

LOTHAR KUHLEN

**LA INTERPRETACIÓN
CONFORME A LA CONSTITUCIÓN
DE LAS LEYES PENALES**

Traducción de
Nuria Pastor Muñoz

Presentación de
Jesús-María Silva Sánchez

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2012

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN	13
ABREVIATURAS	19
PRÓLOGO	21

CAPÍTULO I CONCEPTO Y PARTICULARIDAD DE LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

1. INTRODUCCIÓN.....	23
2. CONCEPTO DE INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN.....	24
3. INTERPRETACIÓN ORIENTADA A LA CONSTITUCIÓN.....	25
4. INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS.....	28
5. RELACIÓN ENTRE INCONSTITUCIONALIDAD, INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN E INTERPRETACIÓN ORIENTADA A LA CONSTITUCIÓN.....	28
6. INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN DE ACCIONES Y DE CREACIONES INTELECTUALES, ASÍ COMO APLICACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN DEL DERECHO AL CASO CONCRETO.....	29

CAPÍTULO II ÁMBITO DE APLICACIÓN, FUNDAMENTACIÓN Y PROBLEMÁTICA DE LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN EN EL DERECHO VIGENTE

1. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN.....	31
---	----

	Pág.
1.1. Sujetos de la interpretación conforme a la Constitución	31
1.2. Objeto de la interpretación conforme a la Constitución.....	33
2. FUNDAMENTACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN.....	33
3. PROBLEMÁTICA DE LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN	34
3.1. Criterios jurídico-constitucionales	35
3.2. Límites de la interpretación de la ley	35
4. LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN EN EL PUNTO DE TENSIÓN DE LEGISLACIÓN, JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y JURISDICCIÓN ORDINARIA	38
5. DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN ULTERIOR	40

CAPÍTULO III
SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL SOBRE
LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN
DE LAS LEYES PENALES

1. § 129 StGB [CÓDIGO PENAL] (BVerfGE 17, 155).....	43
2. § 112, PÁRR. 4 StPO (BVerfGE 19, 343)	43
3. § 90a StGB (BVerfGE 25, 79).....	44
4. § 211 (BVerfGE 45, 187)	44
5. § 57a StGB (BVerfGE 86, 288).....	45
6. § 13, PÁRR. 4 NKWG (BVerfGE 71, 108).....	45
7. § 240, PÁRR. 2 StGB (BVerfGE 73, 206)	46
8. § 240, PÁRR. 1 StGB (BVerfGE 92, 1)	47
9. § 26, NÚM. 2 VersG (BVerfGE 85, 69)	48
10. § 131, PÁRR. 1 StGB (BVerfGE 87, 209)	48
11. § 29, PÁRR. 1, NÚM. 2 VersG (BVerfGE 87, 399).....	49
12. § 29 BtMG (BVerfGE 90, 145).....	49
13. § 185 StGB (BVerfGE 93, 266)	51
14. § 24a, PÁRR. 2 StVG (BVerfG, NJW 2005, P. 349)	52

CAPÍTULO IV
SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL SOBRE
LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN
DE LAS LEYES PENALES

1. § 450, PÁRR. 2, FRASE 1 AO (BGHSt 13, 102).....	53
2. § 72, PÁRR 1, FRASE 2 OWiG (BGHSt 25, 252)	54
3. § 121, PÁRR. 1 StPO (BGHSt 38, 43)	54
4. §§ 94 ss. StPO (BGHSt 38, 237)	55
5. § 43a StGB (BGHSt 41, 20).....	56
6. § 339 StGB (BGHSt 40, 30)	57
7. § 73d, PÁRR. 1 StGB (BGHSt 40, 371).....	58
8. § 20 StGB (BGHSt 42, 235)	59
9. § 24, PÁRR. 1 StGB (BGHSt 42, 158)	60
10. § 20, PÁRR. 1, NÚM. 4 VereinsG (BGHSt 43, 41).....	60
11. § 122 GVG (BGHSt 43, 91)	61
12. Art. VIII MRG, NÚM. 53 (BGHSt 43, 129)	62
13. § 261, PÁRR. 5 StGB (BGHSt 43, 158)	62
14. § 379 AO (BGHSt 43, 381)	63
15. § 97, PÁRR. 1 StPO (BGHSt 44, 46)	63
16. § 246, PÁRR. 1 StGB (BGHSt 47, 243)	64
17. § 69 StGB (BGH, <i>NSzZ</i> 2004, P. 86)	65
18. § 228 StGB (BGHSt 49, 34)	66
19. § 92, PÁRR. 1 AuslG (BGH, <i>SzV</i> 2005, P. 330).....	67

CAPÍTULO V
BALANCE PROVISIONAL

1. RELEVANCIA DE LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL Y DEL TRIBUNAL SUPREMO FE- DERAL	69
2. INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN EN SENTIDO ESTRICTO Y EN SENTIDO AMPLIO	70
3. PRAXIS MODERADA DEL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL.....	71

