

II. La Constitucionalización de los Fundamentos del Derecho Penal alemán

*Christoph Burchard**

1. Introducción: Los fundamentos constitucionales del Derecho penal y los fundamentos generales de la constitucionalización del Derecho penal

Mientras durante décadas las ciencias penales alemanas se han dedicado a la dogmática pre- y extra-constitucional se puede observar una influencia creciente del derecho constitucional sobre la teoría y la práctica del derecho penal. Tanto más importante es la examinación de la constitucionalización de los fundamentos del derecho penal. Bajo el *concepto de los fundamentos* del Derecho penal entiendo los principios generales y las doctrinas, que guían o deberían guiar al legislador penal y a quien aplique el Derecho penal. Por esto forman parte de la Parte General, como

* Este artículo se basa en la presentación dada en el marco de la Segunda Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana el 16 de septiembre de 2013 en Göttingen, Alemania, y en mi contribución “El Principio de Proporcionalidad en el ‘Derecho Penal Constitucional’, de el Fin de la Teoría del Bien Jurídico Tutelado en Alemania, Ambos/Böhm (Dir./Coord.), Desarrollos Actuales de las Ciencias Criminales en Alemania, Editorial Temis 2012, págs. 29-49. El estilo de presentación oral se mantiene. Por eso, he reducido las referencias a lo más esencial. – Muchas gracias a Michael Juhas y sobre todo a mi esposa Julia Kayser (Universidad de Munich) por su ayuda incalculable en la traducción. Muchas gracias a la Dra. María Laura Böhm por su ayuda en la finalización de este artículo.

sabemos por ejemplo de los manuales de Roxin y Jakobs. Según Roxin¹ del “concepto de delito material” (“materieller Verbrechensbegriff”) se puede deducir cómo ha de ser una conducta para que el Estado tenga el derecho de penalizarla. Sobre todo la doctrina del bien jurídico protegido en el derecho penal y el principio de ultima ratio – presuntamente – establecen unos límites al legislador de lo que puede penalizar y lo que debe quedar impune.” Según Jakobs² también el principio de legalidad y concretamente el principio de determinación/taxatividad (nullum crimen nulla poena sine lege certa) forman parte de la Parte General. Asimismo el principio de culpabilidad (nulla poena sine culpa) establece límites al Derecho penal según la opinión general, y por eso forma parte de la parte general. Todo esto tiene un vínculo estrecho con el Derecho constitucional alemán. Por eso me refiero a los fundamentos constitucionales del Derecho penal. Porque en un Estado de Derecho democrático, el legislador penal ha de respetar los límites impuestos por la constitución, en Alemania por la llamada Grundgesetz (Ley Básica). Además los órganos estatales, sobre todo los jueces, fiscales y policía están sujetos al Derecho y a la ley. Como dice el Art. 20 párrafo 3 de la Constitución Alemana sobre la emanación del Principio del Estado de Derecho: “El proceso legislativo está ligado al ordenamiento constitucional.” A la vez, “el poder ejecutivo y la jurisprudencia quedan igualmente sometidos a la ley y al derecho.”

Los fundamentos generales de la constitucionalización del Derecho penal tampoco requieren muchas palabras. El concepto de constitucionalización se ha hecho muy popular. Yo lo utilizo de forma analítica para expresar una obviedad: El Derecho penal, de rango inferior, está vinculado a las leyes de rango superior, sobre todo el Derecho europeo y el Derecho constitucional. Esta inferioridad sin embargo ha sido ignorada por parte de la ciencia y la práctica penal alemana y hasta hoy en día a menudo queda olvidada. Se podría decir que la constitucionalización del Derecho penal rompe con el hecho de que el sistema penal estaba encerrado en sí mismo.

La constitucionalización del Derecho penal tiene dos direcciones empíricas: *Primero* el margen legal y los límites de la legislación penal son fijados por el derecho superior. Por eso me centraré en la constitucionalización del concepto material del delito y voy a sostener, que el Tribunal Constitucional Federal de Alemania (TCFA) con razón ha rechazado la teoría del bien jurídico protegido. La *segunda* dirección se refiere a la aplicación del Derecho penal vigente por parte de la policía, los fiscales y los tribunales – el Derecho penal no se puede interpretar de forma aislada desde un punto de vista meramente jurídico-penal, sino que hay que tener en cuenta el derecho de rango superior. Por eso en la segunda parte de mi artículo quiero centrarme en los márgenes y los límites de la aplicación constitucional del Derecho penal vigente.

¹ ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Parte I, 4ª ed., 2006, § 2 apartado 1.

² JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, 4. Abschnitt.

La constitucionalización del Derecho penal no sólo tiene el efecto de que se tenga que considerar siempre el Derecho constitucional. También conlleva que tribunales que supervisan el cumplimiento de las normas de rango superior ganarían una importancia mayor, tanto en el marco de la legislación penal como acerca de la administración de la justicia penal. En Alemania y Europa eso sucedería sobre todo con el TCFA y con el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, que en los últimos años se han convertido en actores con mucho peso en el sistema jurídico-penal alemán.

Como consecuencia de todo esto, una ciencia penal que quiera ser y que pretenda mantenerse como una ciencia práctica, está obligada a encargarse también de la jurisprudencia de estos tribunales y debe hacer de ésta el punto de partida o el punto de crítica de la fundamentación del derecho penal o de la política penal.

2. La constitucionalización del concepto material del delito, o ¿cuáles son los márgenes y los límites de una legislación penal constitucionalizada?

La primera cuestión ha de ser: ¿Cuáles son los márgenes y los límites de una legislación penal constitucionalizada? Esta pregunta a la vez se divide en dos cuestiones: Primero: ¿Qué conductas no pueden ser penalizadas, aunque el legislador quisiera? La constitución alemana responde con el principio de proporcionalidad en el sentido de “Übermaßverbot” (la prohibición de lo demasiado o del exceso).³ Y segundo: ¿Qué conductas han de ser punibles, aunque el legislador quisiera que fueran impunes? La respuesta constitucional son los deberes de protección constitucionales o la prohibición de lo insuficiente (“Untermaßverbot”), que obligan al legislador a proteger bienes constitucionales específicamente mediante el derecho penal.⁴ En este artículo, solo trato la prohibición de penalizar, es decir la prohibición del exceso.⁵

³ Cfr. en general GRZESZICK, en: Maunz/Dürig, *Grundgesetz-Kommentar*, 2013, Art. 20 GG apartados 107 et. seq.; LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1961.

⁴ Cfr. en general GRZESZICK, en: Maunz/Dürig, *Grundgesetz-Kommentar*, 2013, Art. 20 GG apartados 126 et. seq. BVerfGE 88, 203 (254 et seq., 262, 304); BVerfGE 96, 409.

