



Constitución y Derecho Penal.

Prof. Dr. Klaus Tiedemann.

Separata del núm. 33 de la *Revista Española de Derecho Constitucional* (Septiembre – Diciembre 1991). Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

[www.cienciaspenales.net]

KLAUS TIEDEMANN

CONSTITUCION Y DERECHO PENAL

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

MADRID

1991

CONSTITUCION Y DERECHO PENAL

KLAUS TIEDEMANN

[Traducción: LUIS ARROYO ZAPATERO]

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SOBRE EL CONCEPTO DE DELITO Y DE PENAS.—III. LAS SANCIONES.—IV. CONSTITUCIÓN Y PARTE GENERAL.—V. CONSTITUCIÓN Y PARTE ESPECIAL.—VI. MANDATOS CONSTITUCIONALES DE LEGISLAR.—VII. CONCLUSIÓN: PROCESO PENAL Y DOCTRINA PENAL A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN.

I. INTRODUCCION

La relación entre Derecho constitucional y Derecho penal es un tema presente en todos los tratados de ambas disciplinas desde los tiempos de la Ilustración. «La ley no debe establecer más penas que las estricta y manifiestamente necesarias». Este precepto de la Declaración francesa de Derechos Humanos de 26 de agosto de 1789 (art. 8) recoge una de las reivindicaciones fundamentales de Beccaria y va dirigida de modo directo al legislador. La frase encarna, en terminología de la actual política criminal alemana acuñada por el Tribunal Constitucional Federal, los postulados de proporcionalidad y subsidiariedad del Derecho penal (1). En el mismo artículo 8 de la Declaración de 1789 se contiene el principio que poco más tarde formulara Feuerbach en términos latinos como «nulla poena, nullum crimen sine lege», que se dirige, por el contrario, al juez, quien, en expresión de Montesquieu, no debía ser más que «la bouche de la loi», lo que se concreta hoy según extendida opinión en la prohibición de la analogía *in malam partem* a la hora de aplicar las figuras delictivas de la Parte Especial (2).

(1) Véase una síntesis en K. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, pp. 136 y ss., con referencias.

(2) Cfr. H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., 1988, pp. 120 y ss.

Esas ideas fundamentales que comportan la limitación del poder del Estado en su más grave expresión como poder punitivo, originariamente tan sólo como fórmulas programáticas y políticas, se han venido repitiendo desde la Revolución francesa y durante doscientos años en los textos constitucionales y en los Códigos Penales, si bien con amplitud y precisión diversas. La lucha por el Estado liberal de Derecho, a imagen del movimiento constitucional de los Estados Unidos de América, fue también en la Alemania del siglo XIX la lucha por un proceso penal y justo y con garantías, algo que hoy nos resulta evidente. En el siglo XX, y tras la Segunda Guerra Mundial, aquellos principios se han visto complementados de forma considerable. Así, por ejemplo, la Constitución italiana de 1948, en su artículo 27, y en su correlativo artículo 25, la Constitución española de 1978, proclaman de modo expreso la resocialización como fin de la pena. También el artículo 45 de esta última contiene un mandato dirigido al legislador para que tutele penalmente el medio ambiente, expresándose así de modo singular el espíritu de nuestro tiempo.

La Constitución alemana, por su parte, estableció hace cuarenta años, en sus artículos 101 y siguientes, un Catálogo de Derechos Fundamentales, que, de un modo general, reciben el nombre de derechos fundamentales a la justicia, *Justizgrundrechte* [1], que afectan sobre todo al proceso judicial y fundamentalmente al proceso penal. Así, el artículo 101 prohíbe los tribunales de excepción y prescribe que «nadie debe ser sustraído a su juez legal». El artículo 103 regula detalladamente en primer lugar el derecho a ser oído judicialmente, para incorporar a continuación, en el párrafo 3, el principio del «*ne bis in idem*»: «nadie puede ser condenado más de una vez por el mismo hecho, en aplicación de las leyes penales comunes». El artículo 104, por su parte, tiene relevancia tanto para el Derecho penal sustantivo como para el procesal, al establecer que «la libertad personal no puede verse limitada más que por causa establecida en ley formal», y sólo en el modo y forma previsto por ella los detenidos —continúa el artículo— «no podrán ser sometidos a maltratos físicos o morales». El párrafo 3 del mencionado precepto establece también que «el sometido a detención provisional como consecuencia de la sospecha de haber cometido un hecho punible debe ser presentado al juez, lo más tarde, al día siguiente de la detención».

A los anteriores derechos relativos al proceso se añaden las garantías de derecho sustantivo como la abolición de la pena capital, en el artículo 102, y el principio del «*nullum crimen, nulla poena sine lege*»: «Sólo puede castigarse un hecho si su punibilidad ha sido establecida por una ley con anterioridad a su comisión» (art. 103, párrafo 3). Ambas garantías son una reacción específica frente a los excesos del nacionalsocialismo.

Junto a los derechos relativos a la justicia, también son directamente relevantes para el Derecho penal las garantías contenidas en el Catálogo de Derechos Fundamentales de los artículos 1 a 19 de la Norma Fundamental. El artículo 1 garantiza la intangibilidad de la dignidad humana; el art. 2, el derecho al libre desarrollo de la personalidad; el art. 3, la igualdad ante la ley; el art. 4, de la libertad de creencias y de conciencia y la libertad religiosa e ideológica; el art. 5 se refiere al derecho a la libre expresión, a la libertad de prensa y de información a través de la radio y la cinematografía, todo ello relevante para las injurias; el art. 6 garantiza la especial protección del matrimonio y de la familia; el art. 8, el derecho fundamental a reunirse pacíficamente y sin armas. El no menos importante principio de exigencia de culpabilidad en Derecho penal, que al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución estaba reconocido en la legislación ordinaria, aunque con numerosas excepciones, tuvo que ser desarrollado por el Tribunal Constitucional a partir de los principios de la dignidad humana (art. 1), del libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1) y de la idea del Estado de Derecho (art. 20) (3). En suma, en el Derecho constitucional alemán existen declaraciones tanto explícitas como implícitas relevantes para el contenido y la forma del ordenamiento penal.

Desde la época de Weimar, los manuales y comentarios de Derecho penal se limitan a mencionar los preceptos que en los textos constitucionales hacen referencia a las relaciones entre Derecho penal y Constitución. Incluso monografías tan fundamentales como la de Engisch, *Einheit der Rechtsordnung*, del año 1935, no llegan a ocuparse más que del llamado Derecho penal político (4). Sin embargo, la cuestión ciertamente más amplia y general de en qué medida el Derecho constitucional contenido en la norma fundamental influye sobre el ordenamiento penal, es decir —en el sentido de la terminología del Tribunal Constitucional desde el caso Lüth—, cuáles sean las «directrices e impulsos» que la Constitución ha dado al ordenamiento penal, es algo que se aborda muy raramente, a pesar del efecto de vinculación directa de los derechos fundamentales y del principio del Estado de Derecho. El tema apareció de nuevo, y con carácter general, tan sólo con la pequeña monografía de Hamann, publicada en 1963 bajo el título *Constitución y legislación penal*, a la que siguió el trabajo de habilitación de Stree en la

(3) *BVerfGE* 6, 389 (439); 9, 167 (169); 20, 323 (331); 28, 386 (391); 50, 125 (133); también, *BGHSt* 2, 194 (200); 10, 259 (262 y s.).

(4) Cfr., junto a K. ENGISCH, especialmente, R. SCHMIDT, *Die Strafrechtsreform in ihrer staatsrechtlichen und politischen Bedeutung*, 1912; O. TESAR, *Staatsidee und Strafrecht*, 1914; E. WOLF, *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit*, 1931.

Universidad de Tubinga sobre la Constitución y las sanciones penales (5). Ambos trabajos no han tenido una influencia o continuación merecedora de mención. Este retraimiento de la doctrina penal alemana resulta realmente sorprendente, y sobre todo llama la atención si se compara con lo que ha acontecido en otros países como España e Italia. Naturalmente que se puede encontrar algo positivo en ese mencionado retraimiento de la doctrina alemana, en lo que supone de expresión de la extendida y correcta opinión de que el orden de valores jurídico-constitucional y el orden legal jurídico-penal son espacios relativamente autónomos, que tienen sus presupuestos respectivos en diferentes objetivos y finalidades del actuar humano, que muestran regulaciones diferenciadas y, en todo caso, que la Constitución concede al legislador ordinario un amplio margen de libertad para la configuración del ordenamiento penal, todo ello sin perjuicio de la validez teórica de postulados teóricos vinculantes como el de la «unidad del ordenamiento jurídico» o de expresiones como la de que el Derecho penal es la ley a través de la cual se realiza la Constitución (6).