	Pág.
4. PRAXIS MODERADA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL.....	72
5. CONCEPCIÓN AMPLIA DE LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN.....	73
6. LOS OBJETOS DE LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN.....	74
7. CRITERIOS DE LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN.....	75
7.1. Conformidad material con la Constitución de las interpretaciones de la ley.....	76
7.2. Conformidad formal con la Constitución de las interpretaciones de la ley.....	77
7.3. Entrecruzamiento de la conformidad material con la Constitución y la conformidad formal con la Constitución.....	81

CAPÍTULO VI
BLANQUEO DE CAPITAL POR PARTE DE LOS ABOGADOS
DEFENSORES PENALES (BVerfGE 110, 226)

1. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	85
2. INCONSTITUCIONALIDAD DEL § 261, PÁRR. 2, NÚM. 1 StGB EN CASO DE UNA INTERPRETACIÓN SIN RESTRICCIONES.....	87
3. INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN DEL § 261, PÁRR. 2, NÚM. 1 StGB.....	88
3.1. Averiguación metodológicamente distintiva de las diversas variantes interpretativas.....	88
3.2. Rechazo conforme a la Constitución de la interpretación plausible de la norma en favor de la interpretación remota.....	89
3.3. Admisibilidad de la restricción judicial del § 261, párr. 2, núm. 1 StGB.....	92
3.3.1. Génesis del precepto.....	92
3.3.2. Sentido literal de la disposición.....	94
3.3.3. Admisibilidad de una reducción conforme a la Constitución de los tipos penales.....	95
3.3.4. Admisibilidad de la reducción conforme a la Constitución del § 261, párr. 2, núm. 1 StGB.....	98
3.4. Admisibilidad de la reducción conforme a la Constitución del § 261, párr. 2, núm. 1 StGB por el Tribunal Constitucional Federal.....	99
4. CONCLUSIÓN.....	103

CAPÍTULO VII
COHECHO PASIVO MEDIANTE LA RECAUDACIÓN DE DONACIONES
PARA LA CAMPAÑA ELECTORAL (BGHSt 49, 275)

1. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA.....	105
2. LA RESTRICCIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN DEL § 331, PÁRR. 1 StGB REALIZADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL.....	106
3. TOMA DE POSICIÓN SOBRE LA INTERPRETACIÓN EN CUANTO AL FONDO HECHA POR EL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL.....	108
4. ADMISIBILIDAD DE UNA REDUCCIÓN JUDICIAL DEL § 331 PÁRR. 1 StGB.....	109
5. ADMISIBILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN DEL TIPO POR LA QUE ABOGA EL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL.....	111
6. ¿INFRACCIÓN DEL MANDATO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LA IGUALDAD DE SUFRAGIO MEDIANTE UNA INTERPRETACIÓN SIN RESTRICCIONES DEL TIPO?.....	112
7. ¿INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD DE SUFRAGIO MEDIANTE UNA INTERPRETACIÓN DEL TIPO ACCESORIA A LA LEY DE PARTIDOS?.....	114
8. DESPLAZAMIENTO EXCESIVO DE LA ARGUMENTACIÓN MATERIAL JURÍDICO-PENAL AL PLANO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL.....	114
9. RAZONES PRAGMÁTICAS PARA LA CONTENCIÓN DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS EN EL RECHAZO DE INTERPRETACIONES DE LA NORMA COMO MATERIALMENTE INCONSTITUCIONALES.....	119
10. DIFERENCIAS ENTRE LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS.....	123

CAPÍTULO VIII
INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN
E INCONSTITUCIONALIDAD FORMAL

1. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENA PATRIMONIAL A CAUSA DE SU INDETERMINACIÓN (BVerfGE 105, 135).....	125
2. INCONSTITUCIONALIDAD DEL § 370a AO A CAUSA DE SU INDETERMINACIÓN (BGH, NStZ 2005, P. 105).	127

	Pág.
3. EL SIGNIFICADO CRECIENTE DE LA INCONSTITUCIONALIDAD FORMAL	128
3.1. ¿«Coyuntura» del mandato de determinación y prohibición de analogía?	128
3.2. Sobre la problemática de la creciente apelación a la inconstitucionalidad formal de las leyes penales y de su interpretación.....	131
3.3. La relación entre inconstitucionalidad formal y conservación de las normas penales de conformidad con la Constitución	132
4. EXIGENCIAS FORMALES EN LAS INTERPRETACIONES DE LA NORMA QUE CONSERVAN SU VIGENCIA EN LA PRAXIS DE LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN DE LAS LEYES PENALES.....	134
4.1. Vinculación a la ley y prohibición de analogía	134
4.2. Determinación de las interpretaciones que conservan la vigencia de la norma	135
4.3. Creatividad de interpretaciones de la norma que mantienen la vigencia	135
5. COMPARACIÓN DE INTERPRETACIONES DE LA LEY QUE MANTIENEN SU VIGENCIA CON LEYES E INTERPRETACIONES RECHAZADAS POR SER FORMALMENTE INCONSTITUCIONALES	137
5.1. Vinculación a la ley y prohibición de analogía	137
5.2. Determinación de las interpretaciones de la ley	138
5.3. Indeterminación y corrección creativa de las leyes	142
5.4. Resumen.....	145

CAPÍTULO IX
RESUMEN DE LAS CONCLUSIONES MÁS IMPORTANTES

BIBLIOGRAFÍA.....	153
--------------------------	-----

PRESENTACIÓN

¡HAY JUECES EN BERLÍN! (Y EN KARLSRUHE)*

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ

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. 5.º1. 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.