⁵ Cfr. sobre los deberes de protección o la obligación de penalizar ciertas conductas p. ej. BVerfGE 39, 1 (el axioma primero proclama: „Das sich im Mutterleib entwickelnde Leben steht als selbständiges Rechtsgut unter dem Schutz der Verfassung (Art. 2 Abs. 2 Satz 1, Art. 1 Abs. 1 GG). Die Schutzpflicht des Staates verbietet nicht nur unmittelbare staatliche Eingriffe in das sich entwickelnde Leben, sondern gebietet dem Staat auch, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen.“); LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, § 11.

A) El principio de proporcionalidad enterrando la teoría del bien jurídico protegido

Se podría decir que el principio de proporcionalidad en los últimos años ha enterrado al bien jurídico protegido, y con toda razón, en mi opinión. El principio de proporcionalidad sostiene que el legislador sólo debe aprobar una ley que contenga una intervención mínima, pero a la vez efectiva. En la práctica del TCFA eso significa que el legislador puede decidir ampliamente sobre la función de las leyes penales, sobrepasando los límites de su *ius puniendi* solamente si su ámbito de discrecionalidad, o sea su prerrogativa de valoración es ampliamente sobrepasada.

En Alemania convencionalmente uno – aunque siendo sinceros debemos decir que solamente en las ciencias penales y allí “sólo” una mayoría – argumenta con ayuda del principio del bien jurídico protegido. Este “dogma del bien jurídico”⁶ tiene sus raíces históricas en el siglo XIX, por lo tanto es preconstitucional, y exige que: El Estado debe solamente sancionar la lesión de un bien jurídico. La protección del bien jurídico es “de hecho” la función del derecho penal positivo. Por lo tanto de forma inversa se desprende que: El Estado está inhibido de sancionar siempre y cuando no exista una lesión de un bien jurídico.

Pues, en Alemania el dogma del bien jurídico tutelado es una teoría política-criminal que reduce generalmente y abstractamente (o más bien: que quiere reducir) las posibilidades del legislador de criminalizar conductas (presuntamente) peligrosas. No debe confundirse esta teoría crítica (primero) con la interpretación inmanente y teleológica de las normas de Derecho penal a la luz de los bienes protegidos y (segundo) con la aplicación de normas de Derecho penal abstractamente conforme a la constitución en casos individuales y concretos. Por ejemplo: En Alemania, la impunidad del consumo ocasional de drogas en cantidades mínimas no se deriva de teorías sobre el bien jurídico tutelado, sino del mandato de proporcionalidad de la actuación estatal. Por eso, el TCFA requiere que los órganos de la justicia penal prescindan de la persecución penal en dichos casos individuales.⁷

⁶ M. HEINRICH, Strafrechts als Rechtsgüterschutz – ein Auslaufmodell?, in: M. Heinrich et. al. (eds.), *FS Roxin*, 2011, págs. 131-154 (132).

⁷ BVerfGE 90, 145 (el axioma tercero proclama: „Soweit die Strafvorschriften des Betäubungsmittelgesetzes Verhaltensweisen mit Strafe bedrohen, die ausschließlich den gelegentlichen Eigenverbrauch geringer Mengen von Cannabisprodukten vorbereiten und nicht mit einer Fremdgefährdung verbunden sind, verstoßen sie deshalb nicht gegen das Übermaßverbot, weil der Gesetzgeber es den Strafverfolgungsorganen ermöglicht, durch das Absehen von Strafe (vgl. § 29 Abs. 5 BtMG) oder Strafverfolgung (vgl. §§ 153 ff StPO, § 31a BtMG) einem geringen individuellen Unrechts- und Schuldgehalt der Tat Rechnung zu tragen. In diesen Fällen werden die Strafverfolgungsorgane nach dem Übermaßverbot von der Verfolgung der in § 31a BtMG bezeichneten Straftaten grundsätzlich abzu- sehen haben.“).

No quiero seguir criticando la teoría del bien jurídico protegido en este sentido político-criminal, porque no se debe hablar mal de un muerto. Cómo constató el TCFA en 2008:

“Las normas penales están sujetas a la Constitución ya que no hay ningún requerimiento que se pueda derivar de la teoría del bien jurídico en materia penal.”⁸

a) ¿Que alternativa usa el Tribunal Constitucional para mostrarle sus límites al poder estatal?

Basta con la siguiente pregunta: ¿Qué alternativa usa el TCFA para mostrarle sus límites al poder estatal?

El TCFA desea controlar y limitar las leyes penales así como cualquiera de las otras leyes del legislador. Esto de por sí ilustra una “normalización” del derecho penal como un instrumento ordinario del gobierno social. No obstante, las intromisiones más típicas del derecho penal en los derechos fundamentales de los ciudadanos requieren ser justificadas. Desde un punto de vista material, una ley penal debe ser proporcional. En un sentido amplio este principio de proporcionalidad queda satisfecho, (1) si la ley persigue un objetivo legítimo, (2) si la ley está capacitada para lograr este objetivo, (3) si la ley es necesaria, es decir que para lograr el objetivo determinado no existe un medio menos grave que tenga la misma efectividad, y (4) si la ley es adecuada, es decir, si la medida no es desproporcionada en relación con el propósito u objetivo de la acción (esto último también se conoce como el principio de proporcionalidad en sentido estricto o como la prohibición de exceso).

Entendido en el sentido literal, a primera vista, pero sólo a primera vista, existen pocas diferencias entre el principio de proporcionalidad y la doctrina clásica de la protección del bien jurídico protegido. Las enormes diferencias surgen al “operacionalizar” ambos conceptos. El principio legislativo de proporcionalidad no es absoluto y exacto, sino relativo y abierto, en el sentido de que tiene en cuenta las realidades de la política criminal y de que el legislador solo tiene prohibido sobrepasar su margen de decisión de manera arbitraria; esto es la prohibición del exceso operativa: el legislador tiene prerrogativas de valoración amplias.

⁸ BVerfGE 120, 224 (241).

b) Prerrogativa de valoración del legislador

El examen de proporcionalidad se inicia con la pregunta de la *finalidad legítima* que el legislador debe perseguir mediante una ley penal. Estos problemas conducen a un paralelismo con la doctrina del bien jurídico. Una norma penal tendría que servir a la “protección de los demás o del público en general”; la utilización del derecho penal solo es legítima si un comportamiento es “particularmente perjudicial para la sociedad e insoportable para la convivencia ordenada de las personas”. Estas expresiones que usa el TCFA⁹ en cierta manera pueden ser adoptadas por los defensores de la teoría del bien jurídico. Únicamente basta con decir que: El TCFA le adjudica al poder legislativo ciertas prerrogativas de evaluación que consisten en definir qué conducta será protegida mediante qué sanción penal, ya que - cito al TCFA – “En principio [...] es asunto del legislador el determinar el ámbito de las conductas punibles”¹⁰.