Resulta llamativo ya a primera vista que el tratado de Jescheck agrupe los preceptos constitucionales relevantes para la materia penal en un único capítulo titulado «Principios de política criminal» (7). Esta forma de tratar el problema por parte de un autor tan representativo y de competencia internacionalmente reconocida me da ocasión para formular una primera hipótesis: *El Derecho constitucional influye y conforma la política criminal. La dogmática del sistema penal, por el contrario, es asunto de la doctrina y la jurisprudencia, es decir, forma parte del «derecho ordinario» y es monopolio de la «jurisdicción ordinaria».*

Ya ahora deseo añadir una segunda hipótesis que modula la anterior: *Un cierto ámbito de las cuestiones fundamentales de la dogmática penal están abiertas a la influencia directa del orden constitucional, es decir, en cierto modo se encuentran a la vez dentro de las fronteras de la Constitución y en vinculación con la política criminal.*

Para comprobar la validez de las hipótesis anteriores debe procederse a examinar, a partir de una consideración crítica de la jurisprudencia alemana, en qué ámbitos y en qué medida la interpretación de la Constitución ha influido y ha contribuido a la evolución del Derecho penal alemán y de su

(5) HAMANN, *Grundgesetz und Strafgesetzgebung*, Bingen a. R., 1963; STREE, *Deliktsfolgen und Grundgesetz*, Tubinga, 1963.

(6) Así, R. LANGE, en *Probleme der Strafrechtsreform*, 1963, pp. 75 y ss. (98); W. SAX, en BETTERMANN/NIPPERDEY/SCHEUNER (eds.): *Die Grundrechte*, vol. III/2, 1959, pp. 909 y ss. (910); H. WOESNER, NJW, 1966, pp. 1729 y ss.

(7) JESCHECK, *op. cit.*, pp. 17 y ss.

ordenamiento, o también, por el contrario, en qué medida y en qué ámbitos ha sido irrelevante. A tal efecto se ha de atender en primer lugar a la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional Federal alemán, a quien, en virtud de su autoridad y fuerza vinculante [2], corresponde sobre todo, junto o tras el legislador, la tarea de iluminar el Derecho penal con la luz de la Constitución, por utilizar una expresión plástica del propio Tribunal. No quiere decir esto que toda valoración de la contribución del Tribunal Constitucional tenga que culminar en una suerte de aclamación por parte de quienes nos encontramos en las tinieblas del Derecho penal ordinario. Baste recordar aquí la doctrina de interrelación y mutua limitación del «efecto recíproco» de los derechos fundamentales (*Wechselwirkungslehre*) (8).

Por otra parte, son conocidas también las dificultades con que la doctrina aborda la distinción entre las competencias de la jurisdicción constitucional y las de la jurisdicción ordinaria, y que se concreta en la calificación de las materias como «cuestiones de relevancia constitucional» y «cuestiones de mera legalidad» o de legalidad ordinaria, y que, en lo que a lo penal se refiere, no se ha resuelto hasta ahora sino de una forma puramente casuística. La prevalencia del Tribunal Constitucional en la solución de ese nudo gordiano muestra a su vez el camino que debe seguir nuestro análisis, atendiendo sobre todo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Debe significarse, no obstante, que también las sentencias del Tribunal Supremo han contribuido y contribuyen al desarrollo e interpretación de la Constitución, si bien de modo menos sistemático y decisivo (9). En lo que sigue haré referencia, por razones de tiempo y espacio propios de este trabajo, solamente a aquellas sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que afectan a las dos hipótesis mencionadas anteriormente, y que se refieren a cuestiones fundamentales tanto del Derecho penal sustantivo como del Derecho procesal.

Antes de ello voy a hacer mención en primer lugar a algunos aspectos que, a pesar de su indudable interés, no pueden ser abordados en este limitado marco, unos por razones de tiempo y otros por ser propios de otros ámbitos de competencia científica y de especialidad:

Así, no se aborda el Derecho comparado en la materia. Lo lamentable de esta renuncia se muestra, por ejemplo, con un breve vistazo a la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de marzo de 1988, en virtud de la cual, y con fundamento en el artículo 27 de su Constitución, declaró parcialmente nula la regulación prevista en el Código Penal, conforme a la cual se consi-

(8) Cfr. *BVerfGE* 7, 198 (208 s.); K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 16.^a ed., 1988, p. 27, nota marginal 72.

(9) Cfr., como ejemplo precedente, *BGHSt* 22, 26 (28 s.).

dera irrelevante el error de derecho en tanto se refiera a errores inevitables (10). También son de gran interés las contribuciones del Tribunal Constitucional español, que, entre otras cosas, ha extendido la prohibición de la analogía al principio de territorialidad en el delito de aborto, ha aplicado la prohibición de retroactividad a las reglas de la prisión provisional y ha impuesto el «*ne bis in idem*» a la relación entre penas y medidas, por mencionar algún ejemplo (11). Las sentencias del Tribunal Supremo de EE. UU. y de otros Tribunales Constitucionales acerca de la impunidad o del castigo de la interrupción voluntaria del embarazo o sobre la legitimidad de la pena capital son conocidas a través de esa institución constitucional que es la prensa, quien contribuye de este modo a la formación jurídico-constitucional de la opinión pública. En el marco de este trabajo no hay lugar, lamentablemente, para detenernos en el análisis comparado de esos Derechos extranjeros y sus sistemas de justicia constitucional y, menos aún, para ocuparnos de las implicaciones políticas de las reglas del proceso penal. Ejemplo de esto último es el que el Tribunal Constitucional italiano haya mostrado un particular entusiasmo por intervenir en la codificación penal y procesal nacida en el año 1930 y cargada de la ideología de la época, que ha obligado al legislador a elaborar de nueva planta el sistema de sanciones, el penitenciario e incluso un nuevo Código Procesal.

No sólo por razones de espacio, sino también por ser materia de otras especialidades científicas, hemos de renunciar a la exposición detallada de la evolución histórica de la actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional alemán. En no pocas ocasiones, las Comisiones de Admisión del Tribunal [3] han rechazado casos de colisión entre Derecho procesal penal y Derecho constitucional, que más tarde, y por vía de la cuestión de constitucionalidad, han requerido el esfuerzo intelectual de toda una Sala para salvar, mediante una interpretación conforme a la Constitución, los preceptos legales frente a determinadas limitaciones o amputaciones. Un ejemplo de ello es la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la legitimidad de la figura del «agente provocador» en el proceso penal (12). Como ulterior y último ejemplo del poco predicamento que ha merecido la dilatada práctica de las Comisiones de Admisión mencionaré el caso de un abogado que mantuvo en su recurso la opinión ampliamente seguida por la

(10) Corte di Cassazione, en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 1988, pp. 337 y ss.

(11) Un panorama general en L. ARROYO ZAPATERO, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 1987, pp. 97 y ss.

(12) Cfr., por una parte, *BVerfG JZ*, 1967, 570, con nota de K. TIEDEMANN, y por otra, *BVerfGE* 57, 250 (275), y *BVerfGE NSiZ*, 1987, 276.

doctrina, y no sólo penal, de que el artículo 103.2 de la Constitución no sólo prohíbe como analogía el superar en Derecho penal el tenor literal de tipos prohibitivos, sino que también prohíbe una desmedida restricción de los tipos permisivos, lo que se considera una suerte de contra-analogía, en términos que acuñara Dahm. Pues bien: la Comisión de Admisión impuso una multa al abogado por mantener una tesis que «todo jurista sabe que carece de fundamento» (13). La decisión de los tres magistrados no se justifica ni en el hecho de que el abogado en cuestión no acompañara referencias bibliográficas (costumbre en la justicia constitucional alemana) ni tampoco en que la mencionada tesis doctrinal se hubiere elaborado sólo en la posguerra. Por otra parte, el Tribunal Superior de Hamm confirmó la tesis en cuestión apenas seis meses más tarde (14), con la aprobación de la mayoría de los comentaristas, bien es verdad que en un procedimiento distinto y sin la autoridad del más alto Tribunal alemán.

