

La constitucionalización de la materia penal en Alemania

Klaus Tiedemann

Sumario: I. Introducción; II. Fundamento teórico de la relación entre derecho constitucional y derecho penal; III. Concepto de derecho penal y noción de pena; IV. Las sanciones; V La parte general del derecho penal; VI. Competencia legislativa; VII. El procedimiento penal; VIII. Resumen.

I. Introducción

(p. 59) La influencia del derecho constitucional y, sobre todo, de las normas constitucionales garantizadoras de los derechos humanos, ha sido notable durante los años siguientes a la puesta en vigencia de la Ley Fundamental alemana de 1949 y, particularmente, desde la creación del Tribunal Constitucional Federal (TCF) en 1951. Mientras que las Constituciones alemanas anteriores, así como la Declaración francesa de derechos humanos de 1789, se dirigían sólo a los legisladores y no tenían un carácter político, la Ley Fundamental introdujo "catálogos" de garantías individuales destinadas a ser self-executing, limitando de modo directo y, en sentido jurídico, todos los poderes del Estado.

De la misma manera que en Italia, España y Francia, la puesta en marcha y la realización de este vasto y nuevo programa constitucional mediante la jurisprudencia constitucional ha sido difícil. Esto se ha debido no sólo a la falta de tradición en la materia, sino también porque, tanto en relación con los valores e intereses como con la diferencia de grado de abstracción de los **(p. 60)** principios y de las reglas de derecho, el derecho constitucional y el derecho ordinario o "simple" constituyen dos niveles diferentes. Dada la tensión entre los valores supremos y las necesidades cotidianas, resulta frecuentemente complicado determinar la influencia de los principios constitucionales sobre la interpretación del derecho común. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional alemana, salvo pocas excepciones, se ha mostrado bastante prudente en la medida que se ha limitado a controlar los excesos del legislador en materia de derecho común. Al respecto es de recordar que el Tribunal Constitucional tiene la facultad de declarar nula toda norma jurídica contraria a la Constitución, mientras que los tribunales "normales" sólo están facultados a declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones jurídicas estatuidas antes de 1949 (además de solicitar al TCF que se pronuncie sobre normas posteriores comportando una cuestión prejudicial para el procedimiento ordinario)¹. Todos los tribunales alemanes tienen el derecho y el deber de interpretar el derecho ordinario "de acuerdo con la Constitución" y esto para evitar, en lo posible, la declaración de inconstitucionalidad².

En los procesos complejos de concretar y aplicar el derecho constitucional, la jurisprudencia como la doctrina se refieren a toda la "materia penal". De esta manera, utilizamos una expresión convenientemente empleada por la Convención europea de derechos humanos de 1950, cuyas garantías conciernen tanto el derecho penal material, el derecho procesal penal, el

¹ Sobre el procedimiento del TCF, ver: Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht : Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 2a. ed. 1991.

² Respecto a este método, ver: Spanner, Archiv des öffentlichen Rechts vol. 91 (1966), p. 503 ss.; Haak, Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters, 1963..

derecho penitenciario y las sanciones, como las infracciones administrativas y el procedimiento correspondiente.

En las consideraciones que siguen, se intenta describir un cuadro provisional, pero bastante completo, de la influencia del derecho constitucional sobre el conjunto de la materia penal. No se presentaran sin embargo las cuestiones particulares, las discusiones (p. 61) y los detalles respecto a los cuales nos remitimos a la bibliografía especializada.

En cuanto a los textos, la Ley Fundamental establece en sus arts. 101 y ss., un catálogo de derechos humanos referidos sobre todo al derecho procesal penal (prohibición de tribunales de excepción, derecho al juez legal, derecho a ser escuchado en justicia, el principio non bis in idem, habeas corpus, la prohibición de tratamientos inhumanos, el principio nullum crimen, nulla poena sine lege). Una gran parte de estas garantías se explica como una reacción contra los excesos del régimen nazi que abolió, entre otras, la prohibición de la analogía en derecho penal, la prohibición de la retroactividad de la ley penal, etc.