Dicho con otras palabras: Argumentos político-criminales o filosóficos a favor o en contra de la penalización de una conducta deben ser valorados y ponderados por el legislador. Si los argumentos no son ilícitos por sí, por ejemplo argumentos evidentemente racistas etc., no tienen un significado constitucional ni jurídico-penal en el sentido estricto. Es legislador tiene que valorarlos en el procedimiento político-criminal. No más.

Respecto al control de la *necesidad* surge otro principio preconstitucional, el principio de ultima ratio (es decir, que utilizar el derecho penal es el último recurso y sólo debe plantearse cuando otras estructuras de control, como el derecho civil y la ley de sanciones administrativas no prometen tener éxito). La diferencia entre la necesidad y la proporcionalidad en el sentido amplio por un lado y el principio de ultima ratio por otro es - in extremo (que es para enfatizar una vez que circulen decenas de interpretaciones de este principio) - una vez más la diferencia entre la legitimidad a través de un proceso (político-criminal) y la legitimidad de una verdad extra-jurídica. Mientras que el principio de ultima ratio - in extremo – impone al legislador la carga de tener que demostrar que la utilización del derecho penal es necesaria, el TCFA le cede una vez más prerrogativas al legislador para diagnosticar la conveniencia y la necesidad de una disposición penal. Solo cuando hay suposiciones irracionales e injustificables por parte del legislador una ley penal es desproporcionada o innecesaria.

⁹ BVerfGE 120, 224 (239 et seq.).

¹⁰ BVerfGE 120, 224 (240): “Es ist aber grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, den Bereich strafbaren Handelns verbindlich festzulegen.“

En el examen de si los hechos y las consecuencias jurídicas son coherentes entre sí, es decir, en el examen de *proporcionalidad en el sentido estricto*, el TCFA le da entrada a una variedad de aspectos distintos. A este respecto me gustaría decir una cosa: Si los hechos y las consecuencias legales son proporcionales entre ellas, el TCFA juzga cada caso de forma abstracta e independiente. La legislación debe crear la apertura necesaria para que la práctica (de la administración de la justicia penal) permita en algunas situaciones en las que un castigo (severo) resulta desproporcionado en relación con la pena, el que pueda minimizarse o incluso abstenerse de ella. Por lo tanto resulta una cuestión propia de la práctica el establecer una proporcionalidad concreta en cada caso. Lo anterior es una interesante “delegación de competencias de la concreción del derecho penal” a la que regresaré en un momento. De aquí se puede afirmar que: La falta de equidad en los casos individuales o la inconstitucionalidad de la práctica normalmente (regresaré a excepciones en unos minutos) no conduce a la inconstitucionalidad de una ley penal abstracta-general, si la jurisprudencia encuentra maneras para resolver casos particulares de forma justa – incluso mediante instituciones procesales (sobreseimiento por razones de oportunidad), o la previsión de una aplicación *praeter legem* de preceptos penales atenuantes (por ejemplo, en el caso de asesinato, para el que está prevista la cadena perpetua obligatoria). Finalmente se tiene que tener en cuenta que el legislador alemán por lo general le asigna a la jurisprudencia una gran discrecionalidad en la determinación de la sentencia, ya que establece legalmente unos límites extremadamente amplios y apenas si aporta pauta alguna para la determinación y graduación de la pena (por ejemplo, en el caso de hurto simple la pena varía entre prisión de hasta cinco años y solo una multa).

Si tomamos las prerrogativas evaluativas del legislador en su totalidad, éstas siguen siendo ampliadas porque el legislador goza de ciertas libertades de decidir sobre la finalidad del derecho penal y su sanciones (desde la venganza hasta todo tipo de prevención; desde el derecho penal simbólico hasta la ampliación de las facultades de investigación; en este punto, la transformación político-criminal del derecho penal se manifiesta hacia un derecho penal más simbólico y hacia el derecho penal preventivo; según ello, los sujetos peligrosos deben quedar fuera de cualquier tipo de intervención que facilite comportamientos desviados, como el entrenamiento en un campamento de terroristas, antes de que otros delitos sean cometidos).

c) Poder y deber de delegación del legislador de delegar la concreción del derecho a la práctica de la justicia penal

La prerrogativa de valoración del legislador resulta aún más amplia, porque el TCFA le concede, pero también le obliga, a permitir al juez a fijar una pena justa para el caso concreto y equitativa a su culpa debido a marcos de pena suficientemente amplios. En este sentido y acerca de la amplia libertad del legislador de establecer *marcos de pena amplios y casi sin límites*, el TCFA ha

sentenciado lo siguiente: Quiero citarlo destacando sobre todo la gran diferencia entre el énfasis argumentativo inicial y el resultado operativo real:

“En el ámbito del penalizar estatal se puede deducir del principio de culpabilidad, que es consecuencia de la garantía de la dignidad humana y del principio del Estado de Derecho, y del principio de proporcionalidad, que la gravedad de un delito y la culpa del autor han de estar en una relación justa a la pena. La amenaza de una pena en cuanto a su tipo y a su dimensión no puede ser totalmente inadecuada en relación a la conducta penalizada. El tipo y la consecuencia jurídica deben concordar. Si un hecho puede mostrar diferentes grados de culpa y de gravedad, al juez se le debe conceder la posibilidad de ajustar la pena. El juez no puede ser obligado a imponer una pena que según su propio convencimiento basado en los hechos comprobados sería inadecuada.

Es asunto del legislador, establecer el ámbito de conductas penalizadas teniendo en cuenta la situación especificada. *El TCFA no puede comprobar, si la decisión del legislador es la solución más útil, la más razonable o la más justa.* Sólo puede controlar que la norma penal esté conforme con la constitución. Esto también es válido acerca de la pena mínima, con la que el legislador amenaza en caso de la comisión de un delito. El legislador en general es libre de determinar el tipo de la pena y la pena mínima, con la que amenaza en caso de una comisión de un delito. Por lo tanto puede vincular al juez de tal forma, ordenándole que en caso de una condena no puede establecer una pena inferior a un límite mínimo.

