiento se dirigiera contra el inculpado (culpable, decía), considerando que la mera presentación de una denuncia o querella no tenía tales efectos interruptivos, como entendía el Tribunal Supremo, sino que sólo se producía la interrupción mediante un "acto de interposición judicial" por el que se incoara un procedimiento penal a partir de tal denuncia o querella. El Tribunal Supremo ha rechazado por completo asumir esta doctrina e incluso ha aprobado Acuerdos no jurisdiccionales afirmándolo así expresamente. Así, ya en el de fecha de 12-5-05, sobre "Consecuencias de la STC 63/05 para la aplicación de las disposiciones del CP referentes a la prescripción", se dictaminó: "Acuerdo: La Sala penal del tribunal supremo ha examinado la Sentencia del tribunal constitucional 63/2005 y considera que la misma insiste en la extensión de la jurisdicción constitucional basándose en una interpretación de la tutela judicial efectiva que, prácticamente, vacía de contenido el art. 123 de la Constitución española que establece que el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, por lo que, consiguientemente, le incumbe la interpretación en última instancia de las normas penales". Y en el de 25-4-06 se acordó que el artículo 5.1 LOPJ (que establece que los Jueces y Tribunales "interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos") "no puede impedir que el Tribunal Supremo ejerza con plena jurisdicción las facultades que directamente le confiere el art. 123.1 CE" y en consecuencia acuerda "mantener la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción pese a la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005". Y en el de 26 y 27-2-08 se dicta este "Acuerdo":

"La Sala Penal del Tribunal Supremo ha tenido conocimiento de la reciente sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional el pasado 20.02.08, que declara la nulidad de la nuestra de 14.03.03 y, tras su análisis, ratificamos nuestros precedentes Acuerdos de Sala General de 12.05.05 y 25.04.06, por cuanto el órgano Constitucional reitera la extensión de su jurisdicción basándose de nuevo en una interpretación de la tutela judicial efectiva, en este caso, en relación con el potencial derecho a la libertad personal de los recurrentes, que vacía de contenido el art. 123 CE. Este precepto constitucional, dentro del Título correspondiente al Poder Judicial, tiene como misión pre-

servar el debido equilibrio entre órganos constitucionales del Estado, en este caso, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, para asegurar el adecuado funcionamiento de aquél. , de forma que se desconoce su esencia, fijando una interpretación de la legalidad ordinaria que sólo corresponde al Tribunal Supremo".

La mayoría de los tribunales ordinarios, ante este conflicto de doctrinas del TC y el TS, se han venido decantando a favor de la del Tribunal Supremo.

Y el legislador ha tratado de mediar en esta polémica mediante una reforma del precepto penal que regula la interrupción de la prescripción que utiliza una formula sincrética entre la doctrina del Tribunal Constitucional, que se asume con carácter claramente principal, y la del Tribunal Supremo, que se recepciona en parte, fijando una solución intermedia que da una prórroga razonable al juez para examinar las denuncias o querellas, sobre todo cuando estas se presentan "in extremis" cuando el delito o falta denunciado está a punto de prescribir. Así, ahora el art. 132 del Código Penal, tras la Ley Orgánica 5/2010, viene a establecer que la prescripción del delito o falta se interrumpe sólo cuando el procedimiento se dirija contra una persona determinada, entendiéndose que ello ocurre "desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta" (*ergo*, necesidad de interposición de un acto judicial de imputación contra persona determinada), pero, siguiendo en parte y matizadamente la estela de la interpretación del Tribunal Supremo, se prevé que la mera presentación de denuncia o querella tendrá un efecto suspensivo máximo de seis meses para los delitos y dos meses para las faltas y, si dentro de ese plazo suspensivo se dicta resolución judicial de incoación de un proceso penal contra persona determinada, se entenderá retroactivamente interrumpida la prescripción desde la formulación de la denuncia o querella, pero si durante esa suspensión no se dicta resolución judicial, se inadmite a trámite mediante resolución firme la denuncia o querella, o no se admite contra la persona determinada que se denunciaba, el cómputo del plazo de prescripción continuará desde la formulación de la denuncia o querella (es decir, en tal caso queda sin virtualidad la suspensión acordada).