Al lado de estos específicos derechos fundamentales orientados a la justicia penal, se ha establecido, en los arts. 1 a 19 de la Ley Fundamental, un catálogo de derechos fundamentales generales más amplio. Los mismos que se aplican en materia penal con dificultades de interpretación más o menos grandes: dignidad de la persona, derecho al libre desarrollo de la personalidad, igualdad ante la ley, libertad de creencia, de conciencia y de religión, libertad de expresión, de prensa y de información, derecho de reunirse de manera pacífica y sin armas, libertad de circulación, derecho a la resistencia. A éstos, se agregan, de un lado, la protección - como derechos fundamentales - de ciertas instituciones como la familia, la propiedad, la nacionalidad, el domicilio y, de otro lado, la libertad de profesión, de constituir sindicatos, de correspondencia, etc.

Fuera de estos derechos fundamentales, ciertos principios generales de orden constitucional son de importancia primordial. Se trata, sobre todo, del principio del Estado de Derecho. Principio que ha permitido al TCF, por vía de interpretación, a reconocer el principio de proporcionalidad (fundamental en procedimientos penales y en materia de sanciones) y el principio de culpabilidad que excluye toda forma de responsabilidad material u objetiva, de presunción de responsabilidad y todo esto también en materia penal administrativa.

(p. 62) II. Fundamento teórico de la relación entre derecho constitucional y derecho penal

Este fundamento teórico es discutido desde diversas perspectivas:

De acuerdo con la idea de la unidad del orden jurídico las diversas ramas del derecho no deben contradecirse. Un efecto más bien positivo de interpretación del derecho "simple" en consideración de las decisiones contenidas en el derecho constitucional es producido por la imagen propuesta por la Escuela de Viena (Kelsen, Merkel): el derecho se forma progresivamente por grados, de manera escalonada, de modo que la Constitución es la norma suprema; la misma que constituye la razón de existir de la norma ordinaria, influenciando por esto su contenido³. Algunos autores parten más bien de la idea que la ley penal es una ley de ejecución de la Constitución, lo que parece dudoso en el orden jurídico alemán que ha codificado de manera más o menos autónoma el derecho material y el formal (contrariamente a lo que sucede en los EE UU). Ahora bien, el TCF ha aceptado ampliamente la doctrina del constitucionalista Konrad Hesse sobre el efecto recíproco y la necesidad de una concordancia práctica entre la Constitución y el derecho ordinario. No sólo los derechos constitucionales influyen mediante la garantía de la libertad de expresión, el derecho penal, así, por ejemplo, en materia de injurias; sino que la existencia del derecho penal, en consecuencia la tipificación los

³ Ver Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht (1969), p. 25 y ss., con referencias bibliográficas.

delitos, influye y limita las garantías constitucionales⁴. Lo que supone un método de ponderación recíproca de valores e intereses. Método que lleva sin duda a juicios frecuentemente vagos, poco previsibles; lo que perjudica la idea de seguridad jurídica, especialmente, en materia procesal donde, en la práctica, medidas, que implican limitaciones de los derechos fundamentales, deben ser tomadas rápidamente.

(p. 63) III. Concepto de derecho penal y noción de pena

En su sentencia del 6 de junio de 19675, el TCF declaró el poder de transacción de la administración fiscal y aduanera incompatible con el monopolio del juez del ejercicio del poder punitivo, garantizado por el art. 92 de la Constitución alemana. Esta decisión condujo al legislador alemán a despenalizar una gran parte del derecho penal, sobre todo en los dominios del derecho de tránsito y del derecho económico. Una nueva categoría de infracciones y de sanciones fue creada: la de las contravenciones contra el orden (Ordnungswidrigkeiten) reprimidas con sanciones pecuniarias no implicando reproche ético y cuya denominación en alemán (Geldbusse) es diferente a la de multa (Geldstrafe). El resultado de este movimiento de política criminal (imitado sobre todo en Italia y Portugal) no es idéntico al sistema clásico de la sanción administrativa, conocido en particular en derecho francés. Las nuevas sanciones administrativo-penales excluyen la pena privativa de libertad. Se admite contra ellas un recurso ante el juez penal y son impuestas al amparo de las mismas garantías de fondo y de forma que el derecho penal y las sanciones penales propiamente dichas. Se trata, según Delmas-Marty⁶, de sanciones "cuasi-penales" que entran en la noción de derecho penal utilizada, por ejemplo, en el art. 74 n. 1 de la Ley Fundamental en lo que respecta la competencia de legislar del Estado federal⁷.