Establecer un marco penal se basa en un acto de valoración legislativa, que sólo hasta cierto límite puede ser fundamentado de manera racional. Qué sanción es adecuada para un delito de forma abstracta o concreta y donde hay que poner límites a una amenaza penal respetuosa con la constitución, depende de una multitud de valoraciones. La constitución concede al legislador un margen amplio en cuanto a la regulación de amenazas penales. Esto es considerado por el Tribunal Constitucional en cuanto a la revisión del contenido de amenazas penales. *Sólo puede constatar una infracción del principio de culpabilidad o del principio de proporcionalidad si la regulación legal, tomando como referencia la idea de la justicia, lleva a resultados totalmente insostenibles.* Para impedir sanciones desproporcionadas por regla general será suficiente con que el legislador le otorgue la posibilidad al juez en el momento de la fijación de la pena de imponer una sanción adecuada acerca de su culpa dentro de un marco penal correspondiente.”¹¹

Resumo: El principio de culpabilidad, la garantía de la dignidad humana, el principio del Estado de Derecho, y el principio de proporcionalidad son muy importantes. Pero el TCFA solo controla que el legislador no actúe de una manera arbitraria.

¹¹ BVerfG, 2 BvL 8/11 de 15 de Marzo de 2012, apartados 45 et seq.

B) Ejemplo

Déjenme presentarles todo eso tomando como ejemplo el caso en cuya sentencia el Tribunal Constitucional falló en contra de la doctrina del bien jurídico en 2008. Un caso que es interesante también porque se refiere a la constitucionalidad del incesto, acerca de la cual también se han pronunciado el Tribunal Constitucional colombiano y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos:

De acuerdo con el art. 173 del Código Penal los hermanos biológicos que tengan relaciones sexuales, serán sancionados con pena de prisión de hasta dos años o una multa. Los padres de B, nacido en 1976, y su hermana K, nacida 1984 se divorciaron poco tiempo antes del nacimiento de K. En 1983 B, a la edad de siete años fue adoptado por sus tutores y adquirió sus apellidos. Desde entonces, no tuvo contacto con su familia biológica. Años después, en el 2000 entró en contacto con su madre biológica a través de la oficina juvenil del estado y conoció a K, de cuya existencia no sabía nada hasta entonces. B y K comenzaron una relación en el año 2001 de la cual surgieron cuatro hijos. El Tribunal de Distrito condenó a B a una pena de prisión de un año y cuatro meses por haber tenido relaciones sexuales con familiares; las apelaciones no tuvieron éxito. El Tribunal Constitucional falló en su sentencia que el art.173 del Código Penal no es inconstitucional.

El Tribunal Constitucional tomó su decisión planteándose dos cuestiones:

Primero: ¿La prohibición del incesto entre hermanos persigue una finalidad legítima? Constitucionalmente tendría que plantearse si las posibles finalidades son simplemente irracionales o no pueden ser defendidas por el legislador debido a que por ejemplo son inconstitucionales. El Tribunal Constitucional concluye que el legislador

“no sobrepasa su ámbito de discrecionalidad, debido a que tiene en consideración, 1) la preservación del orden familiar que se ve amenazado por los efectos dañinos del incesto; 2) la protección del menor en una relación incestuosa; 3) la evasión de enfermedades genéticas graves a causa de una relación incestuosa; y 4) que en la sociedad existe un tabú consagrado sobre la criminalización del incesto.”¹²

Se puede discutir muchísimo sobre los pros y contras de estos objetivos. Y de hecho se pueden encontrar argumentos buenos e incluso excelentes en contra de cada uno de estos razonamientos, por ejemplo, que la eugenesia puede ser un tabú para el legislador a causa de nuestra historia alemana. Pero no se deben mezclar la política criminal, el Derecho penal y el Derecho constitucional. Lo único que cuenta es el punto de vista constitucional: ya que todos estos argumentos no están

¹² BVerfGE 120, 224 (243).

en posición alguna de privar al legislador de su competencia para proteger los intereses antes mencionados mediante el derecho penal.

En segundo lugar uno tiene que preguntar también: ¿No muestra este caso excepcional que muchas de las finalidades protegidas quedan vacías porque estos dos hermanos biológicos no crecieron juntos (por lo que no se aplica el tabú psicológico individual y social), y que los dos se encontraron después de 17 años y tuvieron relaciones sexuales plenamente consentidas? En un nivel constitucional la pregunta correcta es: ¿No se está violando la prohibición de exceso, si el legislador no ha pensado en el contexto de este caso concreto o si no ha establecido reglas explícitas para ello? Esta pregunta conduce directamente a mi siguiente tema, es decir, la necesidad de controlar el ámbito de regulación de las leyes penales: ¿Tiene el legislador la obligación constitucional de establecer reglas materiales distintas que dejen fuera del tipo penal ciertos casos concretos? *Hassemer*, quien a su vez fue juez del Tribunal Constitucional, en una brillante opinión disidente postuló esta obligación del poder legislativo.¹³ Sin embargo no pudo imponer su tesis. La mayoría consideró que (1) la legislatura puede delegar a la jurisprudencia las sentencias justas y equitativas en los casos concretos; y (2) que los marcos penales y posibilidades procesales son ya suficientes.¹⁴ – Pienso que el Tribunal Constitucional tiene razón en abstracto: Aunque sería deseable que el legislador eliminara explícitamente situaciones típicas que no pueden ser punibles (por ejemplo, retirándolas completamente del tipo penal), constitucionalmente no está obligado a hacerlo.

La Corte Europea de los Derechos Humanos (CEDH) se mostró de acuerdo con esta valoración y no consideró que el tipo de incesto fuera una violación del art. 8 CEDH, o sea del derecho al respeto a la vida privada.¹⁵ La Corte sentenció que una sanción penal que afecta el art. 8 CEDH requiere la justificación de una necesidad social imperativa. Si está afectado un aspecto especialmente importante de la vida privada o de la propia identidad, los Estados miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos sólo gozan de un margen de valoración limitado. Si los Estados miembros quieren entrometerse en la vida sexual de un ciudadano, deben alegar razones muy convincentes para justificarlo. Sin embargo el margen de valoración es más amplio si no existe un consenso básico europeo acerca de cómo tratar un caso jurídicamente. Esto tiene todavía más validez si como, por ejemplo en cuanto al trato del incesto, están en entredicho cuestiones morales o éticas.

¹³ BVerfGE 120, 224 (255 et seq.).

¹⁴ BVerfGE 120, 224 (238).

¹⁵ CEDH, Caso 43547/08 (*Stübing vs. Alemania*).

La Sentencia C-241/12 del Tribunal Constitucional Colombiano siguió una lógica similar estableciendo que:

“dentro de los límites generales que el ordenamiento constitucional impone al legislador en materia penal, existe un amplio espacio de configuración legislativa en orden a determinar qué bienes jurídicos son susceptibles de protección penal, las conductas que deben ser objeto de sanción, y las modalidades y la cuantía de la pena. [...] El control constitucional [...] es más un control de límites de la competencia del Legislador, con el fin de evitar excesos punitivos.”