Por otra parte, se requiere un cierto conocimiento de la psicología judicial para esclarecer el interesante asunto de la relación existente entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en orden a la realización de la Constitución en el ámbito penal. Probablemente el Tribunal Supremo valora la modificación de sus sentencias por parte de las del Tribunal Constitucional como producto de decisiones políticas —al menos como política del superior jerárquico—, a pesar de que el Tribunal Constitucional rechaza que, con su actividad jurisdiccional, realice política alguna. Bien es verdad, sin embargo, que esta renuncia —en el sentido de lo que se conoce como «*judicial restraint*» en EE. UU.— se refiere únicamente a su relación con el legislador y no con el poder judicial. Así, resulta llamativo el modo en que el Tribunal Supremo se resistió en el caso de la Sentencia del Tribunal Constitucional que restringió el tipo del asesinato (15), a seguir cualquiera de las diferentes alternativas ofrecidas por éste, y elaboró y aplicó una propia (16). Este procedimiento de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo resulta coherente con el sentido de la primera tesis que hemos enunciado, y el Tribunal Supremo se suele referir expresamente a que el Tribunal Constitucional le ha conferido la tarea de «establecer el camino metodológico que haga posible limitar el ámbito de aplicación de la pena de reclusión perpetua de modo tal que, en cada caso concreto, resulte coherente con el principio de que la pena debe ser justa y adecuada a la culpabilidad» (17). No está exento

(13) *BVerfG 2 BvR 714/81*, v. 9.7.1981 (no publicada).

(14) *OLG Hamm, NJW*, 1982, p. 1405.

(15) *BVerfGE 45*, 187 (227 ss.).

(16) *BGHSt 30*, 105 (110 ss.).

(17) Véase nota 15, p. 112.

de ironía, por último, el que el Tribunal Supremo llegara a manifestar que los criterios y alternativas ofrecidas en este punto por el Tribunal Constitucional eran, en su opinión, constitucionalmente objetables.

El mencionado caso de la restricción del tipo de asesinato y la comparación con la experiencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos nos da pie a proponer una tercera hipótesis, que también deberá ser objeto de comprobación: *El control de la justicia constitucional se ejerce de forma más intensa frente a las resoluciones judiciales que frente a las disposiciones o las omisiones del legislador en materia penal.* Así, el reproche realizado por el Tribunal Constitucional al tipo de asesinato y a la previsión de una pena no graduable y absoluta como es la prisión perpetua resulta formalmente un reproche al legislador, pero, en realidad, lo que la sentencia hace es reprochar al Tribunal Supremo que haya interpretado el elemento de la alevosía de un modo tan constitucionalmente incorrecto, que no permite tomar en consideración circunstancias especiales que hacen que el homicidio, en algunos casos, no aparezca como especialmente reprochable y, por tanto, como asesinato, merecedor de la pena de reclusión perpetua.

II. SOBRE EL CONCEPTO DE DELITO Y DE PENAS

Después de dejar a un lado tantas cuestiones de interés para la investigación como las enunciadas, aunque, sin embargo, habiendo podido llegar a formular tres hipótesis, quiero referirme ahora, en primer lugar, al marco general que el Tribunal Constitucional ha diseñado para la materia penal, un fresco que, para un observador distante, admite dos concepciones del Derecho penal: una estricta y otra más amplia. La razón de una tal distinción se encuentra en la Sentencia del 6 de junio de 1967 del Tribunal Constitucional Federal, por la que declaró incompatible con el monopolio judicial del poder punitivo establecido por el artículo 92 de la Constitución [4] el poder sancionador de los órganos de la Hacienda Pública, y que llevó al legislador a desarrollar la categoría de las contravenciones del orden (*Ordnungswidrigkeiten*) y de las sanciones pecuniarias (18). Este nuevo espacio jurídico del Derecho de las contravenciones del orden se ha venido perfeccionando a través de una labor de desarrollo conceptual del propio legislador (art. 5 *EGStGB*) y de las contribuciones de la jurisprudencia constitucional (19),

(18) *BVerfGE* 22, 49 (73 ss.).

(19) *BVerfGE* 27, 18 (29 s.); 37, 201 (212); 45, 272 (228 ss.); 51, 60 (74); *BVerfGE* BB, 1973, pp. 812 s.

hasta convertirse en un sistema diferenciado y autónomo entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, apto para servir de instrumento de descriminalización, y que no es sólo expresión de una tendencia de la política criminal moderna, por ejemplo, en el ámbito del derecho de la circulación o del derecho económico, sino también expresión y conciencia de los principios constitucionales de proporcionalidad y subsidiariedad. El derecho de las contravenciones, a pesar de su separación del Derecho penal y de su exclusión del ámbito del monopolio judicial, participa de las garantías materiales y procesales del Derecho penal, tal y como lo exige la sentencia del caso Öztürk del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (20) y como proclama el Tribunal Constitucional en varias de sus sentencias (21). También somete el Tribunal Constitucional alemán al principio constitucional de culpabilidad desde la resolución del caso Bertelsmann-Lesering (22) a las penas procesales previstas en las leyes de enjuiciamiento [5] (§ 890 Ley de Procedimiento Civil), y que no pertenece ni al ámbito del Derecho penal criminal ni al de las contravenciones.

El hecho de que en este singular ámbito se avance en garantías propias de la materia penal responde a los enunciados en nuestra segunda hipótesis: el Derecho constitucional en materia penal realiza su contribución más allá del ámbito propio de la política criminal.

A partir de todo ello, el concepto de pena elaborado por el Tribunal Constitucional alemán es válido para un amplio ámbito. En esencia, consiste éste en que la pena constituye un mal infligido por órganos del Estado que está vinculado a un reproche de culpabilidad o que, cuando menos, contiene elementos punitivos. No es necesario resaltar aquí que esta jurisprudencia presta una amplia atención a las garantías constitucionales vinculadas al Derecho penal, así como a las normas de atribución de competencias entre la federación de los Estados federados prevista en el artículo 74.1 GG. La doctrina penal, por su parte, ha criticado ampliamente las posiciones adoptadas por el Tribunal Constitucional sobre la cuestión del carácter penal de determinadas sanciones singulares, como, por ejemplo, el arresto militar, el arresto de jóvenes y la prisión provisional, en el entendido de que dicha jurisprudencia sobre el concepto de pena ni es consistente, desde el punto de vista dogmático, ni presenta criterios claros de definición (23). Realmente, los criterios empleados por el Tribunal no son ni exactos ni claramente diferenciados, sino que son *topois* flexibles que dejan un amplio margen para

(20) *EuGH, EuGRZ*, 1985, pp. 62 y ss.

(21) *BVerfGE* 9, 1667 (169 s.); 38, 348 (371 s.).

(22) *BVerfGE* 20, 323 (331); igualmente, más tarde, 58, 159 (161 ss.).

(23) K. VOLK, *ZStW*, vol. 83, 1971, pp. 405 y ss.

ulteriores resoluciones. En realidad, tal proceder no es algo indeseado por el propio Tribunal, sino más bien algo pretendido, incluso con dolo directo.

Bien es cierto que estas cuestiones límite no son fácilmente susceptibles de resolverse con seguridad a partir de los criterios del Tribunal Constitucional. Ciertamente, la prisión preventiva es un mal, pero no es una pena, pues se trata de un mal a través del cual no se realiza el elemento normativo del reproche de la culpabilidad ni a su través se ha de realizar retribución alguna (24); sin embargo, el efecto fáctico de la pena se manifiesta en el hecho de que el tiempo de la prisión preventiva se abona al cumplimiento de la condena cuando ésta ha tenido lugar (§ 51 *StGB*) [6]. El resultado al que llega el Tribunal Constitucional, es decir, la prisión preventiva debe dotarse de las garantías propias de la pena, es bien plausible; sin embargo, no lo es ni el fundamento de la argumentación del Tribunal ni, especialmente, la mención de la presunción de inocencia en relación con lo que en absoluto es una sanción penal.

En esa línea jurisprudencial y, sobre todo, a falta de una regulación legal, las garantías constitucionales corren el peligro de caer en el vacío de una argumentación circular: los principios penales y en especial el de culpabilidad deben regir para todas aquellas medidas que actúan de modo similar a las penas. Y para decidir cuándo una medida actúa de modo similar a una pena debe atenderse sobre todo a si su imposición presupone la culpabilidad y con ello representa retribución. Sin embargo, este argumento presenta problemas en casos concretos, valga como ejemplo la discutida práctica del Tribunal de Defensa de la Competencia, cuyas multas se acompañan de una información sobre el hecho y el nombre de la empresa afectada, que se remite a la prensa para su ulterior publicación (25), para, a través de esa publicidad de la sanción, conseguir un efecto que los penalistas llamamos prevención general. La cuestión de si esa publicidad —no prevista ni en la Ley de Defensa de la Competencia ni en la Ley de Contravenciones— constituye una pena o es una medida similar a la pena resulta problemática, sobre todo porque la efectiva publicación de la información es algo sobre lo que disponen a su arbitrio los órganos periodísticos, y el perjuicio social que deriva de la publicación es algo que, en definitiva, se produce por obra de particulares y no por un órgano del Estado. El reproche de culpabilidad por parte del órgano estatal parece agotarse en la imposición de la multa en el proceso sancionador del Tribunal de Defensa de la Competencia, carente, por otra parte, de especial publicidad. Si, por el contrario, la publicidad de la resolución san-

(24) *BVerfGE* 19, 342 (347 ss.).