El TCF, sobre todo, somete toda medida estatal con finalidad represiva al principio de culpabilidad - por ejemplo, las sanciones procesales civiles asegurando el respeto de un mandato judicial de omisión (caso "Bertelsmann")⁸, en el que el TFC constata además que el derecho constitucional no prohíbe la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuya culpabilidad se basaría en la imputación de la culpa de los autores materiales. El legislador alemán se ha contentado, hasta ahora, con prever multas administrativas [Geldbussen] contra las personas morales por las **(p. 64)** infracciones criminales o administrativas cometidas por sus órganos o representantes).

En consecuencia, la noción de pena y el concepto de materia penal son amplios en la jurisprudencia del TCF, de la misma manera que los admitidos por la Corte europea de derechos humanos de Strasbourg (caso "Oztürk", "Engel" y otros)⁹. Es evidente que los límites de dichos conceptos permanecen o devienen imprecisos por su carácter difuso.

La detención preventiva constituye una pena en razón de sus efectos reales? La publicidad de la sanción pecuniaria, mecanismo utilizado por la Comisión federal de la Competencia y no previsto por la ley, constituye una sanción inconstitucional, por violar el principio de legalidad? Tiene aspectos punitivos la pérdida de la caución por no "exportación" de mercaderías bajo el

⁴ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 18va ed. 1991, p. 27, n. 72.

⁵ Colección Oficial (col. of., BVerfGE) vol. 22, p. 49 y ss.

⁶ Delmas -Marty, Droit pénal des affaires, vol. 1, 1990; Punir - sans juger? (1992).

⁷ Tiedemann, Juristenzeitung 1968, p. 667 y s.

⁸ Col. of., vol. 20, p. 323 y ss.; también, vol. 58, p. 159 y s.

⁹ Ver causas: Engel y otros, Corte Europea de Derechos Humanos, serie A n. 22, serie B. n. 20; Oeztürk, Corte Europea de Derechos Humanos, serie A n. 73, serie B n. 58.

régimen comunitario de la CEE? El TCF ha respondido negativamente a la última pregunta ("caso Solange I")¹⁰, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas¹¹, fundándose en el carácter voluntario del régimen de las cauciones. Este criterio es dudoso en nuestra opinión, pues los elementos consensuales, actualmente numerosos en el derecho penal y el procedimiento penal¹², no hacen perder necesariamente a la sanción su carácter punitivo. Además, el conjunto de criterios aplicables para resolver este problema no ha sido siempre tratado claramente por la jurisprudencia del TCF. Este se ha alineado, sin embargo, a la doctrina penal alemana que exige para admitir la presencia de un elemento punitivo o represivo, la voluntad del legislador de reprimir penalmente. Así un objetivo retributivo es necesario a nivel normativo, al lado de los efectos de hecho y de los fines posibles de prevención que la pena comporte con las medidas puramente administrativas, sobre todo la coacción (*Verwaltungsrechtlicher Zwang*). La misma cuestión de **(p. 65)** delimitación entre sanción punitiva y simple instrumento de derecho administrativo se presenta además a nivel de la Comunidad, en la que la Comisión de Bruselas está por preparar un reglamento sobre las sanciones, introduciendo para las medidas de orden punitivo (tales como las "majorations éleveés" y otras sanciones pecuniarias) las garantías propias del derecho penal y procesal penal¹³.

Si el ámbito penal resulta, al mismo tiempo, limitado y ampliado por la introducción de las garantías constitucionales y si el TCF sigue la doctrina penal que declara decisivo el fin perseguido por el legislador (al lado de la gravedad y los efectos del acto), el lenguaje del derecho constitucional y de los jueces del TCF no es el mismo que el de los penalistas. Así el TCF habla a veces del principio constitucional de proporcionalidad donde la mayoría de penalistas piensa en criterios de culpabilidad¹⁴. O bien cuando se trata de saber si la punición repetida de los Testigos de Jehová por haber rechazado el servicio militar obligatorio así como el servicio substitutorio, viola el principio constitucional *non bis in idem*, el TCF declara que no es la categoría del derecho ordinario relativo al objeto del proceso que es decisivo, sino que lo es la toma de conciencia asumida a su vez por todos, la misma que hace de la repetición múltiple y repetida durante años un solo hecho¹⁵. Este hecho no puede ser reprimido sino una sola vez.