C) Discusión

Son preguntas muy controvertidas si la constitucionalización de los fundamentos del Derecho penal, o sea la sustitución de doctrinas jurídico-penales clásicas por consideraciones de oportunidad constitucional son “ciertas o equivocadas”. Basta con añadir tres consideraciones breves:

Primero: La constitucionalización de la legislación penal demuestra los fundamentos político-criminales del Derecho penal. Esto está bien y es importante. Porque las doctrinas y los principios tradicionales del Derecho penal (quiero recordar el bien jurídico) pretenden sostener el mito, que sobre la política criminal se puede discutir de forma jurídico-penal o en categorías neutrales y apolíticas. Al contrario, el Derecho constitucional puede destapar terrenos inciertos, porque desde siempre tiene la función de un puente entre la política criminal estatal (y no sólo legislativa, sino sinceramente también ejecutiva y judicial) y el Derecho de rango inferior. La constitucionalización de los fundamentos del Derecho penal puede contribuir a democratizar la discusión sobre el derecho penal y conllevar a un mayor grado de transparencia.

Segundo: La constitucionalización de la legislación penal nos enseña una carencia de la ciencia penal alemana: falta una doctrina de la legislación penal realista que se enfrente a las realidades políticas, que pueda unir elementos descriptivos y prescriptivos - una ciencia político-criminal. Sólo ésta nos puede informar sobre la legitimidad de leyes penales y si éstas son llevadas a cabo de forma legítima, por ejemplo si el legislador ha reflexionado suficientemente sobre el tipo penal y si su decisión de tipificar se basa en consideraciones convincentes (la llamada “evidence based criminal policy” en inglés). La parte filosófica de la dogmática penal alemana ha de ser complementada por una parte político-criminal, para entender mejor los fundamentos del Derecho penal en la realidad.

Tercero: Esto me lleva a una valoración final de la sentencia sobre el delito del incesto del TCF. Por un lado, creo que el Tribunal Constitucional mostró "restricción judicial" y resolvió la cuestión constitucional de forma correcta, es decir, afirmando que el art. 173 del Código Penal Alemán no es inconstitucional.

Por otro lado, creo que los tribunales ordinarios en este caso han decidido erróneamente. En una situación especial como esta podría – o incluso debería - no aplicarse la pena. Esto no es una contradicción, sino que ilustra que la crítica debe dirigirse a los tribunales ordinarios, que dictaron un fallo de forma ciega, sin tener en cuenta el derecho constitucional a la privacidad del condenado. ¿Por qué no se constató que era caso de menor gravedad? ¿Y por qué fue impuesta y ejecutada una pena de más de un año de prisión?

Por otra parte, la crítica también debe realizarse a la estrategia de la defensa, llevada adelante sobre todo por científicos. Yo pregunto: ¿Por qué se atacó el tipo penal en abstracto? ¿Y por qué no se atacó la aplicación del tipo en concreto? Un Tribunal Constitucional, obligado a imponerse al legislador, mostrará más tendencia a criticar a un tribunal ordinario por no haber respetado la constitución en un caso concreto que al legislador, que aprobó una ley penal abstracta y delegó a los tribunales la tarea de dejar que reine la justicia en el caso concreto.

3. La constitucionalización del Derecho penal vigente – ¿cuáles son los márgenes y los límites de la aplicación del Derecho penal constitucionalizado?

La constitucionalización de la parte general del Derecho penal no sólo afecta al legislador, sino también - hasta de manera prioritaria - la práctica estatal de la administración de la justicia penal, es decir la policía, la fiscalía y los juzgados penales. ¿Cuáles son los márgenes y los límites de una aplicación constitucionalizada del Derecho penal en Alemania? Quiero mencionar brevemente tres grandes líneas generales de la evolución, que están estrechamente vinculadas a la parte general.

Primero: En Alemania, aparte del concepto del Derecho penal de acto con su férreo principio de culpabilidad, va ganando protagonismo el derecho penal de autor, que no reconoce la culpa como límite de la sanción. *Segundo:* El principio de legalidad conlleva una corrección de la jurisprudencia de los tribunales penales por parte del Tribunal Constitucional. *Tercero:* La intrusión del Tribunal Constitucional en la jurisprudencia de los tribunales penales causa un conflicto entre la legalidad constitucional y la practicabilidad.

A) La delimitación del Derecho penal de hecho y la limitación constitucional del Derecho penal de autor

La pena requiere culpa (nulla poena sine culpa). Este principio de culpabilidad es destacado en la ciencia desde siglos y realzado por el Tribunal Constitucional durante los últimos años. Esto sin embargo es una declaración solo hacia afuera. Si una se fija bien, no exige siempre la culpa del autor para que actúe la justicia penal

y se le imponga una sanción. Aparte del Derecho penal de acto en Alemania hace tiempo que existe también en ciertas circunstancias el Derecho penal de autor. Lo que se sanciona es el peligro de un autor, denominándolo en términos dogmáticos sutilmente “sanción” y no “castigo”. La comisión de un delito sólo es la ocasión aprovechada para la sanción judicial penal, sobre todo para la custodia de seguridad (“Sicherungsverwahrung”; una custodia preventiva). Al autor se le impone un sacrificio especial. Queda privado de su libertad, porque en un futuro posiblemente o probablemente cometerá un delito. Esta custodia preventiva se considera un medio legítimo para la protección de la sociedad, como defensa social.

Según el art. 66 par. 1 Código Penal Alemán un tribunal ordena aparte de la pena la custodia de seguridad cuando (inter alia)

el autor haya sido condenado a una pena privativa de libertad de dos años mínimo por un hecho punible doloso dirigido contra la vida, la integridad física, la libertad personal o la autodeterminación sexual.

el autor por tales hechos punibles dolosos cometidos con anterioridad al nuevo hecho haya sido condenado dos veces a una pena privativa de la libertad de dos años mínimo,

el autor haya cumplido por lo menos dos años de pena privativa de la libertad por uno o varios hechos antes del nuevo hecho, o cuando se haya encontrado cumpliendo una medida de privación de libertad de corrección y seguridad; y,

de la valoración en conjunto del autor y de sus hechos resulte que como consecuencia de su inclinación para cometer hechos antijurídicos relevantes, especialmente aquellos en los que la víctima resulte perjudicada gravemente psíquica o corporalmente, es peligroso para la comunidad.

La custodia de seguridad no tiene, en principio, límite temporal.