(25) Véase F. RITTNER, *Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl. 1987, p. 458, con referencias.

cionadora viniera expresamente prevista por la ley, aunque no fuera más que como algo facultativo —por ejemplo, en el parágrafo 30 de la Ley de Contravenciones, en relación con la imposición de sanciones a empresas en general—, no cabría duda alguna de que nos encontramos ante una medida similar a una pena, pues, para su imposición, se presupone culpabilidad (en sentido amplio) del autor, tal y como acontecía con la medida de publicación de la sentencia prevista en el parágrafo 19 de la vieja Ley Penal Económica de 1949.

Vuelvo a repetir que el criterio que atiende al fin perseguido es el correcto para delimitar la pena y el Derecho penal de otras medidas y órdenes jurídicos. Cuando, en este sentido, el Tribunal Constitucional se orienta a las categorías de los fines de la pena y recurre con ello a la idea de mejora del delincuente, a la del fortalecimiento de la conciencia jurídica de la comunidad, etc., a pesar del acento verbal en la idea de prevención, está adoptando una moderada posición conservadora (26), que difícilmente puede objetarse desde el punto de vista de un legislador que se ha decidido por la combinación de los fines de retribución y de prevención general y especial (§§ 46 y 47 *StGB*).

Bien es verdad que el Tribunal Constitucional menciona repetidamente —y en especial en la sentencia del caso del asesinato de los soldados de Lebach de 1973 (27) y en la de 1977, sobre la constitucionalidad de la reclusión perpetua (28)— la especial significación de la resocialización, si bien de modo distinto a como hoy se entiende en Italia y en España, es decir, no en referencia exclusiva a la ejecución de las penas privativas de libertad, sino para todo el conjunto del orden jurídico penal. La sentencia sobre la reclusión perpetua prevista para el delito de asesinato declaraba expresamente que «no puede ser tarea del Tribunal Constitucional el decidir desde la Constitución la disputa teórica sobre los fines de la pena» (29). Sin embargo, tanto esta sentencia como la anterior sobre el sistema de indicaciones para la despenalización del aborto (30) muestran que el Tribunal Constitucional ha constituido a los fines de la pena como una materia de relevancia constitucional y no de mera legalidad ordinaria, es decir, no como una cuestión que quede por completo al arbitrio del legislador. La sentencia sobre el aborto

(26) *BVerfGE* 28, 264 (276); 32, 98 (109); 45, 187 (253 ss.); 50, 125 (133 ss.). Expresamente, *BVerfGE* 33, 1 (10 ss.): «Idea rectora de la preferencia de la prevención sobre la represión» (véase más adelante V).

(27) *BVerfGE* 35, 202 (235 ss.).

(28) *BVerfGE* 45, 187 (253 s.).

(29) Véase nota 27, p. 253.

(30) *BVerfGE* 39, 1 (45 ss.).

declaró directamente contra Kant y su teoría absoluta de la pena que las «penas no pueden nunca ser un fin en sí mismas». A su vez, ambas sentencias, a partir de ideas como la de la «tarea colectiva» o «función del Derecho penal», han resaltado la importancia de la prevención general al atribuir a la norma penal una función de formación de la conciencia jurídica de los ciudadanos. Esta teoría, conocida hoy como prevención general integradora —en contraposición a la prevención general de pura intimidación—, no merecía todavía un reconocimiento general al tiempo en que se dictó la sentencia en cuestión a mediados de los años setenta (31), y el Tribunal Constitucional no la fundamentó con referencia alguna a doctrina penal ordinaria, lo que la hace aparecer como una interpretación constitucional del propio Tribunal. Del contexto de los fundamentos jurídicos de la sentencia puede derivarse que el Tribunal Constitucional no pretende desarrollar una teoría —constitucional— de los fines de la pena, sino que más bien es de la opinión de que su concepción al respecto es la propia del legislador ordinario.

El camino seguido por la discusión científica ha confirmado en lo esencial la orientación adoptada entonces por el Tribunal Constitucional. La entonces muy combatida y caricaturizada fórmula de la «función formadora de la conciencia jurídica del Derecho penal» se ha convertido hoy en doctrina dominante a efectos de determinar el contenido de la prevención general y, con ello, en el fin preferente de la pena.

En relación también con el principio de culpabilidad, el Tribunal Constitucional ha manifestado que la limitación de las penas y sus efectos se fundamenta en la llamada «prohibición del exceso» (32) [7]. Sin embargo, de esta referencia no se puede deducir fácilmente que el Tribunal Constitucional asuma las novísimas tesis doctrinales que sustituyen o explican el principio de culpabilidad por el de proporcionalidad o que consideran a la culpabilidad como un mero derivado de la prevención general (33). Más bien se trata aquí de que el Tribunal Constitucional quiere acentuar su distanciamiento respecto de las construcciones y debates doctrinales y recurre para ello a categorías constitucionales como la mencionada, mostrando así que tales construcciones no son materia constitucional, sino de la legislación ordinaria.

El propósito del Tribunal Constitucional de no afectar las categorías y construcciones del Derecho penal ordinario parece oportuno y adecuado, pero no es en absoluto evidente. Así, en su Sentencia de 1968 sobre el caso del testigo de Jehová, relativa al total rechazo tanto del servicio militar como

(31) Cfr., en particular, H. ZIPF, en MELNITZKY/MÜLLER (eds.), *Festschrift für Franz Pallin*, 1989, pp. 479 y ss. (480 s.).

(32) *BVerfGE* 34, 261 (266); 50, 125 (133); 50, 205 (215); 73, 206 (253).

(33) Cfr., por todos, G. JAKOBS, *Schuld und Prävention*, págs. 6 y ss.

de la prestación civil sustitutoria, el Tribunal ha considerado la firme decisión en conciencia contra la prestación civil sustitutoria como una decisión cubierta por el derecho fundamental a la objeción de conciencia (art. 4 GG) [art. 30.2 CE] y, a su vez, ha declarado contrario a la prohibición constitucional del «bis in idem» (art. 103.3 GG) el que el objetor sea castigado de nuevo cuando, una vez cumplida la pena, renuncie de nuevo al cumplimiento de la prestación impuesta (34). Hasta entonces, lo que acontecía en la práctica era que al objetor se le castigaba tantas veces cuantas era llamado a cumplir la prestación tras el cumplimiento de la pena, y así hasta que el tiempo de privación de libertad alcanzaba el tiempo de duración total de la prestación sustitutoria.

El Tribunal Constitucional llegó así a un resultado bien plausible, particularmente elogiado por K. Peters (35), que se caracteriza por la renuncia total a intentar una coincidencia con el concepto de delito del Derecho procesal, que, en definitiva, es un concepto más histórico y fáctico que valorativo.

En directa crítica a la posición mantenida hasta entonces por la jurisprudencia y doctrina penal ordinaria, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional manifestó que someter en estos casos la conducta del autor al tratamiento del delito permanente supone desconocer la esencia constitucional de la decisión en conciencia. El Tribunal Constitucional, por el contrario, examinó muy cuidadosamente y aceptó el concepto del objeto procesal elaborado por el Tribunal Supremo, al abordar la cuestión de si con la condena por pertenecer a una banda criminal o terrorista consume la acción penal por los asesinatos, delitos de estragos o de toma de rehenes que hubieren sido cometidos en unidad de acción con el primero, no habiendo sido descubiertos hasta después de la primera condena (36). Resulta llamativo que, con posterioridad, la doctrina común ha experimentado un fuerte cambio tendencial hacia una consideración normativa del concepto procesal de delito (37), evolución que ha venido impulsada por la sentencia sobre el mencionado caso del testigo de Jehová. La referencia a esta sentencia me da ocasión a postular una cuarta y última hipótesis, que podría formularse así: *El Derecho y la jurisprudencia constitucional intervienen con más profundidad en la configuración del Derecho procesal penal que en el Derecho penal sustantivo.*

(34) BVerfGE 23, 191 (202 ss., 204).

(35) K. PETERS, en *Festschrift für Karl Engisch*, 1969, pp. 468 y ss., así como ya anteriormente en *Festschrift für Hellmuth Mayer*, 1967, pp. 257 y ss.

(36) BVerfGE 56, 22 (27 ss.); 45, 434 (435 s.).

(37) Cfr. K. TIEDEMANN, *Entwicklungstendenzen der strafprozessualen Rechtskraftlehre*, 1969, pp. 39 y ss., y, al respecto, J. HRUSCHKA, *GA*, 1970, pp. 378 y s.