Sin embargo, el TCF ha adoptado completamente las categorías elaboradas por la doctrina procesal penal cuando se trataba de decidir si la condena por participación a una asociación terrorista excluye la acción pública tanto por los homicidios, delitos de explosión, etc., cometidos durante el tiempo correspondiente y descubiertos sólo después de la primera condena¹⁶. La respuesta negativa emana, una vez más, de una apreciación normativa que corresponde además a la jurisprudencia de la Corte de las **(p. 66)** Comunidades europeas¹⁷ y que contradice la teoría clásica en derecho procesal penal referente al objeto del proceso que es constituido por los hechos históricos y no por los aspectos jurídicos de los delitos cometidos.

Es de tener en cuenta además que la ingerencia del TCF es mucho más intensa en derecho procesal penal que en derecho sustantivo, dado que los actos procesales afectan casi siempre

¹⁰ Col. of., vol. 37, p. 271 y ss.

¹¹ CJGE. Rec. 1987, p. 4587/4607 causa 137/85 ("Maizena").

¹² Ver Tiedemann, *Revue Internationale de Droit pénal* 1993.

¹³ Ver propuesta de reglamento CEE, J.O.C.E. n. C137/10 del 6 de junio 1990.

¹⁴ Tiedemann, *Verfassungsrecht und Strafrecht* (1991), p. 21 y s.

¹⁵ Col. of., vol. 23, p. 191 y ss.

¹⁶ Col. of., vol. 45, p. 434 y ss.; 56, p. 22 y ss.

¹⁷ CJCE Rec., vol. XVIII, p. 1281 y ss., causa 7/72 ("Boehringer").

derechos fundamentales de los acusados y de terceros. Así mismo que el control constitucional ejercido sobre el juez penal es más severo que aquel ejercido sobre el legislador, lo que corresponde al "judicial self-restraint" de la jurisprudencia constitucional norteamericana. De esta manera, exigiendo que se restrinja la noción de asesinato respecto a ciertos casos excepcionales de homicidio desesperado, el TCF no ha expresado un reproche al legislador, sino que ha demandado a la Corte de Casación (Bundesgerichtshof) de desarrollar una interpretación con el fin de excluir dichos casos de la definición legal del asesinato que, en derecho alemán, supone la perfidia y no la premeditación¹⁸.

IV. Las sanciones

En materia de sanciones, el TCF ha propuesto, del mismo modo que la Corte constitucional italiana, criterios que han determinado reformas legislativas. En efecto, el sistema de sanciones constituye el elemento central de toda política criminal y es en este nivel que la jurisprudencia constitucional interviene de un modo más decisivo que en el de la dogmática penal.

El TCF ha asumido verdaderamente la función de promotor de reformas: primero, en materia penitenciaria, al declarar inconstitucional la falta de base legal del régimen de las detenciones (decisión del 14 de mayo de 1972). De esta manera, obligó al legislador a regular esta materia de la que dudó ocuparse durante todo un siglo¹⁹. Este proceso culmina con la Ley general penitenciaria, en vigor desde el 1. de enero de 1977. La decisión de **(p. 67)** mayo de 1972 tuvo su origen en un asunto de poca importancia: la administración penitenciaria había retenido una carta injuriosa escrita por un detenido a un tercero. El TCF declaró que la especial sumisión del detenido al poder estatal, concepción clásica tanto del derecho constitucional alemán como del español - para justificar ciertas restricciones de los derechos fundamentales, aún sin base legal explícita, no bastaba para justificar restricciones de derechos fundamentales. Evidentemente, este juicio ha removido la doctrina de derecho constitucional más allá del derecho penitenciario.

En otra decisión importante, el TCF dedujo del principio del Estado social, garantizado en el art. 20, inc. 1, de la Ley Fundamental, la idea de reeducación como meta constitucional de la pena privativa de libertad. Lo que significaba que el Estado no podía dejar en manos de las instancias competentes para otorgar la gracia la facultad de decidir libremente si los condenados a perpetuidad debían gozar de libertad condicional después de haber cumplido en parte la pena²⁰. Según el TCF, la ejecución de la pena perpetua destruye la personalidad e, igualmente, la dignidad del detenido. Razón por la cual esta pena sólo debe ejecutarse excepcionalmente. Desde un punto de vista metodológico, es interesante constatar que el TCF recurrió a datos criminológicos empíricos y, al mismo tiempo, rechazó la opinión de criminólogos que consideraban ineficaz la pena perpetua en cuanto a la intimidación general. El TCF reconoció más bien al legislador la potestad de decidir sobre el mantenimiento o abrogación de la pena perpetua, la misma que no puede ser considerada a priori como siendo completamente carente de todo efecto intimidante.