El TFCA¹⁶ en general considera todo esto, o sea la defensa social como objetivo de la justicia penal, como constitucional y compatible con los Derechos humanos. Sin embargo, como reacción a una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el TCFA ha corregido y ha limitado la práctica de la custodia de seguridad y por lo tanto del Derecho penal de autor acerca de dos aspectos:

Primero: En una decisión espectacular del año 2011 el TCFA aprovechó la práctica de la custodia de seguridad tradicionalmente ajena a terapias para declarar inconstitucional la reciente regulación legal, que permitía imponer esta medida

¹⁶ BVerfGE 128, 326.

también contra ladrones o estafadores notorios o hasta contra personas que a menudo cometían delitos de tráfico (conducir en estado de embriaguez o bajo la influencia de drogas). La razón de esta sentencia fue que en la práctica casi no existían diferencias entre la custodia de seguridad y la ejecución de penas, entre prevención y represión, entre el derecho penal de autor y el derecho penal de acto. Se podría decir, que después de que un condenado cumpliera su pena, simplemente se cambió el letrero delante de su celda, en el que primero ponía “preso” y después “custodia de seguridad”. El TCFA no estuvo de acuerdo con esta práctica y ordenó al legislador a regular la privación de libertad de forma claramente diferente (precepto de diferencia) y que la custodia de seguridad estuviera guiada por la idea de recuperar la libertad. Esto requiere un plan de terapias para minimizar los peligros del condenado, para así limitar la duración de la privación de libertad a lo absolutamente necesario. El legislador ha reaccionado con la aprobación del art. 66 *et seq.* Código Penal Alemán.

Lo que es interesante es como una aplicación práctica inconstitucional tenga efectos acerca de la cuestión de si la norma en sí es constitucional: Si un déficit en la ejecución de la norma - en nuestro caso el hecho de que se tratara igual la ejecución penal y la custodia de seguridad, lo que viene a ser Derecho penal de acto y Derecho penal de autor - es sistemático, puede ser atribuido al legislador porque éste no lo impide. Como consecuencia, excepcionalmente, una práctica inconstitucional puede causar la inconstitucionalidad de las leyes.

Segundo: Aunque – en un segundo paso – se diferencie legalmente y en la práctica entre una ejecución de penas ajena a las terapias y la custodia de seguridad terapéutica, antes – en un primer paso – surge el problema de a qué ofensores puede serle impuesto el sacrificio especial de la custodia de seguridad para proteger a la sociedad. La respuesta teórica, de que sólo delincuentes especialmente peligrosos pueden ser privados de su libertad de esta forma es muy delicada en la práctica, porque ese peligro se basa en un pronóstico. Según estiman algunos expertos, en más de la mitad de los casos de personas en custodia de seguridad se trata de víctimas del pronóstico, lo que quiere decir que la probabilidad de reincidencia pronosticada en realidad no existe.¹⁷ El TCFA se esfuerza por resolver este problema mediante exigencias más elevadas para pronósticos judiciales y dictámenes psiquiátricos. Sin embargo el Tribunal Constitucional menciona que “las inseguridades del pronóstico no eliminan ni la idoneidad ni la necesidad de una privación de libertad. Los pronósticos siempre contienen el riesgo de un pronóstico falso, pero en el derecho son indispensables.”¹⁸

¹⁷ Cfr. ZIMMERMANN, en: *HRRS* 2013, 168 con más referencias.

¹⁸ BVerfGE 109, 133 (158).

El pronóstico es y seguirá siendo imprescindible como base para la protección de peligros, aunque en el caso concreto sea deficiente. El TCFA de esta forma acepta víctimas del pronóstico, pero muestra empeño para que haya pocas. Tengo mis dudas sobre si esto es suficiente en abstracto y si es aplicado de forma correcta en concreto.

B) El control constitucional judicial de los tribunales penales ajenos a la constitución

El derecho penal ha de ser interpretado conforme a la constitución, una norma constitucional deja inaplicable normas de rango inferior. Para la teoría del derecho moderna constitucionalizada estas frases son obvias. Sin embargo rompen con el solipsismo de una dogmática penal preconstitucional. Que el Derecho penal vigente sea aplicado conforme a la constitución es valorado y revisado por el Tribunal Constitucional. La práctica ante todo debe prestar atención a que los derechos fundamentales del imputado sean protegidos, o sea que la aplicación del Derecho penal no pueda suponer una intromisión en los derechos fundamentales del imputado sin justificación en el caso concreto, sobre todo no una intromisión desproporcionada.

Un ejemplo concreto puede ser el conflicto, y es un conflicto, entre los tribunales penales y el Tribunal Constitucional acerca de la punibilidad de las “sentadas” como coacción. ¿Comete el delito de coacción quien para manifestarse por fines políticos de forma no violenta, bloquea el acceso a un cuartel militar durante unas horas sentándose delante de la entrada, para que la policía tenga que llevárselo para liberar la entrada, sin que el manifestante oponga resistencia a la acción policial?

Esta pregunta ha llenado bibliotecas y ha producido una gran cantidad de sentencias. Basta con mencionar dos aspectos:

Primero: La discusión se centró durante años y décadas sin razón en si una sentada pacífica podía ser considerada como violencia en el sentido legal. Porque – como dice el art. 240 Código Penal Alemán – quien coaccione a una persona (por ejemplo a un soldado que quiera entrar con un vehículo en el cuartel) antijurídicamente (acerca de este elemento más tarde) con violencia a una acción, tolerancia u omisión (la conducta de tener que frenar para no atropellar a los manifestantes) será castigado con pena privativa de la libertad o con multa.

Hay diferentes opiniones sobre si una sentada es violencia.¹⁹ Los tribunales penales lo confirmaron argumentando que quien creaba un obstáculo psíquico usaba

¹⁹ Cfr. cada manual actual sobre la Parte Especial del Derecho penal alemán, p. ej. WESSELS/HETTINGER, *Strafrecht Besonderer Teil 1*, 36ª ed., 2012, apartados 383 et seq.

violencia. Este concepto de violencia psíquico sin embargo ha sido denegado por el Tribunal Constitucional, porque no era conforme al sentido literal de la norma, la violencia debía causar un efecto físico en la víctima. Eso no quisieron aceptar los tribunales inferiores y crearon una nueva construcción dogmática: el primer conductor al que se enfrentaban los manifestantes sentados sí podía atropellarlos, pero no quería (psíquicamente). En cuanto a él, la coacción es impune. Pero para un conductor detrás de este primer conductor, existe un obstáculo físico en forma del primer vehículo. Los manifestantes utilizan al primer conductor como un instrumento para frenar a los demás vehículos. El manifestante por lo tanto es un autor mediato que practica la violencia física mediante los demás conductores. Esta llamada “jurisdicción de la segunda fila” suena artificial - y lo es. Pues, la jurisdicción de segunda fila demuestra la desobediencia dogmática de los tribunales inferiores ante al Tribunal Constitucional.

