

¡Hay jueces en Berlín! (y en Karlsruhe)

Recensión a Lothar Kuhlen, *Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006, X, 112 págs.

Jesús-María Silva Sánchez

Facultat de Dret
Universitat Pompeu Fabra

399

Il y a des juges à Berlin! Vivimos en tiempos en los que el modo de entender la vinculación del juez a la ley, particularmente -pero no sólo- en Derecho penal, es objeto de intensa polémica. Pese a los esfuerzos realizados por parte de los teóricos de la legislación y de la técnica legislativa, lo cierto es que la realidad de las leyes penales se aleja de modo no infrecuente de los ideales de racionalidad que deberían presidirlas, tanto en la forma como en el fondo. Así las cosas resulta más que comprensible el protagonismo alcanzado por formas de intervención judicial “correctora”. Éstas, sin embargo, se sitúan en el límite entre la interpretación en sentido estricto y el desarrollo continuador del Derecho, cuando no se ven claramente inmersas en éste. Lo que explica la polémica que las rodea.

Una de estas formas de intervención correctora es la interpretación de las leyes penales “conforme a la Constitución” (*verfassungskonforme Auslegung*), a la que se dedica la obra objeto de esta recensión. Esta modalidad de interpretación, ya se trate de la que realiza el propio Tribunal Constitucional, ya sea la llevada a cabo por los jueces y tribunales ordinarios, goza de carta de naturaleza en los sistemas jurídicos de nuestro ámbito cultural. En el caso español, como es sabido, el art. 5º,1. LOPJ establece que “la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

Resulta claro que la interpretación de las leyes penales de modo conforme a la Constitución que lleva a cabo el Tribunal Constitucional y la que efectúan los tribunales ordinarios merecen análisis y valoraciones distintivos. Como también los merecen las dos clases de interpretación conforme a la Constitución que derivan de la primera de las varias distinciones efectuadas por KUHLEN. Por un lado, aquélla (*verfassungskonforme Auslegung* en sentido estricto), sobre cuya base se decide cuáles, de entre varios resultados interpretativos, deben ser excluidos por resultar incompatibles con la Constitución. Por otro lado, la “interpretación orientada a la Constitución” (*verfassungorientierte Auslegung*) (p.2), que otros denominan “interpretación constitucional sistemática” o “interpretación sistemática orientada a los derechos fundamentales”¹. Una interpretación orientada a la Constitución es la que, en el marco del propio proceso interpretativo, aboga por aquellos resultados que, desde el punto de vista constitucional, resulten preferibles a otros.

La interpretación conforme a la Constitución constituye, a juicio de KUHLEN, una opción intermedia entre la declaración de inconstitucionalidad de un texto y la defensa de una interpretación de éste orientada a la Constitución (p. 5). Sentado esto, no cabe ignorar sus ventajas. Por un lado, manifiesta la unidad y jerarquía del ordenamiento jurídico, lo que es muy relevante desde el punto de vista teórico (p. 9). En términos prácticos, además, constituye una buena alternativa a la opción de instar la declaración de inconstitucionalidad (y consiguiente

¹ Kudlich, Grundrechtsorientierte Auslegung im Strafrecht, JZ 2003, pp. 127 y ss.; *el mismo*, Die strafrahmenorientierte Auslegung im System der strafrechtlichen Rechtsfindung, ZStW 115 (2003), p. 12 nota 41.

nulidad) de un texto legal, o de proceder a tal declaración², obligando al correspondiente procedimiento legislativo (p. 10). Sin embargo, lo anterior no debe llevar a ignorar los problemas que genera. En efecto, no es fácil determinar cuáles de las interpretaciones de un texto son conformes y cuáles, en cambio, contrarias a la Constitución. A partir de ahí, debe reconocerse el riesgo de que la “interpretación conforme” no sea tal, sino que se convierta en una verdadera modificación de la ley penal (pp. 11, 13).