V. La Parte general del derecho penal

En principio, el TCF deja a la doctrina y a la jurisprudencia la libertad de establecer los detalles de la llamada Parte general (comprendida la teoría del delito), que se forma en Europa a partir del Siglo de las Luces mediante un proceso de abstracción orientado a fijar los elementos comunes a toda infracción. Esta **(p. 68)** reticencia del TCF no nos parece convincente. Debido

¹⁸ Col. of., vol. 45, p. 167 y ss.

¹⁹ Col. of., vol. 33, p. 1 y ss.

²⁰ Col. of., vol. 45, p. 187 y ss.

a que la Parte general ha sido desarrollada con relación al modelo de los delitos de violencia, su aplicación a los delitos no violentos (fraudulentos) no siempre produce resultados adecuados²¹. A título de ejemplo, basta citar la regla relativa al error de derecho o de prohibición (§ 17 Código penal alemán), la misma que no preve la atenuación obligatoria de la pena. Esto nos parece criticable en la perspectiva de los principios constitucionales de la culpabilidad e igualdad, puesto que quien actúa bajo la influencia de un error, aún evitable, no merece la misma pena que quien obra con plena conciencia contra el derecho. La prohibición de matar no es del mismo orden que la que prohíbe fabricar vino.

El TCF se ha conformado, así mismo, a las doctrinas "ordinarias" de la Parte general relativas a la prescripción, cuyos plazos fueron repetidamente ampliados con efecto retroactivo para reprimir a los criminales nazis²². Para este efecto, el TCF aceptó el criterio, admitido actualmente en Alemania, que la prescripción es una institución procesal y que no está comprendida por el principio *nullum crimen sine lege*. Esta separación formal entre derecho penal material y derecho penal formal no es satisfactoria. Además la jurisprudencia alemana referente a la naturaleza de la prescripción ha sido voluble: primero, le reconoció una naturaleza penal, luego mixta y por último procesal. No debe desconocerse sin embargo que, en razón de la posición adoptada, el TCF ha alcanzado un resultado político buscado. Conclusión además basada en el criterio constitucional que la expectativa del delincuente en un plazo determinado de prescripción no merece ser protegido por la ley.

En la perspectiva del principio de legalidad, uno de los efectos más importantes es la prohibición de la analogía *in malam partem*. Recurriendo al criterio del "posible sentido" del texto legal, en derecho alemán se distingue entre interpretación (admitida) y analogía (prohibida). Se considera analogía aquello que no puede ser comprendido en ningún caso por el texto legal (citemos un (p. 69) ejemplo tomado de la jurisprudencia del antiguo Tribunal del Reich alemán²³: un comerciante alemán que importaba latas de caviar ruso de primera calidad colocándolo en barriles, introduciéndolo así en contra del derecho aduanero que consideraba el embalaje de la mercancía importada y no a su calidad).

Mientras que un sector de juristas desea reservar la delimitación de la interpretación y de la analogía a los tribunales ordinarios, el TCF ejerce, a justo título, un control constitucional sobre el hecho de saber si la condena de un acusado ha sido el resultado de un razonamiento analógico o no. Un caso célebre y reciente es el bloqueo pacífico de las bases de misiles Perching realizada por grupos pacifistas mediante una huelga "sobre el terreno". Los autores de este acto fueron condenados por coacción (*Nötigung*). El TCF, en razón a un empate en la votación, no ha podido decidir si la interpretación que ha permitido calificar dicho comportamiento como coacción (mediante violencia) viola o no la prohibición constitucional de la analogía en derecho penal²⁴. La comprensión del bloqueo pacífico como un acto violento fue, en consecuencia, aceptada o, más bien, no ha sido declarada inconstitucional. Así, el TCF aceptó también la analogía, ajena al derecho penal, cuando la norma penal hace referencia a ella para proteger una institución no penal, como la propiedad²⁵. En este caso, el medio metodológico de la analogía de derecho civil es también admitido respecto a leyes penales. Además, en relación con leyes penales en blanco, las normas extrapenales (por ejemplo, del derecho de quiebra) son consideradas como formando parte de los elementos legales de la

²¹ Ver Tiedemann, *Lecciones de Derecho penal económico* (1993), p. 157 y ss.