El TFCA aceptó esta sutileza dogmática en 2011 criticando otra aplicación del tipo de coacción por los tribunales penales y por la ciencia.²⁰

Segundo: En la discusión durante mucho tiempo no se ha considerado lo suficiente que la controversia sobre el concepto de violencia (física o psíquica) no prejuzga la punibilidad de las sentadas. Porque el tipo de la coacción es caracterizado por una peculiaridad dogmática; el tipo no indica la antijuricidad, si una conducta es antijurídica, por ejemplo si una sentada supone un desvalor prohibido y social, depende de una ponderación. Solo es antijurídica cuando la utilización de la violencia se puede considerar como reprochable. Esta cuestión debe ser solucionada teniendo en cuenta la constitución, sobre todo la libertad de opinión y la libertad de reunión. Esto es obvio, pero ha sido ignorado durante décadas por parte de la ciencia y los tribunales penales y hace poco, concretamente en 2011, ha sido corregido por el TCFA.²¹

- En la medida en la que la ciencia y los tribunales inferiores sostienen que los manifestantes no pueden remitirse a la libertad de reunión, porque su conducta quiere llamar la atención pública, ignoraron el ámbito de protección de la libertad de reunión. El hecho de que una sentada sirva para la formación de la opinión pública, por ejemplo para la protesta contra la intervención de los Estados Unidos en Iraq, precisamente la convierte en una reunión. Este fin político en contra de la opinión de los tribunales penales y la ciencia no excluye que el imputado se remita a la libertad de reunión, más bien lo justifica.

- En la medida en la que la ciencia y la jurisdicción argumentaron y siguen argumentando con que una manifestación no puede cambiar la alta política

²⁰ BVerfG, 1 BvR 388/05 de 7 de Marzo de 2011.

²¹ Cfr. BVerfG, 1 BvR 388/05 de 7 de Marzo de 2011.

directamente y que la manifestación no puede conseguir su fin de comunicación, esto se basa en una equivocación. Porque la medida de una manifestación no sólo se refiere comunicativamente a un fin de la manifestación, si la reunión se produce en un lugar en la que políticos se hallan actualmente o tienen al menos su sede institucional.

- En la medida en que la ciencia y la jurisprudencia quieren reservar la valoración de fines políticos para la fijación de la pena, ignoran que el objetivo de la comunicación política es lo que importa al respeto del derecho fundamental de reunión. Por eso hay que considerar los fines políticos protegidos por este derecho en el contexto para definir si una conducta es reprochable. De hecho y en consecuencia, el TCFA introdujo que sentadas políticas y pacíficas normalmente son impunes.

Para concluir, el TCFA establece exigencias especiales para la protección de la libertad de opinión y la libertad de reunión. Exige de los tribunales penales una aplicación del derecho conforme a la constitución y deniega dogmas ajenos a la constitución. Para que los derechos fundamentales desplieguen todos sus efectos, los tribunales mediante una ponderación intensa deben constatar si una manifestación es reprochable y por lo tanto antijurídica. Los elementos de la ponderación serán la duración y la intensidad de la acción, el anuncio previo, las posibilidades de evitar la sentada a través de otras entradas, la urgencia del transporte bloqueado, pero también la relación entre la libertad de movimiento de la persona afectada y el tema de la manifestación. La relevancia de circunstancias específicas de la manifestación con vista al fin comunicativo de ésta debe determinarse sin que el tribunal valore si este fin es útil y valioso o si lo desaprueba. El Tribunal Constitucional revisa si el procedimiento de ponderación contiene fallos relevantes en el caso concreto, que se basan en una interpretación incorrecta de la relevancia y el ámbito de protección de garantías fundamentales. Si este es el caso, el Tribunal Constitucional revoca la sentencia y remite el proceso a los tribunales penales. Con lo cual, el control constitucional de la administración de la justicia penal mediante el Tribunal Constitucional puede corregir desarrollos falsos y contribuir a una administración de la justicia penal más liberal y más respetuosa con los derechos fundamentales.

C) El balance frágil entre legalidad constitucional y practicabilidad

Nullum crimen, nulla poena sine lege certa: el derecho penal debe ser suficientemente determinado y preciso. Para finalizar mi exposición quiero tratar este principio de determinación o taxatividad del derecho penal sustantivo. Es un principio clásico y fundamental y supuestamente general en el Derecho penal. No obstante: Al respecto de esta generalidad, tengo dudas. De hecho, este principio

demuestra que el balance entre la legalidad constitucional y la practicabilidad de derecho penal real está muy frágil. Basta con mencionar dos ejemplos:

Primero: Al menos en Alemania no se puede decir que el principio de la determinación se refiera a todo el Derecho penal. En lo esencial se refiere a los tipos penales, o sea a la parte especial en el sentido dogmático, pero no – en la realidad – se aplica a los principios generales de imputación (concepto de acción, causalidad, imputación objetiva, dolo, antijuricidad y culpabilidad), o sea a la parte general en el sentido dogmático. En Alemania estos principios generales de imputación están escasamente regulados. Por ejemplo, el art. 15 Código penal alemán se contenta con la frase de que solo es punible una conducta intencional y de que una conducta imprudente únicamente es punible si existe una regulación especial. Lo que se debe entender bajo estos conceptos no está explicado. Porque el legislador, con la aprobación del Tribunal Constitucional, ha delegado la definición de estos conceptos a la práctica y la ciencia.

Al margen solo quiero comentar: ¿Por qué confiaba el legislador en la ciencia y la jurisprudencia para darle vida a las reglas generales de la imputación? De forma algo provocadora quiero responder: Porque un legislador pragmático no tiene gran interés en regulaciones de la parte general. Esto es así, porque el legislador tanto nacional como internacional, los detalles de la imputación, o sea los detalles de la punibilidad, los puede regular en la parte especial. Al legislador no le importan tanto las doctrinas generales de imputación, sino los criterios especiales de imputación, que puede variar dependiendo del área del derecho penal, (por ejemplo, derecho penal general, derecho penal económico, derecho penal del terrorismo etc.). Hay incontables ejemplos: Problemas de la causalidad y de imputación objetiva se evitan con la introducción de delitos de peligro abstracto o concreto. La impunidad de hechos de preparación – una impunidad que frecuentemente ya es estilizada como un principio fundamental del derecho penal alemán – se evita mediante la introducción de delitos que penalicen incluso la preparación. Y problemas difíciles en el ambiente de autoría y participación se evitan con la descripción de conductas especiales en el tipo que son penalizadas individualmente o que tienen un efecto agravante (por ejemplo el líder o el maquinador de una organización terrorista, del artículo 129a Código Penal Alemán). Las rupturas entre las reglas generales de la parte general y las reglas especiales de la parte especial demuestran una disminución latente de las primeras. Este diagnóstico se simboliza en que no se aplica el principio de taxatividad en la parte general, al menos no de manera consecuente.