* Texto publicado originalmente como recensión en *Indret*, núm. 1, 2007.

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» (*verfassungsorientierte Auslegung*) (p. 25), 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. 28). 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. 33). En términos prácticos, además, constituye una buena alternativa a la opción de instar la declaración de inconstitucionalidad (y consiguiente nulidad) de un texto legal, o de proceder a tal declaración², obligando al correspondiente procedimiento legislativo (p. 34). 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. 35, 38).

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,

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

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

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. 150). 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. 43 y ss.) y del Tribunal Supremo federal alemán (pp. 53 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. 69-70). 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. 76 y ss.). No en vano, en los casos de inconstitucionalidad material de una interpretación, ni siquiera el legislador podría subsanar el 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 las dos formas que puede adoptar la conservación de una norma conforme a la Constitución (*verfassungskonforme Normerhaltung*).

El núcleo de la obra (pp. 85 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. 123-124). La primera, dictada por el Tribunal Constitucional (BVerfGE 123-124), 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, núm. 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. 95-96). 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. 99)³.

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 Tri-

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».

bunal 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. 100 y ss., 103).

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. 114 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. 118). 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

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 (pp. 122-123). 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 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. 130). A partir de ahí, señala algunas contradicciones que advierte en el discurso dominante. Éste, 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. 131-133). En la disyuntiva, la opción de Kuhlen por una política de conservación de los preceptos mediante «interpretación conforme» no admite dudas (p. 145).

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. 143). 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. 143). 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 compatible.

PRÓLOGO

El impulso para elaborar este trabajo procede de sentencias recientes del Tribunal Constitucional Federal y del Tribunal Supremo Federal sobre la restricción conforme a la Constitución de los preceptos penales en materia de blanqueo de capitales y cohecho pasivo*. Gracias a un semestre de investigación que me fue concedido en el verano de 2005, lo que inicialmente estaba planeado como artículo se transformó en un ensayo más largo y, finalmente, en el presente libro.

El objeto de la investigación se encuentra en el punto de intersección de tres disciplinas jurídico-científicas. *Qua* interpretación, pertenece a la teoría del método jurídico; (por lo menos) por la conformidad con la Constitución de esta interpretación, pertenece a la ciencia jurídico-constitucional; y (en todo caso) por su objeto, pertenece a la ciencia jurídico-penal. Puesto que *un* semestre de investigación no es suficiente ni con mucho para desarrollar el tema en todas estas dimensiones, en el trabajo aparecen repetidamente referencias a cuestiones que, en realidad, requerían mayor profundización, pero que no pudieron ser investigadas con más detenimiento porque ello nos habría alejado excesivamente de la problemática central de la interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales. Ello es, sin duda, insatisfactorio, pero no se ha podido remediar y, quizá, ofrece a otros el impulso para continuar observando los problemas que en este trabajo solamente han sido esbozados.

Doy las gracias a mi colega Björn BURKHARDT por haber podido discutir con frecuencia con él sobre lo que en ese momento me ocupaba en materia de interpretación conforme a la Constitución. Además, tengo que dar las gracias a mi colega Peter BAUMEISTER, quien amablemente ha leído el manuscrito y me ha hecho algunas sugerencias desde el punto de vista de un especialista en Derecho público. Por último, he de dar mi agradecimiento a

* *N. de T.*: la «*Vorteilsannahme*», que puede traducirse como «aceptación de ventajas» o, en términos más habituales entre nosotros, «cohecho pasivo», está tipificada en el § 331 del Código Penal alemán y castiga a los funcionarios que exijan una ventaja para sí o para un tercero por el ejercicio de las acciones propias de su cargo, permitan que tal ventaja les sea prometida o la acepten, así como a los jueces o árbitros que lleven a cabo el mismo comportamiento como contraprestación a una actuación judicial ya realizada o futura.

Prólogo

los colaboradores de mi Cátedra, en especial la Sra. Sabine RIMS, licenciada en Derecho, y el Sr. Rainer FORNOFF, licenciado en Derecho, así como la Sra. Anita SCHUMACHER, por su colaboración y las cargas considerables que trajo consigo tal colaboración en la discusión y en la preparación del trabajo.

Mannheim, enero de 2006

CAPÍTULO I

CONCEPTO Y PARTICULARIDAD DE LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, los planteamientos y argumentos jurídico-constitucionales han adquirido importancia progresivamente en Derecho penal¹. Lo mismo se puede decir de la interpretación conforme a la Constitución, que en Alemania ha sido desarrollada de manera crucial por el Tribunal Constitucional Federal² y que pretende tener validez en los mismos términos en todos los ámbitos del Derecho público y privado³. La interpretación conforme a la Constitución pertenece hoy, como «instrumento totalmente indiscutible», a las «reservas seguras del método de la ciencia jurídica»^{4, 5}. No obstante, plantea problemas importantes⁶, entre ellos, los que aparecen precisamente en la aplicación conforme a la Constitución de las leyes penales. Antes de tratarlos, hay que describir primero la interpretación conforme a la Constitución desde el punto de vista metodológico y clasificarla en un espectro de diferentes grupos de casos con dimensión jurídico-constitucional (*infra* cap. I, apdos. 2-5).