Es esto lo que explica el resquemor que siempre ha rodeado a esta figura y las críticas que se le dirigen por muchos, apuntando la seria posibilidad de que los tribunales (ordinarios o Constitucional) usurpen funciones legislativas. En el caso de la “interpretación conforme” efectuada por el Tribunal Constitucional, a lo anterior se añade el riesgo de que éste usurpe además funciones de los tribunales ordinarios, por ejemplo presentando como interpretaciones constitucionalmente excluidas lo que no serían sino opciones interpretativas que se moverían en el plano de la legalidad ordinaria. La obviedad del problema se hace patente si se advierte que a él subyacen varios debates de fondo. Entre ellos, por un lado, el que enfrenta a posiciones legalistas y constitucionalistas, que dista mucho de haber sido superado; y, por otro lado, el que se manifiesta en el conflicto institucional entre jurisdicción ordinaria y constitucional. A este respecto, no hace falta recordar la tensión que rodea con frecuencia las relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional español.

Ya en este momento conviene dejar claro que KUHLEN adopta una posición favorable a la interpretación, e incluso al desarrollo continuador del Derecho, conforme a la Constitución. Dada la polémica existente al respecto, no deja de ser llamativo que enmarque esta posición con claridad en una concepción “débil, aunque plausible” de la vinculación del juez a la ley y del principio de legalidad (p. 103). Sus críticas se dirigen, por tanto, no a tal interpretación en sí, sino a algunos excesos en que se puede incurrir al practicarla. A mi juicio, su planteamiento general resulta ampliamente convincente.

Antes de entrar en el examen concreto del alcance de algunos de los conflictos enunciados, KUHLEN ofrece un breve análisis de las resoluciones del Tribunal Constitucional (pp. 17 y ss.) y del Tribunal Supremo federal alemán (pp. 26 y ss.) sobre interpretación de leyes penales conforme a la Constitución. Ello le permite concluir que la interpretación de las leyes penales conforme a la Constitución se halla plenamente arraigada en los tribunales alemanes. Y, a la vez, añadir algunas distinciones adicionales a las indicadas al inicio. La primera de ellas viene dada por la observación de que, en unas ocasiones, el problema planteado por un determinado enunciado se resuelve mediante una interpretación restrictiva de éste, desde perspectivas constitucionales; en otras, en cambio, se hace frente al problema mediante la interpretación conforme a la Constitución de otros enunciados distintos del problemático (pp. 39-40). La segunda distinción es la que constata entre el modo de resolver los problemas de constitucionalidad material y los de constitucionalidad formal de las interpretaciones de enunciados legales jurídico-penales (pp. 45 y ss.). No en vano, en los casos de inconstitucionalidad material de una interpretación, ni siquiera el legislador podría subsanar el

² Ello, en función del sujeto (juez ordinario o constitucional) que se haya de enfrentar al problema.

problema dictando una ley que tuviera el concreto contenido de que se trate. La tercera y, como se verá, muy trascendente distinción es la que presenta a la interpretación conforme a la Constitución y al desarrollo continuador del Derecho conforme a la Constitución como los dos formas que puede adoptar la conservación de una norma conforme a la Constitución (*verfassungskonforme Normerhaltung*).

El núcleo de la obra (pp. 52 y ss.) viene dado por el estudio crítico de dos sentencias, sobre cuya base KUHLEN pretende exponer el distinto modo en que se debe configurar la interpretación conforme a la Constitución efectuada por el Tribunal Constitucional y la llevada a cabo por los tribunales ordinarios (pp. 81-82). La primera, dictada por el Tribunal Constitucional (*BVerfGE* 110, 226), se ocupó en 2003 del caso del blanqueo de capitales por parte de abogados defensores; en la segunda, de 2004, el Tribunal Supremo federal (*BGHSt* 49, 275) hubo de pronunciarse sobre el caso del cohecho derivado de la obtención de donaciones electorales por parte de funcionarios públicos en activo. En los dos supuestos, los tribunales se inclinaron por proponer interpretaciones restrictivas del alcance de los tipos (respectivamente, del § 261, apartado 2, nº 1 y de los §§ 331 y 333 del Código penal alemán -*StGB*-). Más en concreto, efectuaron reducciones teleológicas de ambos tipos.