III. LAS SANCIONES

Tras ese excurso en el Derecho procesal, regresemos ahora al Derecho penal sustantivo. Puede afirmarse en primer lugar que el Tribunal Constitucional, en los últimos tiempos, ha dado impulsos fundamentales y de gran trascendencia en el ámbito de la reforma del sistema de sanciones penales, de modo similar a como lo ha hecho la Corte Constitucional italiana. La elección de las sanciones y la definición de sus contenidos es una parte sustancial de la política criminal, por lo que, en el sentido de nuestra primera hipótesis, en este ámbito se puede contar *a priori* con una influencia intensa y directa del Derecho constitucional.

El Tribunal Constitucional ha asumido una verdadera función de impulso sobre todo en materia penitenciaria a partir de una sentencia de 1972, en la que declaró que la carencia de un fundamento de rango de ley en esta materia sólo resultaba aceptable, desde un punto de vista constitucional, tan sólo como algo transitorio, de modo tal que, con este motivo, y tras cien años de reclamarlo la doctrina científica y la opinión pública, el legislador se vio obligado a promulgar una Ley General Penitenciaria, que entró en vigor el 1 de enero de 1977 (38). Así, un asunto de tan poca monta como la retención, por parte de la dirección de una cárcel, de una carta injuriosa de un preso dio lugar al abandono de la teoría tradicional de la «relación especial de sujeción» como base de legitimación para la restricción de derechos fundamentales en el sistema penitenciario. El Tribunal Constitucional estableció como base de toda argumentación el orden de valores constituido por los derechos fundamentales y la imagen del hombre a que la Constitución responde.

Fenómeno de no menor importancia que la regulación del sistema penitenciario obtenida merced al impulso del Tribunal Constitucional es la limitación que éste ha impuesto a la pena de prisión perpetua, en sentencia por la que, además, se ha acentuado la idea de la resocialización como objetivo de la ejecución penitenciaria, derivándola del principio constitucional del Estado social, tal y como lo formulara Würtenberger (39). La práctica tradicional de recurrir al derecho de gracia en los casos de condena a prisión perpetua fue declarada insuficiente por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, en el entendido de que también para el condenado a prisión perpetua debe existir la oportunidad de obtener de nuevo la libertad: la ejecución de

(38) *BVerfGE* 33, 1 (13); sobre el período anterior, K. TIEDEMANN, *NJW*, 1967, pp. 87 y ss., y también *JR*, 1962, pp. 6 y ss.

(39) T. WÜRTEMBERGER, *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat*, 1970, pp. 222 y siguientes.

la prisión perpetua destruye la personalidad y con ello la dignidad del preso, por lo que una pena como ésta no debería ser ejecutada, salvo en casos excepcionales (40). Desde el punto de vista de la metodología del Tribunal, llama la atención que habiendo recurrido en este caso a datos y consideraciones empíricas para fundamentar su decisión y siguiendo opinión de los criminólogos que, como expertos, fueron llamados a emitir su opinión ante el Tribunal, éste no haya sido consecuente en su sentencia hasta el final, con la opinión unánime de los expertos de que la conminación con la pena de prisión perpetua no comporta ganancia mensurable alguna en intimidación, y, por el contrario, ha mantenido la opinión, propia de aficionados, de que «no se puede suponer *a priori* la absoluta carencia de efectos intimidantes especiales de esta sanción penal».

En el caso del recurso contra el tipo de asesinato, nos encontramos, por una parte, en un ejemplo de ese retraimiento del Tribunal Constitucional frente a los preceptos legislativos en Derecho penal material, anteriormente constatado en la segunda hipótesis, y, por otra, con un ejemplo de su celo y control efectivo respecto de las decisiones que afectan a la configuración legislativa de las sanciones; es decir, a lo que se corresponde con el campo más propio de la política criminal.

IV. CONSTITUCION Y PARTE GENERAL

De acuerdo con nuestra primera hipótesis, en la historia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán no hay rastro de influencia alguna en la Parte General del Derecho penal. Tan sólo por los partidarios de la teoría del dolo en relación al tratamiento del error en Derecho penal ha sido criticada una sentencia del Tribunal Constitucional del año 1975, a través de la cual declaró expresamente conforme a la Constitución la regulación del error de prohibición (41), a pesar de que resulta objetable el que, en el caso de un error evitable de prohibición, deba proceder tan sólo una atenuación facultativa de la pena, tal y como dispone el parágrafo 17.2 *StGB* [8], mientras que lo correcto es que la culpabilidad de quien actúa con un error de valoración es siempre menor, pues no actúa de propósito contra el Derecho (42). Si el Tribunal Constitucional rechaza corregir la regulación del

(40) *BVerfGE* 45, 187 (245 ss.).

(41) *BVerfGE* 41, 121 (124 ss.); en sentido crítico, véase E. SCHMIDHÄUSER, *JZ*, 1979, 361 (367 s.).

(42) C. ROXIN, en H. J. HIRSCH (ed.), *Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium*, 1986-1987, pp. 81 y ss. (83 s.).

error de prohibición de acuerdo con el principio constitucional de culpabilidad por él mismo elaborado se debe a que hace de nuevo aparición su respeto por el arbitrio del legislador y el retraimiento frente a las categorías dogmáticas y disposiciones legales de la Parte General que rigen para los tribunales.

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional acepta que la prohibición de la aplicación retroactiva de las normas penales dispuestas en el párrafo 103.2 *GG* no afecta a las reglas de la prescripción, pues ésta es, en opinión dominante en Derecho ordinario, un instituto procesal (43), opinión que se critica por otro sector, aunque minoritario, pero correcto de la doctrina, y en lo que también coincide el Tribunal Constitucional español, y que mantienen que la proscripción de retroactividad, así como la de la analogía, rige también en Derecho procesal penal en tanto se trata de actos procesales restrictivos de derechos [9]. El que el Tribunal Constitucional no vacile aquí en seguir una opinión que sólo bien recientemente puede estimarse mayoritaria en Derecho penal alemán se corresponde con la tendencia del Tribunal a no inmiscuirse en la discusión doctrinal, pero es también un indicio de la insignificancia práctica del artículo 103.2 *GG* como única garantía constitucional referida directamente al Derecho penal material. Dicho sea todo esto con independencia de que, de este modo, el Tribunal dio fácil solución al propósito político entonces vigente de hacer posible la continuidad de la persecución penal de los delitos de la época del nacionalsocialismo.

A pesar de la ya larga tradición de la teoría de las normas, la doctrina penal no ha prestado atención relevante a la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 15 de marzo de 1978 (48.48), en la que se declaraba que las normas jurídicas a que los tipos penales hacen referencia, por ejemplo, las del Derecho mercantil en los delitos de quiebra, «alcanzan con ello el carácter de una norma penal», y, de este modo, «en tanto esté en cuestión la imposición de una pena, tales normas han de interpretarse y aplicarse desde los parámetros que rigen la interpretación y aplicación de las normas penales». La reciente discusión de la doctrina penal sobre los numerosos elementos normativos que se contienen en los tipos penales (p. ej., «la ajenidad» en el hurto o en la apropiación indebida) apenas ha tomado en consideración la sentencia citada (44). Tampoco ha merecido aclaración hasta ahora la validez de la fórmula que ya en los años cincuenta proporcionó el Tribunal Supremo para determinar cuáles eran las lesiones contrarias a las buenas costumbres (45), a efectos de la eficacia del consentimiento en las lesio-

(43) *BVerfGE* 11, 139 (146 s.); 24, 33 (55); 25, 269 (285 ss.).

(44) B. BURKHARDT, *JZ*, 1981, pp. 681 y ss.; R. D. HERZBERG, *JUS*, 1980, pp. 469 y ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, *StGB*, 23.ª ed., 1988, § 1, núm. marg. 33.

(45) *BGHSt* 4, 24 (32).

nes [10]: «En relación a conceptos jurídicos indeterminados formulados en Derecho penal a modo de cláusula general, no resulta aceptable otra interpretación que la que aparezca más segura y se corresponda con la convicción general.» La cuestión de si esa reducción resulta posible u obligada aparece como un problema propio del principio de determinación legal de los tipos penales o de taxatividad. Mientras que el Tribunal Supremo, en su citada sentencia sobre las lesiones en duelos, concedió al juez ordinario la facultad de hacer más determinada una norma penal indeterminada a través de una interpretación restrictiva, en la doctrina sólo se admite esta tesis en los casos de referencia a complejos normativos extrajurídicos, pues en tales casos el legislador ha renunciado a una decisión propia y, por tanto, debe asumir la posibilidad de que existan concepciones valorativas diferentes (46).