¹ Al respecto, TIEDEMANN, *Verfassungsrecht*, pp. 3 ss.; KUHLEN, *Herausforderung*, I.3 y en diversos lugares.

² Cfr. STERN, t. I, pp. 135 ss.; DREIER, núm. marg. sobre el art. 1 III GG; SCHLAICH/KORIOTH, núm. marg. 440 ss.; VOBKUHLE, *AöR* 125 (2000), p. 177 (pp. 185 ss.), con más referencias respectivamente.

³ Al respecto BLECKMANN, *JuS* 2002, pp. 942 s.

⁴ GEIS, *NVwZ* 1992, p. 1025 (p. 1026).

⁵ LÜDEMANN, *JuS* 2004, p. 27.

⁶ Lo mismo ocurre con la interpretación conforme al Derecho europeo del Derecho penal (y la relación de aquélla con la interpretación conforme a la Constitución), la cual, desde luego, constituye un tema propio, no tratado en este trabajo. Cfr. al respecto, solamente, SATZGER, *Europäisches Strafrecht*, pp. 118 ss.; MK-SCHMITZ, núm. marg. 81 sobre el § 1, con más referencias respectivamente.

2. CONCEPTO DE INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

Una norma *ha de ser interpretada conforme a la Constitución* cuando existen varias posibilidades interpretativas de las cuales por lo menos una conduce a la *conformidad* de la norma a la Constitución, y por lo menos otra, a la *inconstitucionalidad* de la norma⁷. Para este caso el mandato de la interpretación conforme a la Constitución indica que no hay que escoger ninguna de las variantes interpretativas inconstitucionales, sino una de las que son conformes a la Constitución⁸.

Por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal ha afirmado recientemente que el § 24a, párr. 2 StVG [*Straßenverkehrsgesetz* (Ley de tráfico vial)]⁹, permite varias interpretaciones¹⁰. Según la primera de ellas, el tipo se realiza *siempre* que se logre acreditar que en el momento del hecho la sustancia pertinente se encontraba en la sangre. Sin embargo, esta interpretación, la cual es por lo menos plausible en virtud del § 24a, apdo. 2, frase 2 StVG, es, en opinión del Tribunal, inconstitucional¹¹. En cambio, continúa el Tribunal Constitucional Federal, también son posibles (y conformes a la Constitución) interpretaciones según las cuales el precepto solamente es aplicable cuando era al menos *posible* que, debido a las drogas, se produjera una reducción de la capacidad de conducción. Conforme al mandato de interpretación conforme a la Constitución, el § 24a, apdo. 2 StVG se ha de interpretar en una de las variantes mencionadas en último lugar.

⁷ En lo que sigue, también estas posibilidades interpretativas mismas serán caracterizadas, de forma abreviada, como conformes a la Constitución o inconstitucionales.

⁸ Muchas veces la interpretación conforme a la Constitución es caracterizada adicionalmente diciendo que en el grupo de casos mencionado la norma es conforme a la Constitución; así, por ejemplo, en BVerfGE 64, 229 (242). Sin embargo, ello es una mera consecuencia de la interpretación conforme a la Constitución y, por ello, irrelevante para su comprensión conceptual. Así, acertadamente, CANARIS, *FS Kramer*, p. 154.

⁹ El precepto califica como infracción administrativa o contravención (*Ordnungswidrigkeit*) la conducción de un vehículo en el tráfico rodado bajo los efectos de determinados estupefacientes (por ejemplo, tras el consumo de cannabis) (frase 1) y, en la frase 2, dispone: «Tales efectos existen» cuando la sustancia en cuestión «se puede detectar en la sangre».

¹⁰ BVerfG, *NJW* 2005, pp. 349 ss.

¹¹ Porque el tipo entendido en tales términos también abarcaría casos en los que queda descartada una reducción de la capacidad de conducción debida a las drogas. Pues bien, ello constituiría una intervención desproporcionada en la libertad general de obrar (art. 2 párr. 1 GG) [BVerfG, *NJW* 2005, p. 350 (pp. 351 ss.)]. [N. de T.: el art. 2, párr. 1 GG, reza: «*Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt*»: «Todos tienen el derecho al libre desarrollo de su personalidad en la medida en que no lesionen los derechos de otros y no infrinjan el orden constitucional o la ley moral»].

3. INTERPRETACIÓN ORIENTADA A LA CONSTITUCIÓN

De la interpretación conforme a la Constitución se ha de distinguir la *interpretación orientada a la Constitución*¹². El mandato de la interpretación orientada a la Constitución exige tener en cuenta las previsiones jurídico-constitucionales relevantes a la hora de elegir entre diversas variantes interpretativas *conformes a la Constitución*. Ello puede inclinar la balanza hacia una determinada interpretación, aunque no tiene por qué hacerlo. Al igual que en la mayor parte de las ocasiones ocurre con los cánones «clásicos» de la interpretación jurídica¹³, la clase de interpretación orientada a la Constitución hace las veces de un *principio* que puede tener mayor o menor importancia en la ponderación entre varias posibilidades interpretativas. En cambio, el mandato de interpretación conforme a la Constitución tiene la estructura de una *regla*, puesto que obliga estrictamente a rechazar las posibilidades interpretativas inconstitucionales a favor de las que son conformes a la Constitución¹⁴.