Segundo: ¿Qué significa el principio de determinación en el marco de los tipos penales? Debería tener dos significados en la teoría: por una parte debe asegurar que el legislador democrático decida de forma abstracta y general sobre la punibilidad. Por otra parte en un Estado de Derecho se trata de la protección del

ciudadano: Debe poder prever qué conducta está prohibida y sancionada. El principio de determinación tiene la función de garantizar la libertad.

La realidad por supuesto es diferente. Hasta se podría decir que el derecho penal en ciertas áreas (no en forma integral, pero en ciertas áreas), ha de ser hasta cierto punto indeterminado, sobre todo el derecho penal económico. La práctica debe reaccionar flexible frente a supuestos de hecho que ex post parecen punibles, pero ex ante no estaban previstos detalladamente y con lo cual no pudieron ser codificados por el legislador. El fondo de esta tesis es muy simple: Cuanto más claro y determinado un tipo penal, más fácil es para delincuentes económicos esquivar el derecho penal. En la criminología esto se llama “creative compliance” y se debe impedir.

Eso puede sonar herético, pero corresponde con la realidad del derecho penal económico alemán. Para la lucha contra la delincuencia económica existe una multitud de delitos muy específicos. En la práctica sin embargo se aplican sobre todo los delitos típicos de la estafa y de la administración desleal (“Untreue”). Defensores y fiscales siempre consideran aplicables estos delitos, por supuesto con diferentes intenciones, o sea que “siempre van bien” los delitos muy amplios.

¿Pero esto no supone una infracción del principio de determinación? No, según el TCFA, que acerca del delito de administración desleal lo justifica así:

“El legislador debe ser capaz también en el derecho penal de dominar la variedad de la vida. Si siempre tuviese que tipificar un delito hasta el último detalle en vez de limitarse a lo esencial como los elementos típicos y el tipo y la medida de la sanción, existiría el peligro de que las leyes fuesen demasiado inflexibles y casuísticas y que no pudiesen satisfacer las exigencias de un cambio de las circunstancias o de las peculiaridades de un caso concreto.”²²

Esta argumentación obviamente pone en peligro el principio de determinación legislativo. Para compensar este hecho, el tribunal constitucional extiende el principio de determinación a la jurisprudencia.

“La jurisprudencia debe disipar si es posible vaguedades en el ámbito de aplicación de una norma precisando y concretizándola mediante la interpretación (precepto de concreción). Este deber goza de una importancia especial acerca de tipos, que han sido redactados por el legislador de manera muy amplia. Precisamente en constelaciones, en las que el destinatario de una norma solo puede ver la posibilidad de una sanción y en las que solo mediante una jurisprudencia constante puede obtener una base fiable para interpretar y

²² BVerfGE 126, 170 (195).

aplicar el tipo penal, los tribunales tienen una obligación especial a colaborar acerca de la previsibilidad de los requisitos de la punibilidad.”²³

Quiero añadir, que también existió una motivación político-judicial para esta introducción de un *principio de determinación* (no legislativo, pero) *judicial*. Porque el TCFA finalmente decide sobre la determinación de un tipo penal y le corresponde revisar las concreciones de los tribunales penales.

“Acerca de la revisión constitucional de que si los tribunales penales han cumplido con el principio de determinación judicial, el tribunal constitucional no se limita a un control de si la decisión es justificable. Tanto sobrepasar el límite de un tipo penal como perfilar y precisar su contenido se refieren a la decisión [legislativa como judicial] sobre la punibilidad. Para aclarar cuestiones correspondientes que se planteen el tribunal constitucional es competente.”²⁴

Esto demuestra que la constitucionalización de la administración de la justicia penal conlleva un aumento de la importancia del tribunal constitucional en el marco de la administración de la justicia penal.

D) Discusión

Los ejemplos antes mencionados ilustran que no solo la constitucionalización de la legislación del Derecho penal es problemática. También la constitucionalización de la práctica del derecho penal exige discusiones intensivas sobre una integración de la lógica del Derecho constitucional dentro la lógica del Derecho penal y dentro la dogmática del Derecho penal. En cuanto a eso, quiero acabar con tres consideraciones:

Primero: La constitucionalización de la administración de la justicia penal práctica causa una apertura cognitiva y operativa de un sistema anteriormente cerrado, es decir de un derecho penal y de una ciencia penal que se desarrollan con autoreferencias en vez de mirar más allá de sus propios límites. El derecho constitucional nacional y el derecho internacional de los derechos humanos al igual que los tribunales constitucionales no forman parte de la administración de la justicia penal. Eso permite un control constitucional y por lo tanto externo de desarrollos penales internos y una reflexión sobre racionalidades propias del derecho penal. Tribunales constitucionales o internacionales rompen con un derecho penal cerrado desde fuera. Así se pueden corregir evoluciones erróneas, sobre todo si un sistema de justicia criminal no es capaz de sanarse, sobre todo acerca de estados inconstitucionales o contrarios a los derechos humanos. En realidad: El sistema de justicia criminal alemán parece que no es totalmente capaz

²³ BVerfGE 126, 170 (195 et seq.).

²⁴ BVerfGE 126, 170 (199).

de reformarse solo, así que un control de tribunales ajenos es indispensable. Por otra parte, un control externo provoca naturalmente reacciones de defensa, y no solo por vanidad. En parte está justificado en que el derecho constitucional no satisface las necesidades de la administración de la justicia penal real. Si el control se efectúa desde fuera del ordenamiento jurídico, por ejemplo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se reclama muy rápido y con mucho patetismo la soberanía nacional y se critica que la constitucionalización del derecho penal vulnera la cultura jurídico-penal.

Segundo: Una constitucionalización del derecho penal no ha de ser sinónimo de una limitación garantista o liberal del derecho penal. Influencias externas pueden también causar una pérdida de límites, declarando obsoletas o no ordenadas por la constitución peculiaridades legales de la administración de la justicia penal. Sólo quiero recordar la custodia de seguridad alemana.

Tercero, y concluyendo, la constitucionalización de la administración de la justicia penal a mi juicio ha de ser examinada a la luz de razones dogmáticas y político-criminales. Un análisis crítico del fenómeno de constitucionalización podrá averiguar lo que no puede o no quiere entender una filosofía penal ocupada con autoreferencias. El derecho penal evoluciona, los objetivos y los fines del derecho penal cambian y sobre todo este cambio también afecta los principios generales y las doctrinas de la parte general.