²² Col. of., vol. 11, p. 139 y ss.; 24, p. 33 y ss.; 25, p. 269 y ss.

²³ Col. of., ("RGSt") vol. 71, p. 135 y ss.

²⁴ Col. of., vol. 73, p. 206 y ss.

²⁵ Col. of., vol. 78, p. 213 y ss.

infracción penal y en consecuencia sometidas a garantías penales²⁶. De aquí la necesidad de distinguir claramente entre los elementos normativos de la infracción (por ejemplo, cosa ajena, de una parte y de otra las normas que se integran a los elementos legales de la infracción). Esto aún si en los dos casos existe, desde el punto de (p. 70) vista de técnica legislativa, la misma forma de remisión implícita a las ramas jurídicas extrapenales.

Otro aspecto importante referente a la aplicación de las nociones indeterminadas utilizadas en los tipos legales y que remiten al derecho consuetudinario en lugar de normas extrapenales (por ejemplo, comerciantes, gerentes de sociedades, buena fe)²⁷. La doctrina y la jurisprudencia de la Corte de Casación se orientan, en esta materia, hacia una interpretación restrictiva que excluye los aspectos marginales, dudosos del contenido de las normas. Así, por ejemplo, en relación con las normas penales relativas a balances y contabilidad, se considera que viola las costumbres de los comerciantes sólo el comportamiento que contradice una costumbre clara y solidamente establecida. Al respecto resulta difícil saber si este criterio resulta de la aplicación del principio in dubio pro reo referente a la prueba de hechos o si se trata de una restricción jurídica del campo de aplicación de la norma comercial o penal.

VI. Competencia legislativa

Tradicionalmente, los derechos fundamentales han sido considerados medios de defensa de las personas, derechos dirigidos contra las intervenciones del Estado en la esfera individual. En nuestra época, la jurisprudencia constitucional (en Alemania, EE UU, y la de la Corte de Strasbourg) se caracteriza por haber transformado en derechos positivos dirigidos a obtener una prestación del Estado los derechos negativos o de defensa contra la intervención del Estado. Además, al control negativo de la constitucionalidad de las leyes, orientado a declararlas nulas, se agrega un control positivo cuyo objetivo es obligar al legislador a legislar en materia de valores e intereses que necesitan ser protegidos penalmente.

Cada vez con mayor frecuencia, se establece en las Constituciones modernas, de manera expresa, tal obligación para el legislador: por ejemplo, el art. 26, inc. 1, de la Ley Fundamental estatuye la punición de los atentados contra la vida pacífica de los pueblos.

(p. 71) Más difícil es la cuestión de saber en qué casos y condiciones existe el deber implícito de legislar en materia penal. El TCF se ha pronunciado en dos oportunidades sobre el particular al pronunciarse en 1975 y 1993, sobre sendas leyes que establecían la impunidad parcial del aborto²⁸. El TCF ha aplicado, en especial, el principio de proporcionalidad examinando, de un lado, si existen, fuera del derecho penal, otros medios idóneos para proteger satisfactoriamente la vida embrionaria mediante una prevención eficaz (legislación social, familiar, etc.). Pero una valoración ético-social debe realizarse para saber si en el contexto de valores e intereses salvaguardados por el derecho penal, la vida embrionaria merece igualmente ser protegida penalmente. En las dos decisiones antes mencionadas, el TCF parte nuevamente de la constatación que no se puede negar a priori el poder intimidatorio del derecho penal. Sin embargo, en la decisión del 28 de mayo de 1993 reconoce al legislador la libertad de establecer un sistema de ayuda y consejo que sustituya parcialmente la aplicación del derecho penal, a condición que dicho sistema tenga como objetivo proteger la vida del embrión y no propiciar su destrucción. Además de este caso particular, pero importante, el TCF ha afirmado, sin llegar a precisar en qué consiste, que un mínimo de

²⁶ Col. of., vol. 48, p. 48 y ss.