Un ejemplo instructivo de interpretación orientada a la Constitución se encuentra en la resolución de consulta (*Anfragebeschluß*) de la Tercera Sala Penal, dictada en 2003, sobre la interpretación del concepto de «comerciar» en el § 29, párr. 1, núm. 1 BtMG [*Betäubungsmittelgesetz* (Ley de estupefacientes)]¹⁵. En tal resolución, la Sala se opone a la amplísima interpretación, predominante en la jurisprudencia, conforme a la cual hay que considerar como comerciar «toda actividad desarrollada por interés, dirigida a hacer negocio»¹⁶. Ciertamente, entiende la Sala, esta interpretación «no» es «a priori incompatible»¹⁷ con el tenor literal de la ley. Sin embargo, «solamen-

¹² Cfr. BURMEISTER, *Verfassungsorientierung*, pp. 14 ss.; STERN, t. I, p. 136; DREIER, núm. marg. 85 sobre el art. 1 III GG; LÜDEMANN, *JuS* 2004, p. 27 (p. 28); SCHLAICH/KORIOTH, núm. marg. 448, con referencia a terminologías diversas.

¹³ Cfr. al respecto, por ejemplo, BVerfGE 105, 135 (157): en la interpretación «ayudan todos los métodos de interpretación tradicionales con legitimidad equilibrada. Entre ellos no hay ninguno que tenga una primacía necesaria sobre otro», así como BGHSt 38, 237 (243): La relevancia de las «representaciones y motivos del legislador [...] disminuye tanto más intensamente cuanto menos hayan tenido éstos reflejo en el tenor literal del precepto».

¹⁴ Así, CANARIS, *FS Kramer*, pp. 143 ss., haciendo referencia a la distinción de la teoría de la argumentación entre reglas y principios que llevan a cabo DWORKIN, *Bürgerrechte*, pp. 58 ss., y ALEXI, *Rechtsprinzipien*, pp. 217 ss. Cfr. también KUDLICH, *JZ* 2003, p. 127 (pp. 129 ss.).

¹⁵ BGH, *NStZ* 2004, p. 105 = *JR* 2005, p. 209. Sobre la cuestión de fondo, véase la resolución de respuesta (*Antwortbeschluß*) de la Segunda Sala Penal (*NStZ-RR* 2004, p. 183), la resolución de remisión (*Vorlagebeschluß*), la cual está formulada en términos más restrictivos, de la Tercera Sala Penal del 13 de enero de 2005 (*NJW* 2005, p. 1589), así como la confirmación de la interpretación amplia de la Ley mediante la resolución de la Gran Sala de lo penal (*Großer Senat*) del 26 de octubre de 2005 [BGH, *StV* 2006, p. 19 (pp. 21 ss.) con más referencias].

¹⁶ BGH, *JR* 2005, p. 209 (pp. 211 ss.), haciendo referencia a diferentes variantes interpretativas más restrictivas que fueron desarrolladas por la doctrina en una discusión crítica con la jurisprudencia.

¹⁷ BGH, *JR* 2005, p. 209 (p. 211). Si fuera de otro modo, tal interpretación infringiría el art. 103, párr. 2 GG, y debería ser rechazada, conforme al mandato estricto de la interpretación conforme a

te» satisface el mandato de determinación del art. 103, párr. 2 GG [Ley Fundamental] *, «en una medida insuficiente»¹⁸. Además, una interpretación más restrictiva «satisfará mejor» el principio constitucional de culpabilidad, conforme al cual hay que «armonizar adecuadamente el tipo y la consecuencia jurídica»¹⁹.

Estos son argumentos jurídico-constitucionales que, en sí mismos, no obligan a una decisión concreta de interpretación, pero que sí forman parte de manera muy relevante de la ponderación interpretativa global. Considerado desde el punto de vista metodológico, el Tribunal Supremo Federal rechaza pues una interpretación conforme a la Constitución del concepto «comerciar», pero se apoya determinadamente en la interpretación orientada a la Constitución de tal concepto²⁰.

En la praxis de la argumentación jurídica, los límites entre la interpretación conforme a la Constitución y la interpretación orientada a la Constitución son indefinidos. Así, la resolución tratada deja abierta la cuestión de si la interpretación amplia que rechaza es conforme a la Constitución o inconstitucional²¹. En este trabajo, se considera que éste es un caso de interpretación

la Constitución, a favor de una de las interpretaciones más restrictivas (por su parte, conformes a la Constitución).

* *N. de T.*: el art. 103, párr. 2 GG, dispone: «Un hecho solamente puede ser castigado si la punibilidad estaba determinada en la ley antes de que se cometiera el hecho» (*Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde*).

¹⁸ BGH, JR 2005, p. 209 (p. 211).