En el primer caso, el Tribunal Constitucional practicó una reducción teleológica del elemento típico “dolo” excluyendo de su ámbito, a propósito de la percepción de honorarios por parte de abogados defensores, los supuestos en los que concurriera sólo dolo eventual en cuanto a la procedencia del dinero. Pasó a exigir, por tanto, como mínimo, dolo directo. KUHLEN, sin embargo, se muestra disconforme con el modo de proceder del Alto Tribunal. Ello, no por discrepar de la tesis fundamental de que el profesional no puede ser de la misma condición que cualquier tercero en relación con el delito de blanqueo de capitales. Ni tampoco por rechazar la posibilidad de efectuar “reducciones teleológicas” conforme a la Constitución. En su opinión, a la que ya he aludido -y, por cierto, comparto-, además de la interpretación conforme a la Constitución, los jueces pueden llevar a cabo un desarrollo continuador *praeter legem* del Derecho conforme a la Constitución (*verfassungskonforme Rechtsfortbildung*), en los mismos términos en que tal desarrollo continuador se admite de modo general. Es decir, siempre que no sea en perjuicio, sino en beneficio del reo. Por este motivo excluye la posibilidad de una analogía conforme a la Constitución; y admite, en cambio, la reducción teleológica conforme a la Ley Fundamental (pp. 60-61). De modo expreso, rechaza KUHLEN las tesis que pretenden ver en tal modo de proceder una injerencia de los tribunales en funciones legislativas. Si la reducción teleológica del tipo realizada de modo conforme a la Constitución no choca con el sentido de las palabras ni contra una decisión del legislador claramente reconocible, dejando por lo demás un ámbito de aplicación razonable al precepto en cuestión, no debe haber obstáculos para su admisión (p. 63)³.

³ La STC 273/2005 (Pleno), de 27 octubre, ha resumido una jurisprudencia constitucional constante del siguiente modo. En primer lugar, la validez de la Ley “ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución” (STC 108/1986, de 29 de julio). En segundo lugar, sin embargo, esta técnica no permite al Tribunal Constitucional “ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos” (SSTC 22/1985, de 15 de febrero, F. 5; 222/1992, de 11 de diciembre, F. 2; y 341/1993, de 18 de noviembre), ni “reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto, para concluir que ésta es la norma constitucional” (STC 11/1981, de 8 de abril, F. 4). Ello conduce, en tercer lugar, a rechazar explícitamente las “interpretaciones contra legem”.

Si KUHLEN discrepa del Tribunal Constitucional alemán a propósito de la sentencia indicada, ello es por entender que éste se ha extralimitado en sus competencias en detrimento de la jurisdicción ordinaria. A su juicio, el Tribunal Constitucional debería haberse limitado a dibujar las líneas generales de las posibles interpretaciones o reducciones del § 261 StGB que resultan conformes con la Constitución. Sin embargo, en lugar de ceñirse a ello, el *Bundesverfassungsgericht* optó por un concreto mecanismo de reducción (el relativo a la exigencia de dolo directo) frente a otros (la reducción del tipo objetivo, el recurso a una causa de justificación, etc.) que ni siquiera mencionó. Dicha opción, sin embargo, debería haberla dejado al juicio de los tribunales ordinarios⁴. Pues la competencia de éstos abarca precisamente la elección entre las diversas posibilidades de interpretación (o reducción) de un tipo legal que resultan conformes con la Constitución (pp. 64 y ss., 66).

En la sentencia del Tribunal Supremo federal, que KUHLEN analiza con detalle, se trataba de si podía subsumirse en el § 331, apartado 1 StGB el caso de un alcalde que, como candidato a la reelección, había obtenido donaciones para su partido prometiendo una política “favorable para las inversiones” en el municipio. El Tribunal lo excluyó mediante una reducción teleológica del precepto que efectuó a partir de consideraciones derivadas de los principios constitucionales del régimen electoral. Frente a las opiniones que, de nuevo, advirtieron en este proceder una usurpación de funciones legislativas, KUHLEN sostiene con firmeza la legitimidad de la actuación del BGH, que cumpliría con todas las condiciones, antes expuestas, exigibles a una reducción teleológica. Además, aquí no cabría la objeción antes dirigida contra el BVerfG; pues el Tribunal Supremo, a diferencia del Tribunal Constitucional, sí tiene la competencia para elegir una entre varias interpretaciones posibles, todas ellas conformes con la Constitución.