²⁷ Cour de cassation, col. of., ("BGHSt") vol. 4, p. 24 y ss.; 30, p. 285 y ss.

²⁸ Col. of., vol. 39, p. 1 y ss.; Juristenzeitung edición especial del 7 de junio de 1993.

derecho penal deriva directamente del orden constitucional²⁹. Respecto a este derecho penal mínimo (núcleo tradicional), en el que el recurso a la sanción penal se impone, se puede pensar que junto a la vida, la integridad corporal y la libertad de desplazarse, también es de considerar - en una Constitución liberal - la propiedad privada.

Más allá de estos valores constitucionales fundamentales, hay un dominio vasto en el que los bienes jurídicos son más bien instrumentalizados y su protección constituye una defensa intermedia de dichos valores fundamentales. De conformidad con el principio democrático garantizado por la Constitución (§ 20, inc. 1), en razón que no se preve en la Constitución un programa de política criminal, es de exigir el consenso de toda la sociedad respecto a la incriminación de comportamientos. La doctrina (p. 72) alemana admite, con mucha razón, una competencia excepcional a favor del legislador para que, sin contar con este consensus, intervenga para consolidar ciertos valores en nuevos sectores de la vida social: por ejemplo, en la protección del medio ambiente y en la economía. Aquí también deberá considerarse como condición preliminar, constatada empíricamente, a toda incriminación el carácter perjudicial para la comunidad del comportamiento en cuestión. Así como comprobar, en la perspectiva ética, la integración de la incriminación en el conjunto de la protección penal.

VII. El procedimiento penal

Terminaremos presentando una visión global del derecho procesal, sobre el cual - como ya lo hemos señalado - la jurisprudencia constitucional ejerce una fuerte influencia (supra II). No es exagerado decir que el TCF ha transformado espiritualmente el derecho procesal alemán. Sobre todo, mediante la introducción amplia del principio de proporcionalidad y del derecho a ser escuchado previamente a toda decisión negativa. Este derecho corresponde al principio de la contradicción del derecho francés. Además, en casos extremos, el TCF ha deducido del principio del Estado de derecho la necesidad de interrumpir el proceso en caso que dure demasiado³⁰. Así mismo, las garantías previstas en la Convención europea de derechos humanos han sido considerados una vez más a nivel constitucional por el TCF, aun cuando se estima que la Convención no tiene dicho rango. Ahora bien, la teoría de las pruebas prohibidas ha sido elaborada en base a los derechos y principios constitucionales, en especial en consideración de las "esferas" de la personalidad (intimidad, privada y social) y del principio de proporcionalidad³¹.

De la misma manera que otras Cortes constitucionales, el TCF recurre - desde hace bastante tiempo - al criterio de efectividad y de la eficacia de la justicia penal. A primera vista, esto parecería ser reaccionario y una parte de la doctrina a criticado al TCF en este sentido. Sin embargo, un análisis profundo de los casos pertinentes (p. 73) muestra claramente que el TCF jamás ha utilizado este criterio para restringir las garantías procesales, sino que lo ha invocado sólo para hacer respetar los límites establecidos por el legislador para el goce de dichos derechos³². La obra del TCF, en materia procesal penal, merece en consecuencia de ser calificada de extraordinaria, y precursora.

VIII. Resumen

1. El derecho constitucional ejerce mucho más influencia sobre "la materia penal" que sobre el derecho civil. Las garantías constitucionales se refieren a una noción amplia de la pena y del

²⁹ Col. of., vol. 27, p. 18 y ss.

³⁰ Neue Juristische Wochenschrift, 1984, p. 967.

³¹ Ver col. of., vol. 80, p. 367 y ss.

³² Tiedemann, Verfassungsrecht., p. 24 y ss. (nota 14)

derecho penal; comprendiendo así todas las sanciones estatales que tienen una finalidad represiva.

2. La influencia del derecho constitucional es particularmente importante tanto en la política criminal como en las sanciones y en las bases de la Parte General (principio de legalidad, de culpabilidad, etc.).

3. En la Parte Especial, el legislador conserva un poder de apreciación bastante amplio, especialmente en relación a la incriminación de ciertos comportamientos. Una obligación estricta de legislar sólo existe respecto a un pequeño núcleo de valores e intereses fundamentales.

4. Un control más severo se ejerce sobre la actividad del juez penal que sobre la del legislador.