¹⁹ BGH, JR 2005, p. 209 (p. 211). En esta resolución la Sala interpreta la determinación así como la correspondencia entre tipo y consecuencia jurídica como cualidades graduables; esto es, entiende el mandato de determinación y el principio de culpabilidad como principios con los que pueden ser más o menos conformes diversas interpretaciones. Además, ambos mandatos jurídico-constitucionales hacen las veces de reglas: si se traspasa el límite con una indeterminación o una inadecuación entre tipo y consecuencia jurídica que ya no resultan tolerables, la correspondiente norma o la correspondiente interpretación de la norma son inconstitucionales. La misma estructura presenta el criterio de la compatibilidad de las interpretaciones de la ley con su sentido literal: diversas interpretaciones pueden ser más o menos conformes con el tenor literal de la ley (lo cual es importante en el marco de la interpretación orientada a la Constitución); si tales interpretaciones traspasan el límite del sentido literal posible, infringen la prohibición de analogía (y, en su caso, conducen a otra interpretación conforme a la Constitución). Por tanto, sentido literal, determinación y correspondencia entre tipo y consecuencia jurídica hacen en conjunto las veces de principio así como de regla.

²⁰ Ignora esta diferencia NIEHAUS, JR 2005, p. 192 (p. 194), cuando fundamenta su interpretación, conforme a la cual «la alegación de principios jurídico-constitucionales» no sirve para la cuestión interpretativa discutida, diciendo que el Tribunal Constitucional Federal «no [ha] admitido un recurso de amparo que se basa en la afirmación de una infracción del límite del tenor literal por parte de la interpretación amplia sostenida hasta el presente». Pues en la interpretación orientada a la Constitución la cuestión es precisamente la elección entre variantes interpretativas conformes a la Constitución, sin que esto sea solamente «una cuestión de interpretación del Derecho ordinario» (en este sentido NIEHAUS, *ibid.*).

²¹ Del mismo modo que en BGHSt 39, 392 (401), en la que se rechaza una interpretación del Derecho (deber de información en caso de estafa debido a la elevada cuantía del perjuicio amenazante) entre otras razones porque «no [está] libre de dudas en lo que respecta a la exigencia de determinación del art. 103, apdo. 2 GG».

orientada a la Constitución²², ya que falta el componente negativo propio de la interpretación conforme a la Constitución, esto es, el rechazo de una determinada variante interpretativa como inconstitucional^{23,24}. Tampoco constituye una interpretación conforme a la Constitución la sola mención (como opinión sostenida por otros) de una interpretación de tales características sin utilizarla, esto es, sin sostenerla como interpretación propia²⁵.

Un problema de delimitación configurado de manera algo distinta lo muestra la fundamentación del Tribunal Supremo Federal de su interpretación conforme a la cual el concepto del *hacer publicidad* de una asociación terrorista (§ 129a) ha de ser interpretado, conforme a la Constitución, de manera restrictiva*. *Que* tal restricción sea obligada, continúa el Tribunal, es algo exigido, por una parte, por el principio de determinación; por otra parte, obliga a ello el derecho fundamental de la libertad de expresión de opiniones [art. 5, párr. 1 GG (Ley Fundamental)]^{26, **}. En este caso se considera que una determinada interpretación (no restringida) del concepto es inconstitucional. Por tanto, la afirmación de que es necesaria *alguna* restricción se fundamenta con base en el postulado de la interpretación conforme a la Constitución²⁷. En cambio, el Tribunal Supremo Federal no afirma que la decisión a favor de una determinada posibilidad restrictiva esté dada previamente por la Constitución²⁸, de manera que, en esa medida, entra en consideración en todo caso una interpretación orientada a la Constitución.

²² De manera que su definición de partida se ha de extender a la elección entre varias variantes interpretativas que sean por lo menos *posiblemente* conformes a la Constitución.

²³ Y, con ello, tal como se mostrará, un elemento especialmente problemático en todo caso de la interpretación conforme a la Constitución por parte de los tribunales ordinarios.

²⁴ Otros casos límite que en este trabajo se atribuyen a la interpretación orientada a la Constitución son, por ejemplo, BGHSt 26, 156 (§§ 5, 21 GjS, 15 JSchG); 28, 103 (§ 120 IV GVG); 29, 244 (G 10 § 7 III); 31, 258 (§ 6 LadenschlußG); 37, 55 (60) (§ 184); 37, 226 (230) (§ 258, párr. 2); 38, 144 (§ 218a); 42, 30 (37 ss.) (§ 20, apdo. 1, núm. 4 VereinsG); 48, 354 (357 ss.); 48, 360 (361 ss.) (§ 263 párr. 3, frase 2, núm. 2).

²⁵ Cfr. por ejemplo BGHSt 29, 380 (386).

* *N. de T.*: el § 129a StGB tipifica la constitución de una asociación terrorista y en su párrafo 5 prevé el castigo de quien «haga publicidad» («*wirbt*») de las asociaciones definidas como terroristas en los párrafos 1 y 2 del mismo precepto.

²⁶ BGHSt 33, 16 (18).

** *N. de T.*: el art. 5, párr. 1 GG, dispone: «Todos tienen el derecho a manifestar y difundir libremente su opinión de palabra, por escrito y mediante imágenes y la informarse sin obstáculos de fuentes accesibles de manera general. Serán garantizadas a libertad de prensa y la libertad de información por radiodifusión y cinematografía. No debe tener lugar censura alguna» (*Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt*).