La crítica del autor se refiere, en este caso, a que el Tribunal Supremo federal presentó como constitucionalmente obligada una interpretación que, sin embargo, probablemente era sencillamente preferible en términos teleológicos, sin alcanzar rango constitucional (pp. 74 y ss.). Si bien se observa, la discrepancia responde aquí a razones en cierto modo inversas a las expuestas para distanciarse del modo de operar del Tribunal Constitucional. En efecto, la tesis es que el Tribunal Supremo, si desea fundamentar una determinada interpretación no sólo como “más plausible” desde la perspectiva del Derecho penal, sino también como obligada en términos constitucionales, debería argumentarlo más y mejor de lo que lo hace (p. 77). Por eso KUHLEN sostiene la necesidad de una autocontención de los tribunales ordinarios en cuanto al recurso a la interpretación (o reducción teleológica) conforme a la Constitución (pp. 80-81). Por un lado, porque -a diferencia del Tribunal Constitucional- no necesitan apelar a principios constitucionales para sostener una determinada interpretación. Por el otro, porque el recurso a la

⁴ Cfr., en cambio, la STC Pleno 24/ 2004, de 24 de febrero, que, en su interpretación conforme a la Constitución del art. 563 CP (delito de tenencia ilícita de armas), llegó a la conclusión de que éste sólo debía aplicarse en “los supuestos en que el arma objeto de la tenencia posea una especial potencialidad lesiva y, además, la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias tales que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana”. Añadiendo que “esa especial peligrosidad del arma y de las circunstancias de su tenencia deben valorarse con criterios objetivos y en atención a las múltiples circunstancias concurrentes en cada caso, sin que corresponda a este Tribunal su especificación”.

Constitución es más ambicioso, más arriesgado y no añade necesariamente fuerza de convicción a una determinada opción interpretativa.

Las últimas páginas del libro se refieren a los problemas de inconstitucionalidad formal de los preceptos penales. El autor empieza por constatar la creciente importancia que la prohibición de analogía y el mandato de determinación tienen en las argumentaciones tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo federal alemán (p. 87). A partir de ahí, señala algunas contradicciones que advierte en el discurso dominante. Este, por una parte, apuntaría la inconstitucionalidad de múltiples preceptos, mientras que, por otra, propugnaría su interpretación conforme a la Constitución. A juicio de KUHLEN, con razón, lo uno es incompatible con lo otro. En efecto, si un enunciado legal admite una interpretación (o una reducción teleológica) conforme a la Constitución, entonces no puede reputarse inconstitucional (pp. 88-90). En la disyuntiva, la opción de KUHLEN por una política de conservación de los preceptos mediante "interpretación conforme" no admite dudas (p. 100).

Para ello, el autor no tiene empacho en reconocer que, en un ordenamiento en el que las leyes penales no pueden renunciar a conceptos indeterminados, es la cooperación del legislador y la judicatura la que determina el ámbito de lo punible (p. 98). Ello le lleva a acoger con pocos matices la tesis de que la taxatividad de una ley no puede medirse contemplando sólo el texto legal, sino sólo si se incluyen también en el enfoque las posibilidades de interpretación judicial. Ciertamente KUHLEN evita pronunciarse abiertamente sobre su adhesión a la tesis del BVerfG - que juzga tan razonable en términos pragmáticos como problemática- de que una ley debe reputarse suficientemente determinada cuando su indeterminación inicial ha sido superada fácticamente mediante una praxis jurisprudencial de años (p. 98). Pero ello, a la vista de todo el contenido del libro, parece secundario.

En suma, un libro interesante, distintivo, proclive a un matizado judicialismo, cuyo contenido resulta, al menos para quien esto escribe, ampliamente compartible.