El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, por el contrario, y en atención al principio constitucional de determinación de los tipos penales, han venido interpretando restrictivamente los conceptos jurídicos indeterminados del Derecho penal y del de las contravenciones, incluso cuando no se trata de referencias normativas extrajurídicas. Así, el Tribunal Constitucional ha afirmado, bajo los anteriores presupuestos, la constitucionalidad del antiguo tipo de los desórdenes públicos (47). Por su parte, el Tribunal Supremo ha limitado el concepto de contrato en materia contravencional del Derecho sobre monopolios y acuerdos ilícitos a los contratos formales, con exclusión de los llamados *gentlemen agreements* o pactos entre caballeros (48).

El punto de vista contrario, es decir, el de que no hay interpretación restrictiva o extensiva, sino tan sólo interpretación correcta o incorrecta, puede que sea aceptable e incluso correcto desde la teoría del Derecho. Sin embargo, mientras el sentido del principio constitucional de determinación no sea tan sólo el de una mera prohibición de arbitrariedad frente a la jurisprudencia —como acontece en la doctrina suiza—, sino que se configure como un derecho fundamental del individuo, el que los resultados de la interpretación sean previsibles y comprensibles no es algo que pueda resultar irrelevante. Esto conduce a una interpretación restrictiva de tipos y «conceptos» indeterminados.

(46) SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, *ibid.*, § 1, núm. marg. 22.

(47) *BVerfGE* 26, 41 (43).

(48) *BGHSt* 24, 54 (61 s.).

V. CONSTITUCION Y PARTE ESPECIAL

Con la referencia al principio de determinación hemos llegado a la Parte Especial del Derecho penal, es decir, al conjunto de figuras delictivas contenidas en la legislación penal. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha comportado también aquí con retraimiento: ni un solo tipo del Código Penal ha sido declarado contrario al *mandato de determinación*, ni desde la anteriormente mencionada falta de desórdenes públicos ni hasta el tipo de las coacciones, cuya amplia cláusula de reprochabilidad (§ 240.2 *StGB*) [11] fue declarada suficientemente determinada en la Sentencia de 1986 por parte de la Sala Primera, en relación al caso de las sentadas contra las armas nucleares (49).

La fórmula del Tribunal Constitucional, según la cual el parágrafo 103.2 *GG* debe garantizar al particular el que la punibilidad de una conducta le sea previsible y susceptible de consideración, de tal modo que, en los casos límites, al menos, le sea reconocible el riesgo de su punibilidad en el texto de la ley y en su interpretación judicial (!), es una fórmula que convierte prácticamente en ficción la seguridad jurídica y parece dar la razón a Schmidhäuser cuando, en relación al artículo 103.2 *GG*, declara que resulta ilusorio el que la determinación de lo que el legislador describe como punible sea destinado a la comprensión del ciudadano (50). Ya la misma ubicación sistemática de esta garantía dentro de los derechos fundamentales relativos al proceso habla en contra de esta tesis.

Es verdad que el carácter del mandato de certeza como una garantía vinculada al individuo y como derecho subjetivo fundamental ha sido siempre reconocido por el Tribunal Constitucional. Pero es verdad también que el hundimiento definitivo de este concepto ha sido consagrado por una sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional del año 1987. En el caso en cuestión, un empresario había depositado y prendido fuego a medio metro cúbico de cinturones de seguridad usados, depositados en un contenedor de acero, abierto por arriba y situado en un prado junto al terreno de su industria, a fin de obtener con ello el cobre que tales cinturones contienen. En opinión del juez de instancia, el contenedor es una instalación que requiere un permiso de uso, de acuerdo con la Ordenanza Federal de Medio Ambiente, y cuyo empleo no autorizado está castigado en el parágrafo 327.2 *StGB*. El Tribunal Constitucional exigió correctamente, en relación a la pena pri-

(49) *BVerfGE* 73, 206 (233 ss.), así como 76, 211 (215 ss.).

(50) E. SCHMIDHÄUSER, *Form und Gestalt der Strafgesetze*, 1988, p. 49; cfr., en sentido opuesto, B. SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, 1978, pp. 29 y ss.

vativa de libertad prevista en esa figura delictiva, que la punibilidad de la conducta debe ser comprensible ya desde la ley misma y no únicamente desde la Ordenanza, pero, sorprendentemente, estimó que el empresario pudo reconocer el riesgo de que su conducta fuera punible a partir de la interpretación de los conceptos generales del tipo sobre protección del medio ambiente, en relación con la «amplia discusión pública de los problemas ecológicos» y, en concreto, la «significación de los vertidos de residuos para el medio ambiente y terceras personas» (51). De este modo caen bajo la esfera de protección penal prácticamente todas las medidas estatales posibles que no resulten por completo ineficaces para los fines del cumplimiento de la ley. A su vez, la existencia de la reglamentación jurídica se convierte en su misma justificación constitucional.

Sólo respecto de la *prohibición de la analogía* el Tribunal Constitucional ha llegado a poner seriamente en cuestión la constitucionalidad de un precepto; en concreto, el del tipo de las coacciones y el concepto de violencia en él empleado [12], aunque tal cuestionamiento no llegara a tener efectos prácticos al quedar empatados a votos los magistrados de la Sala Segunda. Tras esta divergencia se oculta la explicación de que el mandato de determinación de las normas penales es un mandato dirigido al legislador, mientras que la prohibición de la analogía se dirige a los jueces, y si bien al primero se le concede un amplio margen de arbitrio en la configuración de la ley, a los últimos se les somete a un control de constitucionalidad más severo.

Lo expuesto confirma la hipótesis tercera, que he formulado anteriormente, y no se puede dar la razón a Schenke —en su valioso trabajo sobre la relación entre justicia constitucional y justicia ordinaria— cuando afirma que el trazo de la frontera entre interpretación y analogía es monopolio de la justicia penal ordinaria (52). En igual dirección intenta caminar recientemente el Tribunal Supremo cuando, con fundamento en el espacio de arbitrio que le ha conferido el Tribunal Constitucional en orden a la interpretación de la cláusula de reprochabilidad de las coacciones, se desentiende en absoluto de cuáles sean los fines perseguidos por el autor de la coacción, estimando que tales fines no son objetivables y no son constitutivos de elementos subjetivos de la causa de justificación (53). A ello se opone el que ante las cláusulas generales siempre se ha de llevar a cabo la concretización y ponderación de intereses más afinada posible. A pesar de que los fines del autor de la coacción no coinciden con los fines de la coacción a que se refiere

(51) BVerfGE 75, 329 (345).

(52) W.-R. SCHENKE, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, 1987, pp. 30 y ss. (35 ss.).

(53) BGHSt 35, 270 ss.

el tipo penal, no son por ello irrelevantes para la valoración de la relación entre fines y medios que esta figura requiere.

Podría considerarse una solución práctica, aunque teóricamente incorrecta, el que el Tribunal Constitucional haya prescindido, por razones jurídico-constitucionales, del efecto indiciario de la tipicidad penal, por ejemplo, en los casos de la llamada violencia pasiva, por estimar que «la realización del tipo» en estos casos «no llega siempre a ser merecedor de pena» (54). Con ello el Tribunal Constitucional estaría afirmando incorrectamente que los tipos penales describen conductas neutrales respecto de la antijuricidad. Por el contrario, estimo que el sentido nuclear del artículo 103.2 GG es el de garantizar la descripción legal de los tipos de delito, es decir, de injusto típico, y no transferir al juez del caso concreto la determinación de lo injusto (55). Con la renuncia a la exigencia de que el legislador tipifique lo injusto, el Tribunal Constitucional ha prestado un flaco servicio a la teoría del delito.

A su vez, la sustitución de una exigencia constitucional de cognoscibilidad del bien jurídico protegido y de la conducta prohibida por la mera posibilidad de conocer el valor protegido y la punibilidad de la conducta priva de todo rango a la exigencia de previsibilidad, tanto en su dimensión material como formal. La situación no mejora por el hecho de que la sentencia sobre el bloqueo a las instalaciones de los misiles declare que la cláusula de reprochabilidad constituye, «con independencia de su naturaleza jurídico-penal» un elemento limitador de la punibilidad y «corrector de la regulación típica», pues la regulación de los tipos penales viene también corregida y restringida mediante causas de exclusión de la culpabilidad y condiciones objetivas de punibilidad. Si todo ese conjunto de presupuestos jurídicos materiales de la punibilidad se quisieran reunir, por razones constitucionales, en una suerte de tipo penal total (*Gesamttatbestand*), que incluyera todos los presupuestos de la pena, la consecuencia ineludible y contraria a la doctrina dominante sería el que el artículo 103.2 GG habría de ser aplicado a todos los elementos del tipo total. El Tribunal Constitucional no ha dado pie alguno a pensar que él mismo esté dispuesto a seguir tales consecuencias. Sus reservas a intervenir en la dogmática de la teoría del delito son, en la práctica, puramente verbales y confirma nuestra tesis de que el Tribunal Constitucional no sólo conforma de modo efectivo —aunque no siempre de forma correcta— los principios políticos criminales, sino también los propiamente penales, como el del principio de determinación o taxatividad de los tipos penales.