²⁷ Por lo que en este texto se clasifica una sentencia de tales características en la interpretación conforme a la Constitución. A esta calificación no se opone el hecho de que, para fundamentar la necesidad de una restricción, se aduzcan adicionalmente argumentos de Derecho ordinario, como en el ejemplo mencionado se aduce el grado de peligrosidad, que es característicamente bajo, de los actos de publicidad para generar simpatía.

²⁸ Cfr. BGHSt 33, 16 (18 s.).

4. INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS

En el tercer grupo de casos restante, hay una norma que no permite *interpretación conforme a la Constitución alguna*. Evidentemente, cuando se constata que nos enfrentamos a este grupo de casos, el papel decisivo lo desempeña el examen de una norma de tales características en sus interpretaciones posibles según el criterio del Derecho constitucional. Si es seguro que estamos ante uno de estos casos, la norma es en todo caso inconstitucional. Así pues, ya no se presenta un problema de interpretación y, por consiguiente, tampoco la cuestión de si hay una interpretación conforme a la Constitución u orientada a la Constitución.

Junto a la inconstitucionalidad íntegra de normas existe también la inconstitucionalidad parcial, que conduce a la declaración de nulidad parcial de tales normas²⁹. Esta declaración reduce el texto de la norma correspondiente³⁰ y está reservada al Tribunal Constitucional Federal³¹. Respecto a aquella parte del texto de la norma que sigue vigente se plantean las cuestiones de interpretación usuales, incluida la relativa a la interpretación conforme a la Constitución³².

5. RELACIÓN ENTRE INCONSTITUCIONALIDAD, INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN E INTERPRETACIÓN ORIENTADA A LA CONSTITUCIÓN

Así pues, en síntesis se puede decir que la interpretación conforme a la Constitución de una norma se encuentra en el medio entre su interpretación orientada a la Constitución y el juicio conforme al cual la norma es inconstitucional. La interpretación conforme a la Constitución coincide con el juicio de inconstitucionalidad (a diferencia de lo que le ocurre a la interpretación orientada a la Constitución) en su componente negativo, es decir,

²⁹ SCHLAICH/KORIOETH, núm. marg. 84.

³⁰ Un ejemplo actual lo ofrece el fallo sobre el caso «escucha ilegal a gran escala» (BVerfGE 109, 279).

³¹ Es cuestionable si, junto a esto, la declaración de nulidad parcial *sin* reducción del texto de la norma merece reconocimiento (o si una restricción de tales características se puede entender como caso de interpretación conforme a la Constitución) (cfr. CANARIS, *FS Kramer*, pp. 157 s.).

³² Cfr. también al respecto BVerfGE 109, 279 (350 ss.). El fallo no se menciona en la exposición de sentencias que se hace a continuación en materia de interpretación conforme a la Constitución porque las correcciones de la ley conformes a la Constitución que en dicho fallo considera necesarias solamente tienen relevancia a modo de flanqueo frente a la declaración de nulidad de disposiciones legales, lo cual va unido a la correspondiente complejidad global de la sentencia que, por lo demás, no ofrece nuevos puntos de vista sobre la problemática de la interpretación conforme a la Constitución. Algo semejante ocurre con el segundo fallo del aborto (BVerfGE 88, 203) del año 1993 (el cual, según SCHLAICH/KORIOETH, núm. marg. 445, «realiza una importante interpretación conforme a la Constitución»), el cual tampoco se toma en consideración expresamente en este trabajo.

en el rechazo de las variantes interpretativas inconstitucionales³³. Con la interpretación orientada a la Constitución la interpretación conforme a la Constitución tiene en común (a diferencia de lo que ocurre con el juicio de inconstitucionalidad) que, al final, conduce a una interpretación conforme a la Constitución de la norma y, con ello, mantiene su vigencia.

La concreción de este componente positivo de la interpretación conforme a la Constitución se puede expresar de maneras muy diversas. Éstas abarcan desde la calificación de una determinada interpretación de un concepto como entendida de manera extensa o solamente de manera parcial, pasando por la mera mención de exigencias que deben ser satisfechas por las interpretaciones conformes a la Constitución, hasta la simple constatación de que existen posibilidades de interpretación de la norma que son conformes a la Constitución (sin definir las con más detalle). En este trabajo en todos estos casos se hablará de interpretación conforme a la Constitución, si la afirmación positiva de la posibilidad de una interpretación conforme a la Constitución de la ley coincide con el rechazo jurídico-constitucionalmente fundamentado de otra variante interpretativa³⁴.

6. INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN DE ACCIONES Y DE CREACIONES INTELECTUALES, ASÍ COMO APLICACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN DEL DERECHO AL CASO CONCRETO

La Constitución es relevante en todos los niveles de la aplicación del Derecho. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional Federal también deduce de la Ley Fundamental exigencias respecto a la «interpretación de manifestaciones controvertidas»³⁵ y reconoce, de este modo, una interpretación conforme a la Constitución no solamente de las leyes, sino también de las *acciones*. Este planteamiento merece aprobación³⁶. La distinción de interpretación inconstitucional, interpretación orientada a la Constitución e

³³ Por tanto, la interpretación conforme a la Constitución es (también) «medio de rechazo», la interpretación orientada a la Constitución, «medio interpretativo» (en este sentido BURMEISTER, *Verfassungsorientierung*, pp. 14 ss.).

³⁴ Por tanto, *en el seno* de la interpretación conforme a la Constitución se tienen en cuenta las diferencias relevantes desde el punto de vista material entre interpretaciones de la ley con un componente positivo más o menos concretado.

³⁵ BVerfGE 93, 266 (295) («los soldados son asesinos»).

³⁶ Sin perjuicio de la cuestión de si tal interpretación de una acción le corresponde precisamente al Tribunal Constitucional Federal. Cfr. al respecto el voto particular del juez HAAS, quien en ese aspecto reprocha a la mayoría de la Sala una intervención inadmisiblemente en la autoridad interpretativa de los tribunales ordinarios [BVerfGE 93, 266 (313 ss.)]. En general, difícilmente se podrá negar una facultad del Tribunal Constitucional Federal para examinar si las interpretaciones de una acción realizadas por los tribunales ordinarios respetan los límites jurídico-constitucionales. Véase KOCH, *Fachgerichte*, pp. 530 ss.

interpretación conforme a la Constitución también tiene sentido respecto a la interpretación de manifestaciones y otras acciones.

También la interpretación de las *creaciones intelectuales*, por ejemplo, de obras literarias, tiene que tener en cuenta la Ley Fundamental³⁷, de manera que en este caso hay que diferenciar igualmente entre interpretaciones inconstitucionales, interpretaciones orientadas a la Constitución e interpretaciones conformes a la Constitución. Desde luego, la interpretación de acciones y obras intelectuales no produce efectos en la interpretación de la ley, esto es, en las afirmaciones generales con cuya ayuda se concreta una ley. Además, tal interpretación de acciones y obras intelectuales plantea problemas propios³⁸ y, por ello, no será discutida en este trabajo.

Entre la interpretación de acciones u obras concretas y la interpretación de la norma se encuentra la *aplicación* de las leyes al caso concreto³⁹. También este nivel de la aplicación del Derecho tiene una dimensión jurídico-constitucional. En especial, el intenso control jurídico-constitucional de la jurisprudencia en materia de injurias⁴⁰ concierne esencialmente a la «ponderación referida al caso», necesaria según entiende el Tribunal Constitucional Federal, «entre el derecho fundamental restringido y el bien jurídico a cuyo servicio está la ley restrictiva de derechos fundamentales»⁴¹ y, con ello, a la aplicación de los tipos de lesión del honor en el caso concreto. Puesto que la aplicación de la ley a casos concretos, al igual que la interpretación de acciones u obras, no repercute en la interpretación general de la ley⁴², no será abordada expresamente en esta investigación, dedicada a la interpretación conforme a la Constitución de la ley.

³⁷ Cfr., por ejemplo, BGHSt 37, 55 (61) (*Opus Pistorum*) haciendo referencia a que «la correspondiente interpretación de un escrito [se encuentra] ante todo en el ámbito fáctico y [...] de este modo [cae] dentro del ámbito de responsabilidad del juez que conoce del fondo del asunto».

³⁸ Cfr. últimamente TEUBEL, NJW 2005, p. 3245, con más referencias.

³⁹ Sobre la distinción entre interpretación de la ley y aplicación de la ley y su problemática, cfr., por ejemplo, KOCH/RÜBMAN, *Begründungslebre*, pp. 65 s.; LARENZ, *Methodenlebre*, pp. 211 ss.; BYDLINSKI, *Rechtsbegriff*, pp. 395 ss. Esta distinción se lleva a cabo de manera especialmente clara en la sentencia BVerfGE 93, 266 («los soldados son asesinos»), en la cual se diferencia del «nivel de la interpretación de la norma» (p. 292), el «nivel de la aplicación de los §§ 185 ss. en el caso concreto» [N. de T.: los §§ 185 ss. tipifican los delitos contra el honor] (p. 293) y de este último se diferencia, de nuevo, la «interpretación de manifestaciones controvertidas» (p. 295, pp. 297 ss.). Cfr. últimamente también BVerfGE 112, 185, sobre la interpretación conforme a la Constitución (pp. 208 ss.) y sobre la aplicación inconstitucional (pp. 212 ss.) del § 344, párr. 2, frase 2 StPO [N. de T.: precepto que hace referencia al recurso de revisión].

⁴⁰ Al respecto NK-ZACZYK, núm. marg. 4 sobre el § 193; TRÖNDLE/FISCHER, núm. marg. 16 ss. sobre el § 193 [N. de T.: el § 193 dispone que las afirmaciones que se hagan para la salvaguarda de derechos o defensa de intereses, etc., solamente son punibles cuando, de la forma de la declaración o de las circunstancias en las que ésta se hizo, resulte la concurrencia de una injuria].

⁴¹ BVerfGE 90, 255 (259).

⁴² En este sentido en todo caso la concepción dominante y también sostenida por el Tribunal Constitucional Federal, la cual aquí se toma sin más por base, sin perjuicio de que merece ser discutida.