(54) BVerfGE 73, 206 (247 ss.).

(55) K. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, pp. 207 y s.; cfr. también BVerfGE *Wistra*, 1989, pp. 139 y ss. (sobre los tipos penales de la Ley de Comunicaciones).

VI. MANDATOS CONSTITUCIONALES DE LEGISLAR

Menos discutible resulta, a pesar de la amplia crítica doctrinal recibida, lo que el Tribunal Constitucional manifestó en relación al deber de protección del Estado con ocasión de la sentencia sobre la despenalización del aborto (§ 218 *StGB*) (56). Junto al control negativo sobre la constitucionalidad de los tipos penales creados por el legislador, aparece de esta manera un control positivo en el sentido de que el legislador está obligado, o, en su caso, puede estarlo, a suprimir una laguna de protección penal mediante la creación de nuevos tipos penales. Este deber rige, más allá del expreso mandato constitucional de castigar la alteración de la vida pacífica de los pueblos contenidos en el artículo 26.1 *GG*, allí donde se trate de valores objetivos fundamentales de la Constitución o de bienes jurídicos fundamentales, en el sentido de la concepción objetiva de los derechos fundamentales como orden de valores. Junto a la evidencia valorativa se ha de comprobar también, según el Tribunal Constitucional, la adecuación al principio de proporcionalidad con todos los elementos y criterios que comporta, como la aptitud para la protección penal del bien en cuestión, la necesidad de esa protección específica en relación con la disponibilidad de otros medios preventivos de carácter civil, administrativo, laboral, etc. En los casos de conflicto entre derechos fundamentales, debe comprobarse igualmente que la ponderación de intereses realizada ha sido correcta.

El ámbito de libre configuración para el legislador, a quien se concede una prerrogativa a la hora de proceder a la decisión valorativa, alcanza también a la estimación de la proporcionalidad de los medios según esa doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional. Si no existe otro instrumento equivalente que proporcione la protección pretendida, el ámbito de arbitrio del legislador, a la hora de decidir sobre la punibilidad de una conducta, se reduce a cero.

Sin embargo, en el marco de ese punto de vista del Tribunal Constitucional, sustancialmente válido en mi opinión, lo que resulta criticable es que en la sentencia del aborto el Tribunal haya efectuado una exhaustiva comprobación de todas las formas posibles de protección, pero, sin embargo, y al igual que hicieran las sentencias sobre la prisión perpetua (véase *supra* III), no haya tomado en absoluto en consideración crítica la aptitud preventiva del Derecho penal en esta materia, a pesar de que el grado de eficacia de la prevención penal sea algo, en última instancia, abierto. Desde

(56) *BVerfGE* 39, 1 (42 ss.).

el punto de vista metodológico, llama la atención el que el Tribunal Constitucional, en este asunto de la aptitud del Derecho penal para la protección de la vida del *nasciturus*, no haya exigido fundamentación empírica y criminológica, mientras que, en el caso de la prisión perpetua y en el de la constitucionalidad del antiguo parágrafo 175 (57), por el que se castigaban las conductas homosexuales, comprobó la corrección de la decisión legislativa con numerosas investigaciones empíricas, poniendo de manifiesto incluso, en la sentencia sobre el tipo del asesinato, que no había hasta aquel momento ninguna investigación empíricamente fundada sobre la eficacia preventiva real del Derecho penal. Esa eficacia aparece en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como un axioma, y con ello aparece, dentro de una concepción racional del sistema jurídico, en última instancia, como una ficción o, más correctamente, como una presunción, de cuya verificación se prescinde. Por último, ese axioma opera en el sistema de control político del Tribunal Constitucional del modo siguiente: en caso de duda acerca de la eficacia preventiva en un caso concreto, se concede al legislador una prerrogativa en orden a esa valoración. Sin embargo, esta prerrogativa le fue negada al legislador en la sentencia sobre la despenalización del aborto.

En relación con la exigencia de racionalidad material de la intervención legislativa mediante el Derecho penal, deseo reproducir ahora una idea ya formulada en una publicación anterior: en realidad, el Derecho penal no resulta comparable con otros instrumentos jurídicos normativos o sancionadores; su vinculación a la idea del reproche ético-social de la culpabilidad hace que no se encuentre con el Derecho administrativo, mercantil, etc., en una relación puramente cuantitativa, de menos a más, sino que precisamente por ese reproche de culpabilidad que lleva consigo es un *aliud* bien singular (58).

En verdad, en la sentencia sobre la despenalización del aborto el Tribunal Constitucional da preferencia a otros puntos de vista sobre el tema; así, por ejemplo, lleva a cabo una comparación con la valoración ético-social de otras conductas punibles y contempla el problema de la obligación estatal de castigar como un elemento de la función valorativa del Derecho penal, y con ello como elemento del ordenamiento penal de valores y de bienes jurídicos. Sin embargo, a través del recurso a esas valoraciones —que también son propias del ámbito de la culpabilidad—, el principio de proporcionalidad se convierte sólo en un muy limitado instrumento de control del legislador, lo que debe ponerse de manifiesto habida cuenta del prestigio aparente del principio de racionalidad como garantía jurídica fundamental.

(57) *BVerfGE* 4, 110 (113 s.); 6, 389 (414 ss.); 36, 41 (44 s.).

(58) K. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, pp. 144 y s.

En lo que se refiere al ordenamiento penal de bienes jurídicos, desde el punto de vista constitucional, se puede proponer lo siguiente (59): un reducido ámbito de ese ordenamiento, en especial el de la protección de la vida y de la integridad corporal, así como de otros bienes jurídicos fundamentales, como la libertad ambulatoria y la propiedad, coinciden sustancialmente con valores constitucionales fundamentales. En este ámbito corresponde al Estado un deber de protección penal, que deriva de los derechos fundamentales y del orden de valores que éstos materializan. Este deber de protección es sometido por la doctrina más reciente a diferentes restricciones y, por ejemplo, lo limita a aquellos casos en los que se pretende suprimir una tutela penal existente y rechaza tal deber en aquellos otros ámbitos en los que el legislador siempre se ha abstenido de intervenir (60). Esta concepción —respecto de la cual no está claro si desarrolla capciosamente una concepción de bien jurídico, que conduce precisamente al resultado pretendido— dejaría las manos libres al legislador en materias como las nuevas técnicas genéticas y la protección de los embriones, lo que contradice tendencias muy generalizadas hoy día (también en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América) a convertir en derechos a la intervención del Estado lo que históricamente han sido derechos fundamentales del individuo frente al Estado y como garantía frente a su intervención.

El Tribunal Constitucional, en la resolución de su Sala Segunda de 16 de julio de 1969, relativa a la distinción entre Derecho penal y derecho de las contravenciones, fundamentó su opinión —reiterada posteriormente en varias ocasiones— de que «la tarea del Derecho penal es la de proteger los valores elementales de la vida en común», y que «lo que pertenece indiscutiblemente al núcleo del Derecho penal se puede deducir del orden constitucional de valores» (61).

Un sector del Derecho penal cuantitativamente más amplio tiene por objeto bienes jurídicos instrumentales, es decir, bienes jurídicos que lo son en cuanto instrumentos o medios para salvaguardia de los llamados fundamentales. En ese ámbito se exige para recurrir a su tutela penal, de acuerdo con el principio democrático y a falta de un modelo político-criminal diseñado en la propia Constitución, que se produzca un consenso al respecto en forma de una desaprobación generalizada de la conducta. El consenso puede ser excep-

(59) Cfr. K. TIEDEMANN, *ibidem*, p. 30.

(60) G. LÜBBE-WOLFF, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, 1988, pp. 103 y ss. (139 ss.).

(61) *BVerfGE* 27, 18 (29).

cionalmente sustituido por una decisión del legislador cuando se trata de intereses de la colectividad o de la protección mediata de Derechos fundamentales, por ejemplo, en el ámbito del Derecho penal económico o en el del medio ambiente. El bien jurídico a proteger se encuentra aquí —en el sentido de la formulación de V. Liszt y en contra de las nuevas teorías funcionalistas del bien jurídico— entre dogmática y política criminal como modelo racional de la actuación legislativa, que no sólo tiene un valor indicativo, sino también legitimador.

Puede decirse, en conclusión, que a la hora de decidir sobre la criminalización de una conducta, y en tanto no estén en cuestión elementos constitutivos de esa zona fundamental de los valores ético-sociales, el criterio decisivo para la política criminal es el de la dañosidad social de la conducta determinada empíricamente, que, más allá de la mencionada valoración ético-social, se debe complementar desde el principio de proporcionalidad, si bien tomando en consideración a tal efecto, además, que el Derecho penal puede tener como función no sólo la protección del orden de valores existente, sino también la introducción de nuevos valores.

VII. CONCLUSION: PROCESO PENAL Y DOCTRINA PENAL A LA LUZ DE LA CONSTITUCION

Con las ideas que acabo de exponer sobre el contenido y la configuración del ordenamiento penal de bienes jurídicos desde el plano constitucional debo concluir, en el limitado espacio de una conferencia, la reflexión sobre la incidencia de la Constitución en el Derecho penal. Me referiré muy selectivamente en lo que sigue, y para terminar, a algunas cuestiones de Derecho procesal penal.

Debe indicarse en primer lugar que el Tribunal Constitucional ha dedicado una gran atención al proceso penal, hasta el punto de que sus sentencias han modificado sustancialmente su letra y su espíritu [13]. Se trata de una política constitucional procesal cuya legitimidad se acrecienta por el hecho de que los principios de proceso penal están particularmente ligados con los derechos fundamentales relativos al proceso, y, por otra parte, casi todos los actos procesales constituyen intervenciones directas sobre los mismos. Con ello se refuerza nuestra cuarta hipótesis, en la que afirmábamos que la jurisprudencia constitucional influye de forma más intensa y relevante sobre el Derecho procesal penal que sobre el Derecho penal sustantivo.

Así, el reiterado acento puesto por el Tribunal en un derecho aparente-

mente formal, como es el derecho a ser oído del artículo 103.1 GG, ha obligado al legislador a introducir numerosas obligaciones de emplazamiento y notificación por parte de los tribunales respecto del justiciable, de modo tal que el Derecho procesal alemán ha limado sus no pocas durezas y es hoy mucho más humano y justo.

Lo mismo puede decirse respecto de la idea del «juicio justo» derivada de la Convención Europea de Derechos Humanos, y que el Tribunal Constitucional ha desarrollado hasta convertirla en un derecho fundamental (62), aunque el contenido del mismo todavía no esté esclarecido en todos sus aspectos.

A su vez, directamente de la idea del Estado de Derecho se ha derivado la prohibición del exceso en la duración del procedimiento (63) como obstáculo procesal accionable, así como la catalogación y delimitación de las pruebas prohibidas (64). Todo ello representa importantes contribuciones al desarrollo de categorías fundamentales del Derecho procesal penal. Esta contribución es aún más relevante si se tiene en cuenta que no disponemos todavía en Alemania ni de una política procesal penal sistemáticamente elaborada ni de una doctrina procesal penal moderna y desarrollada.

Para concluir ya esta conferencia quiere ofrecerse una indicación general acerca del papel de la ciencia penal en relación con el tema que nos ocupa: la doctrina penal alemana no se ha ocupado en absoluto de forma sistemática y general de la concretización del Derecho constitucional en materia penal, que, sin embargo, sí ha llevado a cabo la jurisprudencia y, sobre todo, la del Tribunal Constitucional.

Aunque no exista una teoría jurídico-constitucional del delito como consecuencia de las diferencias valorativas y finalísticas entre Constitución y Derecho penal (65), hay motivos para asumir que muy particularmente la teoría del tipo penal —que Beling desarrollara a principios de siglo a partir de la idea de la vinculación del juez y del Derecho penal a la ley—, así como también las categorías de antijuricidad y culpabilidad, son categorías abiertas, aunque en modo limitado, a la valoración y a la influencia jurídico-constitucional. Así, por ejemplo, significaría esto, para la concepción de la tipicidad,

(62) *BVerfGE* 26, 66 (71); 38, 105 (111); 57, 250 (274); 63, 380 (390 ss.); 66, 313 (318 ss.).

(63) *BVerfGE* *NStZ*, 1984, 128.

(64) *BVerfGE* 15, 77 (80); 18, 146 (147); 20, 162 (194 ss.); 32, 373 (378 ss.); 34, 238 (245 ss.); 56, 37 (51 ss.); *BVerfGE* *NStZ*, 1985, 131, y *NJW*, 1988, 1075.

(65) La más reciente tentativa en este sentido es obra de K. MARXEN, *Straftatsystem und Strafprozeß*, 1984; al respecto, véase, críticamente, K. VOLK, *ZStW*, vol. 100, 1988, pp. 909 y ss.

como ya se ha indicado antes, que allí donde el tipo no tipifica injusto alguno, la interpretación conforme a la Constitución debe incorporar a este tipo elementos de prohibición (66), y en este sentido puede entenderse la sentencia sobre el bloqueo al transporte de las armas nucleares.

La hoy doctrina dominante del injusto personal toma con acierto al hombre como destinatario de las normas de conducta o de determinación, y configura por ello el injusto no sólo como una valoración objetiva de la lesión del bien jurídico por parte de quien aplica el Derecho, sino también como infracción de un deber. Esto se corresponde con la idea del hombre de la que parte la Constitución, según el Tribunal Constitucional. Su concepción del hombre influye también en la teoría de la culpabilidad, que por ello no se rige por una concepción puramente normativa como la del «poder actuar de otra manera», sino que incorpora la conciencia del sujeto y presta atención a su personalidad psicológica. Sólo una teoría de la culpabilidad así orientada estará en condiciones de delimitar seriamente la culpabilidad propia del delito de la específica de la infracción administrativa, a través precisamente del elemento de la conciencia del sujeto, y de ese modo proporcionar a la idea global del Derecho penal un sólido fundamento que también hace visible la razón de distinción entre delito y contravención administrativa.

(66) K. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, pp. 265 y ss.

NOTAS DEL TRADUCTOR:

[1] Se corresponden, en términos generales, con los derechos fundamentales contenidos en los artículos 15, 17, 24 y 25 de la Constitución española.

[2] Sobre el valor de las sentencias del Tribunal Constitucional, véanse el párrafo 31 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán y el artículo 164 de la Constitución española.

[3] Cada una de las Salas del Tribunal Constitucional alemán (Senados) constituye anualmente una comisión de tres magistrados, que realiza un examen previo sobre la admisibilidad de los recursos de amparo, con el fin de excluir desde un primer momento, y mediante las resoluciones que no requieren ser motivadas, aquellos que parecen manifiestamente de fundamento o, por otras razones, no tienen perspectivas serias de éxito (§ 93 A III Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán); de este modo viene rechazándose la admisión de un 97 por 100 de los recursos de amparo presentados (véase SCHLAICH, *Das Bundesverfassungsgericht*, Munich, 1985, p. 123).

[4] Y en el artículo 117 de la Constitución española.

[5] Son muy numerosas también en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, por ejemplo, artículos 171.2, 420, 575.2, 684.1, 716.1, etc.

[6] También en el artículo 100 del Código Penal español. Es más, tras la reforma de 1983, y con buen criterio, en el tiempo de la prisión preventiva se pueden realizar

los presupuestos de determinados beneficios penitenciarios, como es el trabajo que da lugar a la redención de pena.

[7] La «prohibición del exceso» constituye un principio constitucional derivado del de proporcionalidad y del de interdicción de la arbitrariedad por parte de los poderes públicos —en la Constitución española, reconocidos en el artículo 9.3—, y que podría traducirse como principio de «intervención mínima» en materia sancionadora, de conformidad con una terminología ya acuñada entre nosotros.

[8] A diferencia de lo dispuesto en el artículo 6 bis, *a)* del Código Penal español, tras la reforma de 1983, que dispone la aplicación como mínimo de la pena inferior en grado.

[9] La Constitución española, a diferencia de la alemana, contiene una expresa prohibición de retrotraer los efectos de toda normativa de Derechos (véase art. 9.3 CE).

[10] El Código Penal alemán, en el párrafo 226, *a)* limita la eficacia del consentimiento en las lesiones a aquellas que no sean contrarias a las «buenas costumbres». La regulación en España puede verse en el artículo 428 CP.

[11] En el Código Penal alemán, el tipo de las coacciones hace depender la anti-juricidad del hecho de que la inflicción del mal o la conminación con el mismo para alcanzar el fin pretendido se considere en concreto como «reprochable».

[12] También el Tribunal Supremo español ha venido ampliando extensivamente el concepto de violencia a la fuerza ejercida sobre las cosas y aun a casos en los que ni tan siquiera se puede hablar de fuerza. Véase, al respecto, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 7.ª ed., pp. 130-131.

[13] Al igual que lo ha hecho el Tribunal Constitucional español en sus pocos años de su actividad, en particular a partir de su jurisprudencia sobre la presunción de inocencia y las reglas de valoración de la prueba.

SEPARATA DEL NUM. 33
DE LA
REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL
(SEPTIEMBRE-DICIEMBRE 1991)